Juridisk argumentation

— en lärobok i allmän rättslära

Aleksander Peczenik

med Aulis Aarnio och Gunnar Bergholtz

NORSTEDTS
JURIDIK

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

eISBN: 9789198649734
ISBN: 9119073313 (originalutgåva i tryck)
DOI: https://doi.org/10.37852/oblu.107



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

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

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

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

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

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

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f426c

Juridisk argumentation

Aleksander Peczenik

med Aulis Aarnio och Gunnar Bergholtz

Juridisk argumentation

— en lärobok i allmän rättslära

NORSTEDTS JURIDIK

Norstedts Juridik ingår i Fritzes Förlag AB

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

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

Juridisk argumentation
Aleksander Peczenik med Aulis Aarnio och Gunnar Bergholtz
Upplaga 1:2
ISBN 91-1-907331-3
© 1990 författarna och Fritzes Förlag AB
Omslag: Rolf Hernegran

Tryck: Studentlitteratur, Lund 1995

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

Förord

Detta arbete är en vidareutveckling och samtidigt en förenkling av Aleksander Peczeniks lärobok Rätten och förnuftet, 2 upplagor, Stockholm 1986 och 1988.

Sistnämnda arbete har sedan byggts ut på många centrala punkter; jfr On Law and Reason, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht — Boston — London 1989. Den svenska versionen planeras — och kommer då att vara en slutupplaga av Rätten och förnuftet. Slutversionen är emellertid riktad till det rättsvetenskapliga auditoriet och kan inte längre komma i fråga som en lärobok. Omfånget har utökats till nästan det dubbla och innehållet har blivit för svårt för linjestuderande.

Förevarande bok är en förenklad version avsedd att vara en lärobok i allmän rättslära.

Boken behandlar den juridiska argumentationen i rättsfrågor. Bevisfrågor tas inte upp men boken kan ha betydelse i den mån argumenteringen i dessa liknar argumenteringen i rättsfrågor. Det finns redan en rad skrifter som behandlar bevisproblem, däribland den klassiska framställningen av P O Ekelöf, Rättegång IV.

Innehållsförteckning

Kap 1. Rättsstaten och välfärdsstaten

1.1. Rätten och samhället 9
1.2. Stabilitet och elasticitet 11
1.3. Rättens kristendenser: legitimitet och rationalitet i välfärdsstaten 14

Kap.2. Vad är gällande rätt?

2.1. Rättsstaten och frågan om gällande rätt 19
2.2. Två enkla teorier om gällande rätt 24
2.3. Gällande rätt — ett system av normer, handlingar och värden 28
2.4. Rättsnormer 28
2.5. Rättsnormernas interna giltighet 35
2.6. Rättspositivismen 36
2.7. Rätt och moral — om naturrättsläran 40
2.8. De klassiska lärornas otillräcklighet 43
2.9. Rättssystemets externa giltighet 44
2.10. Rättsrationalismen 47
2.11. Rätten och demokratin 48
2.12. Rättssäkerhetskravet 53
2.13. Förhållandet mellan begreppen rättsstat, gällande rätt, demokrati och rättssäkerhet 55

Kap. 3. Etiska värderingar inom den juridiska argumentationen

3.1. Svåra fall 58
3.2. Frågan om värderingar kan vara riktiga 65
3.3. Olika värdeteorier 69
3.4. Praktisk mening och rationalitet 76
3.5. Etiska *prima-facie* satser 78
3.6. Principer, avvägning, slutgiltiga etiska satser 81

3.7. Begreppet stöd i etisk argumentation 90
3.8. Värderationalismen 92

Kap. 4. Den juridiska argumentationen, etiken och rationaliteten

4.1. Stöd inom den juridiska argumentationen 95
4.2. *Prima-facie* rätten som en del av *prima-facie* etiken 101
4.3. Den slutgiltigt bindande rätten som en del av den slutgiltigt bindande etiken 107

Kap. 5. Motivering, sammanhang och enighet

5.1. Sammanhang 110
5.2. Sammanhang, korrekthet och sanning 122
5.3. Rationell diskurs 126
5.4. Sammanhang och enighet i rättsvetenskapen 131
5.5. Om domens motivering 136

Kap. 6. Rättskälleläran

6.1. Sakskäl och auktoritetsskäl. Rättskällor 141
6.2. Formella rättskällor 144
6.3. Lagar och andra föreskrifter 152
6.4. Sedvana 153
6.5. Prejudikat 155
6.6. Förarbeten 160
6.7. Doktrin 171
6.8. Utländsk rätt 173
6.9. Lösning av kollisioner mellan rättsnormer 174

Kap. 7. Juridiska argumentationsmetoder

7.1. Lagtolkning i svåra fall 181
7.2. Logisk, bokstavstrogen och systematisk tolkning 182
7.3. Reducerande, restriktiv, extensiv och analogisk tolkning 188
7.4. Analogislut 190
7.5. Teleologisk lagtolkning 199

Kap. 8. Det enda rätta svaret på svåra rättsfrågor?

8.1. Utgångspunkt: rationalitet och rättssäkerhet 208
8.2. Dworkins teori 209
8.3. Olika juridiska skäl kan vara omöjliga att jämföra 210
8.4. Den relativa rättssäkerheten räcker till 211

Sammanfattning 213

Rättsfallsregister 217

Sak- och personregister 218

Kapitel 1
Rättsstaten och välfärdsstaten

1.1. Rätten och samhället

Rätten har ofta ansetts vara en samhällelig tvångsordning baserad på en viss historisk utveckling. Under olika tider och i olika kulturer har detta fenomen ändå uppfattats på olika sätt. Den västerländska traditionen har under senare tider varit benägen att betona rättens maktfunktion. Rättsnormer och rättsliga institutioner anses vara ett instrument för maktutövning. På det sättet har rätten analyserats bl a i olika statsvetenskapliga teorier. I det fallet anläggs den utomstående betraktarens perspektiv och rätten undersöks som ett slags empiriskt fenomen.

Lika vanligt är att se rätten som ett normsystem. Då betraktas rätten ur juridisk synvinkel — ett aktörsperspektiv. Rättsnormerna utgör förebilder eller måttstockar för medborgarna och juristernas roll i samhället är att klargöra vilka regler som skall efterlevas. Medborgarnas handlande kvalificeras som rättsenligt eller rättsligt med hjälp av rättsnormer.

Det statsvetenskapliga såväl som det juridiska betraktelsesättet är ensidigt. Rätten är inte enbart en maktordning och inte heller uteslutande ett normsystem. Rätten och samhället påverkar varandra ömsesidigt. Lagstiftningen — den numera helt dominerande rättskällan — är ett resultat av maktutövning. De rådande samhälleliga intressena regleras i rättsnormer och därför speglar rätten i viss mening alltid samhällets maktstruktur. Å andra sidan står inte alla rättsområden i samma förhållande till makten. Processrätten är mer avlägsen från samhällets maktstrukturer än t.ex. arbets- och miljörätten. Inte desto mindre finns det alltid något viktigt samband mellan rätten och makten.

Maktpositioner i samhället beror till dels på ekonomiska förhållanden. I detta hänseende har de s k produktionsförhållandena en central betydelse. Den gamla klassiska motsättningen mellan kapital och arbete är emellertid inte längre så viktig. Det direkta ägandet hör till ett tidigare skede av industrialismen. I dag ägs t ex industriföretag av aktieinnehavare, men den professionella företagsledningen fattar alla viktiga beslut i företaget. De allra största företagen är multinationella och statsorgan

spelar en viktig roll i företagens beslutsfattande. Det direkta ägandets roll har således minskat drastiskt.

Vi lever också i vad som numera kallas informationssamhället där nya arbetsformer och helt nya institutioner får allt större inflytande. Information avyttras inte på samma sätt som t ex jord. Om viss information säljs har säljaren därefter kvar samma information som köparen. Detta ger varje informationsinnehavare en viss maktposition. Det uppstår därför också nya eliter som har större betydelse än t ex aktieägarna. Rättens ekonomiska grundvalar har alltså förändrats så mycket, att de förenklade klassiska modellerna om förhållandet mellan rätt och ekonomi nu än mer än tidigare saknar intresse.

Samhällsekonomin och de maktpositioner som grundar sig på den har inte heller ett direkt inflytande på rättsnormer och rättsliga institutioner. Det finns ett flertal förmedlande mekanismer. Här är den samhälleliga ideologin viktigast. Ideologin innehåller olika komponenter, bl a vardagslivets vanor, etiken, religionens normer och relevanta intresseavvägningar mellan olika grupper i samhället. Vi lever alla under påverkan av ideologier. Komplicerade sociala processer fångar oss ofta i den ideologi som motsvarar våra egna och vår omgivnings intressen och som således skapar någon del av vår verklighetsbild.

Dessa ideologier understöds av olika politiska rörelser, samhälleliga organisationer, den delvis politiserade förvaltningen och massmedierna. Rättens bakgrundsfaktorer förändras också ständigt av dessa understödjande institutioner.

Å andra sidan skapar rätten nya relationer i samhället. Låt oss som exempel ta konsumentskyddslagstiftningen med åtföljande institutionalisering. Visserligen fanns det samhälleliga faktorer som gjorde det nödvändigt att skydda konsumenten som den svagare parten. Denna utveckling har delvis sin grund i välfärdsutveckling och konsumtionsmönster. Men även ideologiska och etiska värderingar spelar en roll. Här kan man då anföra jämlikhetstanken. Det organiserade konsumentskyddet verkar å andra sidan tillbaka på samhället: medborgarna blir medvetna om sina rättigheter och använder organisationernas tjänster allt effektivare.

Förklaringar som endast uppmärksammar rättens maktfunktioner är alltså lika ensidiga som analyser av rätten i rent normativa termer — rätten som ett rent normsystem. Detta gäller också om teorier som anser ekonomin vara helt avgörande för rätten. Förklarande faktorer står inte i ett entydigt förhållande till rätten och därför torde det riktiga vara att betrakta rätten som ett helhetsfenomen. Rätten knyter samman makten,

ekonomin, ideologier och andra bakgrundsfenomen. Härigenom skapas vissa handlingsmönster för medborgarna.

1.2. Stabilitet och elasticitet

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

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

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

Samhället förändras dessutom i allt snabbare takt och dess struktur blir alltmer komplicerad. Om rätten inte anpassas till förändrade förhållanden, blir den en utvecklingens broms. Ju mer dynamisk samhällsutvecklingen är, desto större elasticitet krävs av rättssystemet. Lagstiftningsapparaten är för stel och tung för att i brådskande fall kunna reagera så snabbt som en sund samhällsutveckling förutsätter.

Ovissheten måste ändå bemästras på något sätt. Alla fall måste avgöras och varje rättsregel måste kunna ges ett tydbart innehåll. Alternativet

är kaos och anarki. Domaren måste försöka hitta ett jämviktsläge mellan den av lagstiftningen skapade stabiliteten och den vid tillämpningen nödvändiga elasticiteten. Stabiliteten garanterar kontinuitet i samhällets utveckling och befrämjar medborgarnas likhet inför lagen samt gör att rättsliga avgöranden kan förutses. Elasticiteten, å sin sida, anpassar lagen till livets krav. Detta betyder att domstolarnas ansvar i det moderna samhället är åtminstone lika stort eller större än det var i gårdagens stabila agrarsamhälle.

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

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

En ytterligare möjlighet att uttrycka kärnpunkten i denna spänning är att tala om förutsebarhet och rättvisa. Den extreme legalisten försöker garantera avgörandets maximala förutsebarhet medan rättvisan uppfattas som en blott etisk egenskap med endast svag anknytning till det rättsliga beslutsfattandet. Legalisten är således inte intresserad av att förverkliga rättvisa i rättstillämpningen.

Den stela legalismen betonar samtidigt domarens makt och auktoritet. Lagen är tillräcklig och inga komplicerade lagtolkningsmetoder behövs. Om lagen är klar måste den följas. Om den skulle vara oklar kan och bör domaren använda sin auktoritet och sitt omdöme för att fritt avgöra målet. Myntet har emellertid också en annan sida. Lagen är inte alltid klar. Om rättstillämpningen arbetade alldeles fritt och oberoende av de sedvanliga rättsliga metoderna och således endast byggde på själva lagen, så skulle det i oklara fall vara omöjligt att dra en skarp gräns mellan rätt och etik eller mellan rätt och politik. Allt utom lagens bokstav skulle väga lika tungt, eller snarare lika lätt, och det skulle därför inte finnas någon prioritetsordning mellan olika argument.

I det moderna rättstänkandet är det sålunda viktigast att finna en balans mellan stabilitet och elasticitet, eller mellan förutsebarhet och rättvisa. Vi godkänner helt enkelt inte en lag eller rättstillämpningsakt i ett

enskilt fall om dess resultat är oförutsebart eller klart och tydligt orättvist. Juristens grundläggande uppgift i dagens samhälle är att finna en väl argumenterad och avvägd kompromiss mellan stabilitet och elasticitet, dvs en lösning som försöker tillfredsställa både den formella likheten inför lagen och den materialla rättvisan.

Här finns en viktig anknytning till den s k rättsstatsideologin. Det har varit typiskt för rättsstaten att en medborgare åtnjuter rättsskydd både mot enskilda och mot staten. Rättsstatsideologin betonar därför förutsebarheten och rättsnormernas roll som styrningsinstrument. Rättsskyddet är m a o ett formellt skydd och likheten inför lagen en formell likhet. Den moderna nordiska välfärdsstaten är emellertid till dels mindre väl förenlig med denna klassiska modell. Välfärdsstaten betonar den enskildes materiella intressen och den svagare partens skydd mot den starkare. I välfärdsstaten ger rätten vissa medborgare materiella fördelar och man kan därför tala om materiellt rättsskydd.

Rättsstatstanken är emellertid fortfarande av grundläggande betydelse. Alla fördelar och intressen som välfärdsstaten garanterar och skyddar är rättsliga. Den enskilde har m a o kvar många rättsliga rättigheter och skyldigheter även om innehållet nu är typiskt för välfärdsstaten. Formellt rättsskydd är sålunda en nödvändig förutsättning också för välfärdsstaten. Detta betyder att den viktigaste uppgiften för juristen i välfärdsstaten är att söka en balans mellan rättsstatsideologin och välfärdsstatens grundprinciper.

Här finns en av den moderna rättens paradoxer. Som ett exempel på detta fenomen kan nämnas tolkning och tillämpning av s k generalklausuler som t ex 36 § avtalslagen. Tack vare sådana normer kan lagstiftaren undvika en detaljerad reglering av alltför komplicerade förhållanden. Ändå täcker generalklausulerna en stort antal konkreta fall och de gör det möjlig för domaren att ta hänsyn till den materiella rättvisan. Lagstiftaren försöker sålunda skapa rättvisa rättsregler. Denna utveckling är emellertid inte utan problem. Låt oss som exempel återigen ta 36 § avtalslagen. Om man alltför mycket betonar skälighetsargument och materiell jämlikhet hotas förutsebarheten och den normala avtalsmekanismen. Det skulle bli fallet om nästan varje avtal kunde jämkas. Lagen som alltid skall grundlägga förutsebarhet leder då till motsatsen och möjligheten till planmässigt handlande undergrävs. Regelns ideologiska fundament kommer då att innehålla motsättningar.

Rättstillämpningen i välfärdsstaten måste därför stanna inom rättsreglernas ram. I normala fall betyder det, att lagstiftningen ger dessa ramar och när domaren tolkar reglerna sker det inom de sålunda bestämda

gränserna. Man kan då säga att rättsstatsideologin är grundvalen för all rättstillämpning och att välfärdsstaten förutsätter att rättsstatsideologin upprätthålls.

1.3. Om rättens kristendenser: legitimitet och rationalitet i välfärdsstaten

Förhållandet mellan staten, rätten och samhället har blivit problematiskt i det postindustriella samhället. "Staten" betyder här de maktutövningsstrukturer eller statsorgan som baserar sig på grundlagen. Samhället utgörs av det nätverk som består mellan medborgarna (medborgarsamhället). Man kan tala om medborgarsamhällets förstatligande och statens socialisation.

Särskilt under 1900-talet blev staten socialiserad i den meningen att riksdagens (parlamentens) roll förstärktes radikalt på monarkins bekostnad. Resultat av denna utveckling blev den s k lagstiftningsstaten, som sedan blivit en förebild för de flesta västeuropeiska demokratier. Enligt denna i sin idealtyp regleras och styrs samhället med abstrakta normer — rättens herravälde — i stället för monarkens individuella dekret. Lagarna tillskapas genom en särskild överläggningsprocedur som förs delvis mellan olika maktgrupper i riksdagen och delvis av den allmänna opinionen utanför parlamentet. Hela förfarandet går ut på att skapa en förnuftig konsensus, som grundar sig på allsidiga argument och som garanterar optimal rättvisa i alla tänkbara situationer. I riksdagen realiseras detta genom förfarandets offentlighet, riksdagsmännens fria diskussioner, immunitet och förbud mot s k imperativistiska mandat, som på förhand skulle binda de förtroendevalda vid vissa ståndpunkter i sakfrågorna. Diskussionen utanför parlamentet styrs av bl a olika medborgerliga rättigheter och massmediernas frihet. Alla dessa garantier kan kallas för externa ramar för en rationell politisk debatt.

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

Idealmodellen kan fungera endast då skiljelinjen mellan staten och samhället i någon mån är klar. Modellen försvagas ju mer staten griper in i samhällets funktioner. Ännu i början av 1900-talet fanns det stora klasskillnader och intressemotsättningar mellan produktionsmedlens ägare och de egendomslösa. Därefter har statsmakterna styrt utveck-

lingen i alla välfärdsstater mot försvagning av dessa konflikter. Som medel har statsmakten inte enbart använt planering och styrning av marknadskrafterna utan också ingripit med egna investeringar. Arbetsgivar- och löntagarorganisationer har i samråd med regeringen också initierat många viktiga sociala reformer, som således mildrat klasskonflikterna. Å andra sidan har detta medfört att samhället i dag präglas av korporativistiska drag. Korporationer som arbetsgivar- och löntagarorganisationer dikterar olika politiska handlingsvägar och särskilt socialpolitiska beslut.

Samhällets förstatligande har i praktiken genomförts av förvaltningsmyndigheterna. Detta betyder att alltmer av beslutanderätten överflyttats från riksdagen till byråkratin. En av orsakerna står att finna i det faktum att förvaltningens normgivningsmakt ökat. Det är inte bara fråga om tillämpningsföreskrifter. I realiteten är förvaltningen en mycket viktig lagstiftare i dagens välfärdsstat.

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

Närmare bestämt har fenomenet följande drag:

(1) De faktiskt tillgängliga medlen bestämmer de mål som godkänns i besluten. På det sättet kan endast de mål som kan anpassas till medlen ha relevans i beslutsproceduren.
(2) Vad som är genomförbart beror på den sakkunskap som finns i förvaltningen. Endast de mål och medel kan godkännas som formulerats av vissa sakkunniga. Därför kan vissa uppgifter ses som nödvändiga, utan att någon ens frågar efter deras berättigande.
(3) Förvaltningen syftar inte alltid till den bästa möjliga lösningen utan till det avgörande som bäst tillfredsställer de sakkunnigas åsikter. Förvaltningen genomför därför inte alltid de politiska målsättningarna utan utgör ett jämkningsforum för de intressen som är viktiga

för de sakkunniga och deras intressegrupper.

(4) Förvaltningen blir mer och mer komplicerad och den sektoriseras på ett sätt som förhindrar att beslutsfattarna ser komplicerade helheter och sammanhang mellan olika sakfrågor.

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

Det ursprungliga idealet, en rationell argumentation i parlamentet och rationell kontroll utanför parlamentet, har kommit att verka som en ren utopi. Politiska partier följer inte längre rationalitetens krav, utan i stället utgör de maktkoalitioner som representerar vissa socialekonomiska gruppintressen. Allmänheten utanför riksdagen manipuleras av statsmaktens handhavare och massmedierna, som inte längre står för den för vårt demokratiideal nödvändiga rationella kontrollen. Man har cyniskt påstått att beslutsfattandet grundar sig på maktkalkyler och kortsiktiga intresseavvägningar, inte på en rationell konsensus. Det faktiska beslutsfattandet sker inte i riksdagen utan i hemliga förhandlingar mellan partier. Plenarsessioner är bara fasader som döljer de avgörande diskussionerna.

Den tyske samhällsvetaren *Niklas Luhmann* har konstaterat, att allt detta inte endast medför en viss misstro mot byråkratin utan även — paradoxalt nog — skapar ett slags allmänt systemförtroende. Om allt sker enligt stadgade regler är allmänheten benägen att godkänna resultaten. Medborgarna diskuterar inte på ett rationellt sätt beslutens innehåll och betydelse utan de är i stället lojala mot hela systemet. Rättens godtagbarhet och systemets trovärdighet grundar sig endast på det faktum att stadgade former följts noggrant. Det stora antalet lagar och dessas detaljrikedom medför, att det inte är möjligt för en vanlig medborgare att kontrollera lagarnas innehåll. Systemets produkter måste ändå godkännas.

Välfärdssamhällets och den moderna rättens här beskrivna utveckling för med sig vissa kristendenser, m a o en utveckling som negativt påver-

kar rättens funktionsmöjligheter.

Åtminstone tre tendenser kan särskiljas:

(1) Rättsnormerna är inte endast en kaotisk massa av regler utan de bildar en systematisk helhet. Det talas ofta om rättssystemet i stället för rättsordningen. I systematiseringen utnyttjas vissa generella begrepp, principer och teorier. Som ett exempel kan nämnas arvsrätten där begrepp som kvarlåtenskap, dödsbo, dödsbodelägare, arvinge, laglott och förskott på arv bildar en helhetsgestalt eller en struktur av systematiserande begrepp. Med hjälp av grundstrukturen kan hela normmängden systematiseras så, att alla delarna i helheten får sin rätta plats.

Mängden av normer i den moderna välfärdstaten har emellertid vuxit så mycket att man har börjat förlora den helhetsbild som är nödvändig för en systematisk behandling av rättsliga problem. Detta verkar särskilt på vardagens rättsliv: hela det rättsliga tänkandet löper risken att förvandlas till ett icke sammanhängande konglomerat av tillfälliga problemlösningar. Rättens inre rationalitet hotar att falla sönder.

(2) En rättsnorm är alltid ett svar på ett samhälleligt problem. I idealfallet befinner sig normeringen i balans med det objekt som normeras. Det betyder att ett visst handlande eller sakförhållande inte får "övernormeras" utan att man riskerar normeringens effektivitet. Om t ex en näringsidkares hela verksamhet normeras så detaljerat att ramarna för egna, självständiga beslut blir för snäva, förlorar normeringen åtminstone en del av sin effektivitet.

Denna utveckling hör samman med byråkratiseringstendenser i samhället. Maskineriet är övertungt och dess förmåga att producera svar på oväntade problem har blivit svagare. Det är också iögonfallande att t ex många beslut i socialsektorn fattas av icke-jurister som ofta ser saken ur en extremt legalistisk synvinkel. Allt avgörs på grund av lagtexter och föreskrifter och finns det inte något sådant, måste man vänta på att någon högre myndighet täpper till luckan med en ny norm. Byråkratin är i sådana fall oförmögen att utveckla systemet dynamiskt och fortlöpande.

(3) I ett väl fungerande samhälle har rättsordningen en hög legitimitet. Begreppet "legitimitet" är visserligen mångtydigt och det används i olika betydelser och sammanhang. I sin huvudbetydelse innebär begreppet emellertid att normerna, institutionerna och fattade beslut godtas av medborgarna.

Det är vanligt att den enskilde är obekant med större delen av den rättsliga normeringen. Det finns mängder av normer och vissa är så tekniska att den enskilde inte kan förstå deras innehåll, mål eller konsekvenser. I sådana mycket vanliga fall får den rättsliga normeringen sin legitimitet genom ett allmänt systemförtroende. Medborgarna litar på systemet och härigenom litar de också på dess produkter. Det är tillräckligt att normerna tillkommit i laga ordning.

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

I några fall godkänns normen som legitim om den tillfredsställer intressen hos den grupp som den berör. Som ett exempel kan nämnas olika slags löne- och sociala reformer, som arbetsgivar- och löntagarorganisationer (ofta i samråd med regeringen) kommit fram till. De är legitima så långt som de motsvarar de intressen som organisationerna företräder.

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

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

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

Kapitel 2
Vad är gällande rätt?

2.1. Rättsstaten och frågan om gällande rätt

2.1.1. Sammanfattning av rättsstatens egenskaper

Litteratur
L E Taxell, *Rätt — individ — samhälle,* Helsingfors 1989, kap D 3 (s 139-145). M Bertilsson, Om rätt och moral; synpunkter på Max Webers rättslära, *Statsvetenskaplig Tidskrift 1985:1,* s 25-38. Å Frändberg, Rättsstatens organisation, i P Needham och J Odelstad (red), *Changing Positions. Essays Dedicated to Lars Lindahl,* Uppsala 1986, s 21 ff. J Dalberg-Larsen, *Retsstaten, velfaerdsstaten og hvad så,* Köpenhamn 1984. F Seyersted, *Demokrati og rettsstat,* Oslo 1984.

Rättsstaten förutsätter ett rättssystem vars egenskaper kan sammanfattas enligt följande.

A. Exakta och generella regler. "Normrationalitet"

Max Weber har konstaterat att rättsstaten uppvisar en hög grad av *formell rationalitet.* För att förstå hans tankegång måste man fästa uppmärksamheten på Webers utgångspunkter. Hans uppgift var att förklara den moderna västerländska rationaliteten. Det är typiskt, att den naturvetenskapliga metoden utvecklades just i västerlandet, att där finns universitet för att rationellt och systematiskt bedriva vetenskap och undervisning, att också musiken, arkitekturen och bildkonsten använder rationella metoder, att just här finns moderna stater med grundlagar, domstolar och förvaltning, och att den moderna kapitalismen uppkom i Europas kärna. Den formellt rationella rätten måste förstås mot denna bakgrund.

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

som t.ex. i naturvetenskaperna).

Enligt Weber kan människans *verksamhet* vara antingen rationell eller icke-rationell. En handling kan vara antingen *målrationell, värderationell* eller *normrationell (regelrationell).*

Målrationaliteten poängterar skillnaden mellan mål och medel. En person handlar målrationellt om han försöker upptäcka det mest effektiva medlet för ett angivet mål. Målrationaliteten är m a o detsamma som en medelkalkyl.

Verksamheten är *värderationell* om människan överväger målens värde oberoende av de medel som kan väljas. Hon handlar desto mer rationellt ju mer systematiskt, abstrakt och generellt det värdesystem är som kommer till användning vid val mellan olika värdealternativ.

Weber talar om rationalitet också då han hänvisar till att någon följer regler. Domstolsavgöranden är typexempel på *normrationalitet.* Domaren följer vissa generella och relativt exakta regler.

De *samhälleliga strukturer* som befrämjar målrationell och normrationell verksamhet är formellt rationella. De skapar ramar antingen för medelkalkyler eller regeltillämpning. En formellt rationell samhällsstruktur möjliggör m a o både rättstillämpning och den byråkratiska förvaltningen.

Likhet inför lagen är en konsekvens av att alla myndigheter följer generella regler. Ingen får tilldelas förmåner som lagen inte medger, eller slippa pålagor och straff som lagen påbjuder.

B. Rättens särart och autonomi

Lagreglerat tvångsmonopol. Rättsstatens normsystem omfattar regler som gör anspråk på tvångsmonopol. Fysiskt våld får förekomma endast med stöd av rättsregler. Dessutom är tvånget ett kännetecken som skiljer rätten från etiken.

Fullständighet och överhöghet. Rättssystemet omfattar regler som gör anspråk på rättens fullständighet, dvs förutsätter att rätten reglerar alla aspekter av samhällslivet. Rättsstatens normsystem omfattar också regler som gör anspråk på att rätten är överordnad andra regelsystem. Om en handling t ex motsvarar en spelregel eller regler om duell men strider mot en rättsregel, så är handlingen att uppfatta som förbjuden.

Autonomi. Den moderna västerländska rätten har lösgjort sig från andra samhälleliga normsystem, först och främst från religionen och den sociala etiken. *Rätten är ett autonomt fenomen.* Rättssystemet är

oberoende av andra slags regler och giltighetskällor.

Autonomin tillförsäkras av bl a följande omständigheter.

— En stor del av rättssystemet skapas avsiktligt, t ex genom lagstiftning.

— Rättssystemet består av flera nivåer, varvid de högre reglerna bestämmer hur de lägre skall skapas. Reglernas giltighet kan m a o bestämmas utan någon hänvisning till etiken eller religionen.

— Rättsstatens ordning skapar sina egna institutioner, den är s a s "reflexiv". Rätten omfattar inte endast handlingsregler utan även konstitutiva regler som gör det möjligt att tala om institutionella ("konventionella", således inte rent materiella) fakta, dvs sådana som t ex avtal, löften, äktenskap och medborgarskap. För att fastställa att ett avtal är bindande, ett äktenskap giltigt osv behöver man inte åberopa andra slags regler än de rättsliga.

Begreppsbildning. Professionella juristers roll. Vidare måste rättsstatens normsystem tillämpas av *professionella jurister* som använder särskilda *begrepp och argumentationsmetoder.* Juristkåren behärskar diskussionen om rätten. Den juridiska kulturen är för Weber en typisk expertkultur.

Vissa problem. Å andra sidan såg Weber vissa mörka moln på rättsutvecklingens horisont. Han förutspådde redan i början av detta århundrade, att rätten blir mer och mer materialiserad i den betydelsen att olika slags etiska, ideologiska eller politiska synpunkter får ökande roll i det rättsliga tänkandet, inte bara i lagstiftningen utan också i rättstillämpning och förvaltning. På detta sätt kommer rättens formella rationalitet att hotas. Man kan också säga att Weber var rädd för att rättsstaten kunde försvinna. För rättsstaten är det nämligen väsentligt att den formella rationaliteten inte helt och hållet förlorar sin roll i rättsstillämpningen. Max Weber torde m a o ha insett vikten av den balans mellan stabilitet och elasticitet som diskuterades i första kapitlet.

C. Subsumtion, effektivitet, formell rättssäkerhet och öppenhet

Subsumtionstekniken. Rättsstatens ordning kräver att *rättskipning och myndighetsutövning sker inom rättens ram.* Närmare bestämt måste rättsliga beslut subsumeras under generella rättsregler.

Effektivitet. Rätten måste vara *effektiv.* Effektiviteten innebär bl a att rättsreglerna respekteras av domstolarna och myndigheterna, m a o att rättstillämpningen uppfyller kravet på normrationalitet.

Formell rättssäkerhet. Rättsstaten uppvisar således en hög grad av formell rättssäkerhet, d v s rättsliga beslut är *förutsebara.* Beslutens förutsebarhet ger ett *skydd gentemot godtycklig maktutövning.* Den gör det också möjligt för medborgaren att *handla planmässigt.*

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

D. En viss maktdelning. Domstolarnas roll

Rättsstatens ordning ger *domstolarna och de rättstillämpande myndigheterna en viss självständighet* gentemot lagstiftaren och regeringen.

Denna självständighet grundar sig på den berömda tredelning som i anslutning till *Montesquieus* grundtankar kom till uttryck i den amerikanska konstitutionen. Enligt denna lära måste lagstiftning, domsmakt och verkställande makt skiljas åt för att garantera de demokratiska institutionernas funktion. Helt konsekvent upprätthålls statsmakternas tredelning ingenstans, men i t ex Finland bildar den ännu i dag den bärande bakgrundsideologin och med hjälp av den försöker man kontrollera maktutövningen i samhället.

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

Vissa individuella rättigheter återspeglar denna maktdelning. Medborgarna har sålunda rätt till *domstolsprövning* av frihetsberövanden och rätt till *opartisk och offentlig rättegång.*

I enlighet med det formella rättsbegrepp som Weber representerade borde det finnas en klar skillnad mellan lagstiftaren och domaren. Den sistnämnde följer regler och är därför bunden av det normrationella

idealet. Domaren liknar en automat, som subsumerar fallet under en klar rättsregel. Ur en annan synvinkel kunde man säga, att domaren inte värderar normeringens mål utan godkänner målen som givna och endast försöker finna de riktiga medlen för dem.

I praktiken är emellertid situationen inte sådan som det formella rättsbegreppet förutsätter.

— Angående *lagstiftningens* roll måste följande uppmärksammas. Hela den samhälleliga planeringen utgår från en tanke, nämligen att lagstiftaren som den högsta institutionen definierar relevanta mål för samhällsutvecklingen. Enligt Max Weber innebär detta, att lagstiftaren tänker *både* mål- *och* värderationellt. Faktiskt är saken emellertid mer komplicerad. Inte ens lagstiftaren är fri att värdera olika mål, utan måste begränsa sig till de mål för vilkas förverkligande det finns tillräckliga medel. Mål bestäms ofta genom medel. Detta kan medföra att målen inte underkastas en tillräcklig analys. Det Weberska tänkesättet är för formalistiskt och det motsvarar knappast realiteterna i de nordiska länderna.

— *Domarens* roll är också komplicerad. Som kommer att konstateras senare i denna framställning, måste domaren ta ställning också till värderingar (etiken). I svåra fall kan han inte klara sig utan att prioritera en viss lösning framför en annan. Domarens beslutsfattande är alltså i sådana fall delvis mål- och delvis värderationellt, självfallet vid sidan av den i övrigt härskande normrationaliteten.

Den viktigaste skillnaden mellan lagstiftaren och domaren ligger i det faktum att lagstiftarens värderingsmöjligheter är större än domarens, fastän också lagstiftaren på många olika sätt är bunden vid samhällets värde- och moralkoder. I viss mån kan lagstiftaren skapa en ny etik medan domaren måste stanna inom de ramar som lagstiftaren har dragit upp.

E. Etiska krav

Rättsstatens normsystem får inte vara extremt förkastligt ur etisk synvinkel, såsom exempelvis Hitlers eller Pol Pots "rätt". Det måste visa respekt för ett minimum av etiska krav, bl a en viss grad av *materiell rättssäkerhet* (dvs rättsliga besluts förutsebarhet *och* etisk godtagbarhet — *se* nedan) och dessutom vissa *individuella rättigheter.*

Man kan tänka sig en stat i vilken alla är kungens slavar. Kungens makt utövas visserligen med hjälp av generella rättsregler men dessa är ex-

tremt orättvisa. Slavarna har ingen privat sfär alls. Lagen bestämmer i detalj vem som får gifta sig med vem, vem som får studera och vem som skall ha de farligaste och sämst betalda arbetena, vem som får äta sig mätt och vem som skall svälta. Lagens tillämpning strider på så sätt klart mot många människors preferenser och förhindrar förverkligandet av deras talanger. Man skulle inte kunna kalla en sådan stat för en rättsstat.

2.1.2. Kärnegenskaper hos alla normala rättssystem

Rättsstatsbegreppet kan användas i olika syften. Vi har redan visat att rättsstatsideologin påverkar domarens arbetsmetod. Längre fram behandlas den etiska skyldigheten att följa lagen i en demokratisk rättsstat. Men rättsstatsbegreppet är även en lämplig utgångspunkt för mer generella, abstrakta och teoretiska frågor.

Om rättsstatens *alla* egenskaper försvinner, upplöses rättsordningen helt. En del av rättsstatens egenskaper kan betraktas som förbundna med en normal rättsordning och stat, oavsett om den förtjänar namnet "rättsstat" eller inte. Ett normalt rättssystem motsvarar i hög grad följande beskrivning: Det består av olika nivåer. Det omfattar generella handlingsregler och konstitutiva regler. Det gör anspråk på att vara fullständigt och överordnat andra normer, samt upprätthålla ett tvångsmonopol. Ett normalt rättssystem uppvisar också en viss effektivitet. Den frågan inställer sig emellertid: Vad betyder *gällande* rättssystem eller gällande rättsnorm?

2.2. Två enkla teorier om gällande rätt

2.2.1. Den naiva teorin: gällande rätt är uppskriven i lagboken

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

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

2.2.2. Varför behövs en teori om gällande rätt?

Likväl behövs inga abstrakta funderingar för att finna gällande rätt. Under sin studietid och framför allt i sin praktiska verksamhet skaffar sig varje jurist en *bibliografisk* kunskap om gällande rättsregler. Han lär sig bl a att lagen är bindande, att prejudikaten och förarbetena bör vägleda lagtolkning osv.

Varför behövs då någon abstrakt teori om gällande rätt?

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

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

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

Nyfikenhet angående rättens legitimitet. För det andra kan vår jurist ställa en normativ fråga. Varför bör reglerna i lagboken följas?

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

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

2.2.3. Alf Ross' prognosteori

Litteratur

T Strömberg *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*, 3 uppl, Lund 1989, s 77-78. A Ross, *Om ret og retfaerdighed*, 3 uppl, Köpenhamn 1971, kap I och II (s 1 ff). P S Lauridsen, *Retslaeren*, Köpenhamn 1977, kap III (s 121 ff). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 6.5 (s 100 ff).

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

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

Teorins kärna består av följande "prognosteori": Ett rättsvetenskapligt påstående om att en viss regel är gällande är i överensstämmelse med sin verklig innebörd en förutsägelse om, att normen kommer att utgöra en väsentlig del av framtida motiveringar av domar och andra rättsliga avgöranden. Det blir m a o en fråga om en prognos om hur domstolen kommer att döma.

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

Prognosteorin kan emellertid kritiseras.

Man kan ange viktiga motexempel. I flera länder finns det obsoleta lagar, alltjämt gällande men inte tillämpade. I Finland och Sverige fanns det t ex ännu på fyrtiotalet ett kapitel om sabbatsbrott i strafflagen som tillmätte den omständigheten, att ett brott blivit begånget under en helg straffrättslig betydelse.

Dessutom finns det risk för minst två cirkelslut. Den verkliga grunden för prognosen att en regel kommer att utgöra en väsentlig del av motiveringen av framtida domstolsavgöranden är framför allt just det faktum att den är en gällande rättsregel. Lagen kommer att tillämpas av domstolar emedan den gäller. Hur kan det då vara på det viset att den gäller emedan den kommer att tillämpas? För domaren själv är det inte viktigt

att få kunskap om sociologernas prognos angående frågan hur han faktiskt kommer att bete sig, utan det för honom viktiga är att få ett direktiv hur har bör avgöra problemet. Och vad är egentligen en domstol? Det är svårt att definiera en domstol utan att nämna gällande rätt. Rätten är gällande p g a sitt samband med domstolarna och dessa är domstolar p g a sitt samband med gällande rätt.

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

Ross' teoretiska svårigheter tycks vara resultatet av hans två grundantaganden: (a) den reella rätten är den levande rätten, m a o rätten som tillämpas i domstolarna (den rättsfilosofiska tesen) och (b) varje vetenskapligt påstående förutsätter att det kan bekräftas med hjälp av observationer (den logisk-empiristiska tesen). Prognosteorin är ett sammanlagt resultat av dessa två antaganden.

Ross kunde inte följa sina teser helt konsekvent. Nyckelbegreppet är "domarideologin". Hur kan man *veta* någonting därom? Ross godkände inte det enkla svaret, att kunskapsbasen uteslutande består av domstolsavgörandena. Här avviker hans teori från den s k amerikanska realismen, som i sina extrema former bara godkände domstolspraxis som kunskapskälla. Men vilka skäl är då avgörande då man klargör domarideologin? Ross konstaterar att man måste analysera lagtexten, förarbetena, prejudikat och andra *rättskällor.* Prognosteorin kommer alltså att godkänna samma källor (skäl) som den vanliga rättsvetenskapen (rättsdogmatiken). Det vore därför bättre att tala om *kvasi-prognoser* än att kalla Ross' rättsvetenskapliga satser för förutsägelser. Ross' teori är mer besläktad med olika hermeneutiska tänkesätt än med den ursprungliga logiska empirismen.

Ross har alltså inte lyckats göra begreppet "gällande rätt" enkelt.

De teoretiska invändningarna måste kompletteras med vissa praktiska

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

2.3. Gällande rätt — ett system av normer, handlingar och värden

Litteratur
A Peczenik, *Rätten och förnuftet,* 2 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 4.4.2 — 4.4.4 (s 205-208).

Gällande rätt är sålunda mer komplicerad än Ross antar. Närmare bestämt utgör rättsordningen ett system av sammanhängande komponenter, vissa fysiska och psykiska, andra begreppsliga.

Två slags komponenter intar en central ställning: 1) vissa normer; och 2) vissa handlingar som står i olika slags sammanhang med normerna. Normer skapas genom handlingar, dvs lagstiftning och praxis. En norm kan även reglera och orsaka eller påverka olika handlingar av såväl enskilda som rättstillämpande myndigheter.

Dessa komponenter bildar tillsammans *den samhälleligt etablerade rätten.* Denna rätt är ett institutionellt faktum (se avsnitt 2.4.5 nedan). Men begreppet "gällande rätt" är dubbeltydigt och avser även något annat, nämligen *tolkad rätt.*

2.4. Rättsnormer

Litteratur
A Peczenik, *Rätten och förnuftet,* 2 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 4.2.3 (s 192-194) och 4.5.1 — 4.5.3 (s 208-215). A Peczenik, *Rättsnormer,* Stockholm 1987. T Strömberg, *Rättsordningens byggstenar.* Om normtyperna i lag och sedvanerätt, Lund 1988. J Hellner, *Rättsteori,* Stockholm 1988, kap 3 (s 29 ff). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning,* 3 uppl, Stockholm 1988, kap 9 (s 174 ff) och 11 (s 213 ff). N K Sundby, *Om normer,* Oslo — Bergen — Tromsö 1974.

2.4.1. Inledning

Normer utgör en viktig komponent i det mycket komplicerade fenomenet gällande rätt. En norm är emellertid inte heller någonting enkelt. Den är ett komplex av följande komponenter.

a) Normens fysiska sida. Den omfattar t ex bokstäver på ett papper eller en persons röst.

b) Normens mening (innebörd, språkliga betydelse). Normen betyder således att något är förbjudet, påbjudet eller tillåtet mm.

c) Ovannämnda komponenter har dessutom vissa orsaker och verkningar i den fysiska eller psykiska världen. Dessa omfattar ett komplex av olika människors föreställningar, handlingar och dispositioner att utföra handlingar. Som exempel kan man ange benägenheten att argumentera för att en viss handling är förbjuden, påbjuden eller tillåten osv; benägenheten att följa normen och benägenheten att kritisera dem som inte följer den. Till följd av normbegreppets vaghet är det osäkert huruvida dessa orsaker och verkningar bör betraktas som normens tredje komponent eller en separat, med normen sammanbunden företeelse.

2.4.2. Olika arter av normer

En norm kan vara *individuell,* om den reglerar ett konkret fall (t ex "Pelle skall betala Kalle 100 kr") eller *generell* om den reglerar en mängd av fall som karakteriseras av vissa egenskaper, t ex "den som berövar annan livet dömes till fängelse".

En individuell norm är antingen konditional eller kategorisk. I konditionala normer ingår vissa villkor (om x, så y). Kategoriska normer saknar sådana villkor.

En generell norm som ur grammatisk synvinkel är kategorisk kan alltid översättas till en konditional norm. Den etiska normen "man får inte döda andra människor" kan således framställas på följande sätt: "om x är en människa och y är en annan människa, så får x inte döda y". De flesta generella normer är dessutom konditionala i en annan mening: de medger vissa undantag (om x, så y, med undantagen att $z_1 \ldots z_n$ inte förekommer). Det sistnämnda gäller bl a nästan alla *rättsnormer.*

En viktig distinktion mellan *regler* och *principer* kommer att behandlas i avsnitt 3.6.1 nedan.

2.4.3. Komponenterna i en fullständig rättsnorm

Betraktar man de *rättsliga* normerna måste man skilja mellan (1) en rättsnorm som mening i en bestämd rättslig normsats, t ex en lagbestämmelse; och (2) en fullständig rättsnorm.

En fullständig rättsnorm behöver inte motsvara någon bestämd lagbestämmelse. Av olika rättsliga normsatser respektive deras beståndsdelar kan man således bygga upp normer som så fullständigt som möjligt anger både (a) det som är påbjudet, förbjudet, tillåtet o s v, och (b) alla villkor för påbudet, förbudet o s v. Den fullständiga normen omfattar självfallet också (c) konjunktionen "om... så" och den normativa komponenten såsom "skall", "får" och "får inte".

Lagbudet "Den som berövar annan livet dömes för *mord* till fängelse i tio år eller på livstid" (3 kap 1 brottsbalken) uttrycker således inte någon fullständig rättsnorm i denna mening. Den fullständiga normen är även mer komplicerad än följande formulering: "Den som uppsåtligen berövar annan livet skall av den behöriga domstolen dömas för mord till fängelse i tio år eller på livstid, om gärningen inte begåtts vare sig i nödvärn, under inflytande av sinnessjukdom, eller under omständigheter vilka visar att gärningen är att anse som mindre grov o s v."

2.4.4. Regulativa normer

Gällande rätt innehåller självfallet många handlingsregler. Dessa är en typ av *regulativa* normer. Regulativa normer kvalificerar (1) handlingar eller (2) tillstånd som påbjudna, tillåtna eller förbjudna.

I det förra fallet är de *handlingsnormer,* t ex "Var och en som hittar något skall utan oskäligt dröjsmål anmäla fyndet hos polismyndighet". I det senare fallet är de *målnormer,* som anger det påbjudna, tillåtna eller förbjudna förhållandet, inte den handling som orsakar detta förhållande.

Vissa etiska normer är således målnormer, t ex "alla bör tillförsäkras en skälig levnadsnivå". Regulativa *rättsnormer* är emellertid nästan alltid handlingsnormer. Den betydelsefulla lagbestämmelsen "Den enskilde skall genom bistånd tillförsäkras en skälig levnadsnivå (6 § 2 st 1:a punkten socialtjänstlagen) kan uppfattas som en beståndsdel av rättsnormen "Socialnämnden skall se till att den enskilde genom bistånd tillförsäkras en skälig levnadsnivå".

En handlingsnorm kan bestämma att den som bryter mot en annan

handlingsnorm skall straffas eller utsättas för andra sanktioner. Man kan då skilja mellan en sanktionerad norm (en s k "primär" norm) och en sanktionsnorm (en reaktionsnorm, en s k "sekundär" norm). Den senare kan även kallas för en sanktionerande norm. Normen "man får inte döda andra människor" sanktioneras således av 3 kap 1 § brottsbalken: "Den som berövar annan livet, dömes för *mord* till fängelse i tio år eller på livstid." Dessutom finns det nästan alltid en ytterligare sanktionsnorm, som bestämmer påföljder för brott mot den förstnämnda sanktionsnormen. 20 kap 1 § brottsbalken bestämmer således en sanktion för olika slags myndighetsmissbruk, däribland för det fall att en domare grovt felaktigt tillämpar 3 kap 1 §.

Här slutar kedjan av sanktionsnormer. Om den försumlige domaren inte straffas skall bestämmelsen om myndighetsmissbruk utgöra rättslig grund för bestraffning av den domare som borde ha dömt honom o s v i all oändlighet.

2.4.5. Konstitutiva normer och institutionella fakta

Konstitutiva normer åter är betingelser för att man skulle kunna tala om institutionella ("konventionella", således icke rent materiella) fakta, d v s sådana som t ex olika organisationer, staten, gällande rätt, skyldigheter, rättigheter, pengar, tidräkningen, avtal, löften, äktenskap, medborgarskap, olika spel o s v.

En konstitutiv norm kan sålunda vara en *nödvändig* betingelse för att ett institutionellt faktum skall uppstå; man måste t ex följa vissa formregler för att genom köp förvärva äganderätt till en fastighet eller genom vigsel bli äkta make.

Även andra slags betingelser förekommer. En konstitutiv norm kan vara både *tillräcklig och nödvändig* för ett visst institutionellt faktum; t ex kan en straffbestämmelse förvandla vissa handlingar till ett skattebrott. En sådan norm kan även vara *tillräcklig men inte nödvändig* för ett institutionellt faktum. Slutligen kan den vara en relevant, fastän *svagare* betingelse — inte en tillräcklig och inte heller en nödvändig. Köplagen t ex innehåller flera detaljregler som är relevanta men knappast tillräckliga för att förvärva äganderätt till lösa saker; dessutom kan förvärvet ske på andra sätt än genom köp.

2.4.6. Rättsliga kvalifikationsnormer

Ett specialfall av konstitutiva normer är rättsliga *kvalifikationsnormer,* som ger vissa handlingar, personer, tillstånd, saker, komplex av olika inbördes relaterade handlingar m m ett slags rättslig kvalitet. En handling kvalificeras sålunda som en stöld, en person som make, svensk medborgare o s v. En sak kvalificeras som ett fastighetstillbehör, ett komplex av olika handlingar som en rättegång o s v. En sådan kvalitet, t ex kvaliteten att vara svensk medborgare, är institutionell, inte fysisk. Svensk medborgare är således just den som rättsnormerna gör till svensk medborgare. Utan någon kvalifikationsnorm skulle ingen kunna betraktas som svensk medborgare.

2.4.7. Rättsliga kompetensnormer

I vissa fall uppstår ett institutionellt faktum om (1) en viss konstitutiv norm gäller och (2) en viss händelse har inträffat. Man kan t ex födas till svensk medborgare; jfr 1 § lagen om svenskt medborgarskap. I andra fall uppstår ett institutionellt faktum endast om man utför en viss handling. M a o uppstår detta institutionella faktum endast om följande villkor är uppfyllda: (1) en viss konstitutiv norm gäller och (2) en viss handling har utförts. Utlänning som fyllt arton år kan således upptas till svensk medborgare; frågan prövas av statens invandrarverk (jfr 6 § lagen om svenskt medborgarskap).

Rättslig *kompetens* kan definieras som en förmåga att skapa en rättslig effekt. Lagen ger t ex invandrarverket kompetens att förvandla en utlänning till svensk medborgare. Egenskapen att vara svensk medborgare är en institutionell kvalitet. Förmågan att göra någon till svensk medborgare är likaså institutionell. En rättslig *kompetensnorm* ger således en person en förmåga att skapa en institutionell kvalitet.

En sådan norm utgör följaktligen en på ett speciellt sätt uttryckt rättslig kvalifikationsnorm eller en beståndsdel av denna. Låt mig belysa detta förhållande med ett exempel. Normen "Om statens invandrarverk utför handlingen H förvandlas utlänningen A till svensk medborgare" är en typisk kvalifikationsnorm. Normen "Statens invandrarverk kan genom handlingen H förvandla utlänningen A till svensk medborgare" är däremot en kompetensnorm. Dessa normer skiljer sig endast genom en språklig formulering. Deras rättsliga innehåll är detsamma.

Självfallet är kompetensterminologin tillämplig endast på de kvalifi-

kationsnormer som gör den institutionella effekten beroende av en viss handling. Om effekten beror av en händelse kan ingen kompetensnorm tänkas. Om man t ex förvärvar svenskt medborgarskap vid födelsen sker det utan någon kompetensutövning.

2.4.8. Kan konstitutiva normer översättas till handlingsregler?

Man kan fråga sig om inte konstitutiva normer kan "översättas" till handlingsregler.

1. Man kan uppfatta konstitutiva normer som stipulativa definitioner och dessa som ett slags handlingsnormer. En sådan norm säger att en viss handling *skall anses innebära* att ett institutionellt faktum uppstått, t ex att en viss person blivit svensk medborgare.

Men vad är det som man skall anse? Det skall anses att en viss människa är svensk medborgare o s v. Och vad menas med detta? Man kan inte besvara denna fråga om man inte åberopar de konstitutiva normerna. Tidigare ville man "reducera" dessa till handlingsregler, men i slutändan kommer de konstitutiva normerna ändå tillbaka.

Den s k uppsalaskolans anhängare (se avsnitt 3.3.4 nedan) har hävdat, att en viss människas svenska medborgarskap blott innebär att andra människor uppfattar henne som svensk medborgare. De som talar om svenskt medborgarskap menar således enligt denna uppfattning att någon annan tänker på svenskt medborgarskap. Men i så fall måste den andre tänka på vad en tredje person tänker och denna i sin tur på att en fjärde individ tänker på... vad? Till sist måste man antingen stämpla tankarna som "tomma" eller kunna ange de fakta som den siste i kedjan tänker på.

2. Ett annat översättningsförsök är följande. Vad betyder det t ex att man kvalificeras som en saks ägare? Kan man inte säga detsamma genom att *direkt uttala en rad handlingsregler?* Man kan bl a säga följande: Om man köpt eller ärvt en sak, så får man nyttja den; andra personer får inte förhindra nyttjandet; o s v.

Men även om man således kunde översätta en hel lagbok till handlingsregler, i vilka inga sådana ord som "ägare" förekom, skulle en sådan lagbok svämma över alla bräddar. En fördel med konstitutiva normer är att de inför olika institutionella begrepp och därmed ger en *framställningsteknisk* vinst: kortare lagtextformuleringar.

Ett viktigare skäl mot översättningen är följande. Poängen med konstitutiva normer kan inte förklaras om man endast åberopar handlings-

regler. Ägarkvalifikationen t ex har en självständig betydelse, utöver det att vissa lagstadgade handlingsregler anknyter till den.

a) Äganderätten innebär sålunda inte bara att ägaren skall eller får göra det ena och det andra utan även att han kan sälja saken. Att sälja innebär att förvandla köparen till ny ägare. En kvalifikationsnorm måste således gälla som bestämmer att den tilltänkte köparen blir ny ägare. Det innebär att man kan se till att den andre (köparen) i sin tur kan se till att en tredje person (nästa köpare) förvärvar äganderätten... o s v i all oändlighet. Hur mycket man än tänker kan man inte utmönstra begreppet "äganderätt".

b) En sådan kvalitet som att vara ägare, svensk medborgare, äkta make o s v är betydelsefull då man med utgångspunkt från olika etiska normer för såväl en *rättspolitisk debatt* som en *debatt angående en lags korrekta tolkning*. På så vis kan det t ex hävdas att om någon är en fastighets ägare, så skall han inte behöva utsättas för något långvarigt expropriationstillstånd i förening med byggnadsförbud (jfr det berömda fallet Sporrong och Lönnroth mot Sverige, Europadomstolen 1982). Hade den kvalifikationsnorm som introducerar begreppet "ägare" försvunnit, skulle en sådan debatt avsevärt försvåras.

2.4.9. Något mer om institutionella fakta

Institutionella fakta skiljer sig från "råa" fakta, sådana som det faktum att det snöar i Skåne idag eller att en viss människa förflyttar sig från Malmö till Lund. Att ett institutionellt faktum föreligger beror inte enbart på att vissa råa fakta också föreligger, t ex att Per just nu springer, utan även på konstitutiva normer, vilka t ex bestämmer att han deltar i en friidrottstävling.

Institutionella fakta finns i tiden, ett tjänsteavtal kan t ex gälla under ett år. De är emellertid svåra att placera i rummet. Sådana frågor som "hur brett, hur långt och hur högt är tjänsteavtalet mellan staten och Per?" har ingen rimlig mening. Institutionella fakta är "ideella", dvs existerar i tiden men inte i rummet, medan råa fakta är materiella dvs existerar i tiden och rummet. Trots att de inte är materiella är institutionella fakta icke desto mindre verkliga, eftersom de kan ingå i ett orsakssammanhang med råa (materiella) fakta. En rättsregel kan t ex påverka en människas beteende.

2.5. Rättsnormernas interna giltighet

Litteratur
Se avsnitt 2.6 nedan om Hans Kelsen. Angående principer se avsnitt 3.6.1 nedan.

Självfallet är inte alla normer rättsnormer. Det finns flera olika slags normer, t ex inom etiken, etiketten, modet, olika spel och inom varjehanda lagliga eller olagliga grupper. Rättsnormer skiljer sig från andra normer genom sin tillhörighet till *rättssystemet.* Detta samband mellan begreppet "rättsnorm" och begreppet "rättssystem" påverkar teorin om rättsnormernas *giltighet.*

Man måste skilja mellan 1) enstaka normers *interna* giltighet och 2) hela rättssystemets *externa* giltighet.

När vi säger att en norm är en (internt) gällande rättsnorm menar vi att den tillhör det gällande rättssystemet. Det gör den på grund av sitt ursprung eller sitt innehåll.

1) Giltighetens samband med normernas *ursprung* bestäms av rättskälleläran.

a) För det första är en given norm rättsligt gällande om den skapats i överensstämmelse med normer av högre dignitet. Ett rättssystem består således av åtskilliga nivåer eller avsatser, t ex grundlagen, civilrättens i lag givna normer och avtalsnormer.

b) Denna avsatsteori bildar emellertid blott en huvudteori om gällande rätt, som måste kompletteras med olika hjälpteorier som förklarar normpyramidens defekter.

— Vissa sådana besvarar t ex frågan om när en del nya lagnormer skall betraktas som gällande, trots att de tillkommit i strid med grundlagen. På så sätt erkände man i flera år att tryckfrihetsordningen från 1812 var gällande, trots att den antagits vid endast en riksdag i stället för vid föreskrivna två riksdagar.

— Andra hjälpteorier besvarar den motsatta frågan om när vissa i och för sig korrekt tillkomna normer ändå inte är gällande fastän de inte blivit formellt upphävda. Sådana normer kan ha förlorat sin giltighet på ett sedvanerättsligt sätt.

Det finns också vissa normer, tillkomna genom prejudikat, lagars förarbeten, doktrin osv, som utgör giltiga juridiska argumentationsskäl, fastän de inte är bindande. Trots att sådana normer har en juridisk relevans betraktas de vanligen inte som rättsnormer.

2) Giltighetens samband med normernas innehåll bestäms huvudsakligen av olika etiska krav. Rättsnormernas system omfattar inte endast

explicit skapade lagar utan även de principer som ligger till grund för dessa. En rättsprincip gäller därför att två villkor samtidigt uppfylls: (a) principen är etiskt godtagbar, och (b) den förklarar och motiverar innehållet i lagar, prejudikat, förarbeten m m.

När vi å andra sidan säger att grundlagarna är gällande, att rättskälläran bör följas och att normsystemet som helhet utgör gällande rätt, rättar vi oss efter olika kännetecken på extern giltighet. Låt oss upprepa vissa av dem. Ett normalt rättssystem består av olika nivåer; omfattar generella handlingsregler och konstitutiva regler; gör anspråk på att vara fullständigt, överordnat andra normer och i besittning av tvångsmonopol; se avsnitt 2.1.2 ovan.

2.6. Rättspositivismen

Litteratur

A Peczenik, *Rätten och förnuftet,* 2 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 4.2.1-2 (s 180-192). T Strömberg, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag,* 3 uppl, Lund 1989, 8-10 (s 53-64). J Hellner, *Rättsteori,* Stockholm 1988, avsnitt 2.3 (s 21 ff). K Olivecrona, *Rättsordningen,* 2 uppl, Lund 1976, s 34-62 och 64-86. H Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 2 uppl, Wien 1960, avsnitt 1-4 (s 1 ff), kap II (s 60 ff) och avsnitt 34 (s 196 ff). L Lindahl, *Hans Kelsen och den rena rättsläran* (stencil). N Simmonds, *Juridiska principfrågor,* Stockholm 1988, avsnitt 5 (s 83-102). H L A Hart, *The Concept of Law,* Oxford 1961, kap V och VI (s 77 ff). P O Ekelöf, Uttrycket "gällande rättsregel", i *Nordisk Gjenklang. Festskrift t Arnholm,* Oslo 1969, s 109 ff.

2.6.1. Inledning

Ett annat problem avser sambandet mellan begreppet "gällande rätt" och värderingar. Begreppet "gällande rätt" har inte endast de ovan beskrivna egenskaperna, utan även en viss praktisk mening. M a o är giltighetsbegreppet normativt. *Att en norm är giltig eller gällande betyder att den bör följas.* Följaktligen besvarar man ofta två frågor på en gång, "vad är gällande rätt"? och "varför bör rätten följas"? Den första frågan avser en definition av gällande rätt, den andra dess legitimitet, närmare sagt dess djupgående rättfärdigande (se avsnitt 3.2.1 nedan). Den första frågan förutsätter vissa filosofiska åsikter om verklighetens natur. Man kan därför använda beteckningen "definitions- och existensfrågan".

Den andra frågan är svår. För att meningsfullt tala om en giltig norm

måste man tänka sig minst två normer, den vars giltighet konstateras och den som bestämmer giltigheten. När det gäller *rättsnormers* giltighet kan den giltighetsbestämmande normen ha olika karaktär.

1) Den kan vara en rättsnorm. En grundlagsnorm bestämmer således när en lag är gällande.

2) Den kan vara en etisk norm. En etisk norm kan t ex bestämma att en obsolet lag har ett så stötande innehåll, att den inte längre bör behandlas såsom gällande.

3) Den giltighetsbestämmande normen kan även ha en annan karaktär. En komplicerad samhällelig norm bestämmer således att ett visst slags samband med en effektiv maktutövning är nödvändigt för att man skall kunna betrakta ett normsystem som gällande rätt.

Olika uppfattningar om de "övernormer" som bestämmer den rättsliga giltigheten kan indelas i två klasser: rättspositivismen och naturrättsläran. Naturrättsläran brukar placera övernormerna inom etiken. Rättspositivismen finner dem i själva rätten.

2.6.2. Hans Kelsens "rena rättslära"

En av de mest fulländade rättspositivistiska lärorna har skapats av Hans Kelsen. Enligt Kelsen utgör den faktiskt förekommande rättsvetenskapen ofta en blandning av olika sociologiska, etiska, juridiska och andra betraktelsesätt. Kelsens mål var en "ren" rättsvetenskap, befriad från alla främmande inslag. En "allmän del" av denna — vilken omfattar Kelsens idéer om rätten och staten — kallades av honom själv för den rena rättsläran.

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

Den kelsenska lärans "renhet" innebär även att den rensats på *etiska* inslag. Etiken är enligt Kelsen en samhällelig normativ ordning, som skiljer sig från rätten bl a genom avsaknad av organiserade sanktioner. I ett och samma samhälle kan det finnas flera etiska ordningar, t ex kristen och muslimsk etik. Man kan inte vetenskapligt fastställa en moralordnings överlägsenhet gentemot en annan. Rättsordningen påverkas ofta av någon etisk ordning, men rättsordningens giltighet är helt oberoende av etiken. Rätten skapar sina egna kännetecken på gott och ont, oberoende av olika etiska ståndpunkter.

Enligt Kelsen är rättsordningen en tvångsordning, dvs en sanktions-

ordning. "Alla normer som inte själva statuerar en tvångsakt... är osjälvständiga normer, vilka endast gäller i förbindelse med de normer som statuerar en tvångsakt." Civilrättsliga normer gäller således tack vare att andra normer statuerar en rad påföljder vid deras åsidosättande, ytterst sådana påföljder som tvångsmedel vid utsökning, straff osv.

En av Kelsens mest kända läror är teorin om rätten som en "byggnad" med olika nivåer eller "avsatser" (jfr avsnitt 2.1.2 ovan om rättssystemets egenskaper). En given norm är rättsligen gällande om den skapats i överensstämmelse med regler av högre dignitet. Den verkligt svåra frågan avser pyramidens topp. De högsta rättsnormerna, grundlagarna, kan inte ärva sin giltighet från ännu högre rättsnormer eftersom inga sådana finns. Juristerna brukar ta deras giltighet för given. För en rättsteoretiker innebär den emellertid ett problem.

Enligt Kelsen måste grundlagarna ärva giltigheten från en s k *grundnorm*. I en förkortad form har grundnormen formulerats sålunda: man skall bete sig så som författningen föreskriver.

Enligt Kelsen kan vilken grundnorm som helst förutsättas, såvida ett krav uppfylls, nämligen att de flesta normer som baserar sig på denna grundnorm *effektivt* tillämpas inom en given maktutövningsorganisation. Härmed upphöjs effektiviteten vid maktutövning till den rättsliga giltighetens nödvändiga betingelse. Men varför är denna betingelse inte tillräcklig; varför behöver Kelsen dessutom en grundnorm? Svaret är följande: Man kan inte betrakta t ex maffians "rättsordning" som gällande rätt, oavsett hur effektiv maffians maktutövning än må vara. Den rättsliga giltigheten är en normativ egenskap och således inte identisk med den faktiska effektiviteten.

Grundnormen är själv inte rättsligt gällande, eftersom den inte tillkommit i rättsenlig ordning. Den är emellertid *begreppsligt förutsatt* i juridisk argumentation. Vi anser nog alla att grundlagarna är gällande. Om man uppriktigt säger "grundlagarna är gällande", menar man egentligen att grundlagarna skall efterlevas. Det faktum att vi kallar grundlagarna för gällande betyder således, att vi antar att de skall efterlevas; grundnormen säger precis detsamma, att de skall efterlevas.

Men hur kan en begreppslig förutsättning utgöra rättens giltighetsgrund? Kelsens teori vilar egentligen på följande tysta antagande: Författningen skall följas eftersom vi jurister har en benägenhet att tro att den skall följas.

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

2.6.3. Herbert Harts rättsteori

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

Enligt Hart består rätten av samhälleliga regler, antingen skrivna eller sedvanerättsliga. Rätten skiljer sig från andra samhälleliga regler på följande sätt. Rätten är en förening av primära och sekundära regler. Medan de primära bestämmer de handlingar som individer skall eller inte skall utföra, handlar de sekundära om hur de primära reglerna fastställs och ändras. Hart urskiljer tre slags sekundära regler: om giltighet, ändring och tillämpning av primära regler.

Det första slaget intar en särställning. Harts s k *igenkännings- eller identifikationsregel* (eng. *rule of recognition*) utgör rättsordningens yttersta norm som bestämmer över giltigheten hos rättssystemets övriga regler. Igenkänningsregeln bestämmer t ex att gällande lag kan identifieras genom förekomsten i Svensk författningssamling. Å andra sidan kan igenkänningsregeln uppfattas som rätt lik Kelsens grundnorm: Den bestämmer t ex att i Svensk författningssamling publicerade författningar skall följas.

Visserligen betonar Hart följande skillnad. Medan grundnormen är en fiktion, utgör spörsmålet om igenkänningsregeln en empirisk faktumfråga: juristerna förutsätter det *faktum* att igenkänningsregeln accepteras inom rättssystemet. Men faktumfrågan är i båda fallen densamma: Genom sina attityder och sitt språkbruk visar de allra flesta jurister att de betraktar rättsregler som gällande, dvs sådana som skall följas. Den verkliga skillnaden är antagligen blott denna. Medan Kelsens grundnorm alltid har samma innehåll — *grundlagarna* skall följas — kan Harts igenkänningsregel variera från en rättsordning till en annan. Det är inte otänkbart att t ex 1 kap 1 § 3 st regeringsformen ("den offentliga makten utövas under lagarna") tillsammans med 8 kap bildar den svenska rättens igenkänningsregel. T o m en ordning som saknar skrivna grundlagar måste basera sig på en igenkänningsregel vilken bestämmer vad som utgör en gällande rättsregel. Enligt Hart bildar en sådan igenkänningsregel en del av rättsordningens *oskrivna grundlag.*

Det faktum att Hart i motsats till Kelsen ägnat stor uppmärksamhet åt oskrivna grundlagar kan förklaras genom skillnaden mellan Englands och Österrikes grundlagar: den förstnämnda består delvis av en oskriven sedvanerätt. Följaktligen betonar Hart även följande skillnad: Medan Kelsens grundnorm handlar *om* grundlagen ("grundlagen skall föl-

jas") bildar Harts igenkänningsregel *en beståndsdel* av grundlagen. Men denna skillnad är sekundär. Man kan alltid tänka sig en språklig konvention enligt vilken normen "den skrivna grundlagen skall följas" betraktas som en beståndsdel av grundlagen. Grundlagen skall då bestå av två beståndsdelar: den skrivna delen och denna oskrivna norm, vars innehåll motsvarar Kelsens grundnorm.

Harts igenkänningsregel är lika litet ägnad att vara den rättsliga giltighetens yttersta grund som Kelsens grundnorm.

2.7. Rätt och moral — om naturrättsläran

2.7.1. Inledning

Litteratur

A Peczenik, *Rätten och förnuftet,* 2 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 4.1 (s 176-178). T Strömberg, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag,* 3 uppl, Lund 1989, 2-5 (s 9-43). J Hellner, *Rättsteori,* Stockholm 1988, avsnitt 2.2 (s 19 ff). K Olivecrona, *Rättsordningen,* 2 uppl, Lund 1976, s 21-34 och 62-86. S Strömholm och Å Frändberg, *Rättsteoretiska klassiker,* Stockholm 1988, s 27 ff (Aristoteles) och s 71 ff (Thomas av Aquino).

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

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

Begreppet är vagt men man kan säga att naturrätten omfattar särskilt viktiga etiska normer. För att fastställa innehållet i dessa använder olika förespråkare för naturrätten vissa religiösa, begreppsliga eller empiriska argument.

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

Å andra sidan var teleologin en genomträngande idé inom det grekis-

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

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

Dessa grekiska tankar glömdes bort i århundraden. De togs ändå upp av den s k skolastiska naturrätten. Thomas av Aquino, den store katolske filosofen, byggde sitt glänsande tankesystem på den aristoteliska traditionen. Hans konstruktion var naturligtvis religiös, men Aristoteles var den viktigaste bakgrundsgestalten. Gud gav de yttersta målen för människan i sin eviga rätt. Människans förnuft är alltid bristfälligt och hon kan bara ofullständigt förstå Guds tankar. Fastän Thomas av Aquino försökte ge så mycket utrymme för förnuftet som möjligt fanns det fotfäste också för tron. Den eviga (gudomliga) rätten kan en människa inte förstå fullständigt, hon kan bara tro på den. Men den del som människan förstår därav bildar den naturliga rätten.

Distinktionen mellan den jordiska, m a o positiva, och den naturliga rätten behärskade sedan hela den medeltida rättsfilosofin. Under rationalismens period — särskilt under 1600- och 1700-talen — måste emellertid Gud vika undan för det mänskliga förnuftet. Enligt rationalismen kunde människan alltid förstå och definiera vad som är naturligt, de naturliga ändamålen. Den tyske filosofen Christian Wolff byggde t o m ett axiomatiskt system av naturliga lagar, en pyramid av människoförnuftet.

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

2.7.2. Ett exempel på en modern naturrättslära

Litteratur

A. Verdross, *Statisches und dynamisches Naturrecht,* Freiburg 1971.

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

Verdross förespråkade en försiktig version av en empirisk naturrättslära. Den består av fyra delar.

1. Den första delen baserar sig på människors följande "primära strävanden":

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

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

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

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

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

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

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

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

— Den enskilde *bör* hjälpa andra, om det är möjligt.

Följande antagande ligger bakom denna teori. Om alla normala människor vill att handlingen H utförs, så bör man utföra H.

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

3. *Den sekundära naturrätten* åter preciserar hur de syften som ligger

bakom rättsordningen och som formuleras av den primära naturrätten bäst skall förverkligas under givna samhälleliga förhållanden. Den sekundära naturrätten förändras och anpassas därför till nya fakta.

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

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

Verdross har emellertid inte bevisat att det bara finns en uppsättning av rättsnormer som bäst förverkligar alla normala människors strävanden. De mål som alla normala människor alltid godkänner, t ex att skydda livet, är mycket vaga. Ofta kan man uppnå samma mål på olika sätt.

2.8. De klassiska lärornas otillräcklighet

En genomläsning av de klassiska lärorna om gällande rätt lämnar läsaren förvirrad. Denne får intrycket att lärorna slagit ut varandra.

Naturrättslärans svar på *definitionsfrågan,* hur begreppet "gällande rätt" skall definieras, är inte tillfredsställande. Naturrättsläran anser att den positiva rätten är gällande endast om den stämmer överens med naturrätten, och ytterst med människans natur. Men naturrättslärans alla arter kritiseras för att de på ett otillfredsställande sätt härleder normer och värdesatser ur påståenden om människornas natur. Många logiker påstår att sådana slutledningar inte kan vara korrekta. Dessutom är kunskapen om människans natur alltför vag för att kunna stödja en bestämd och detaljrik naturrätt. Vagheten medför ett stort *godtycke.* Man kan tänka sig ett oräkneligt antal olika uppsättningar av rättsnormer vilka mer eller mindre motsvarar naturen. Naturrättsläran kan därför inte uppfylla rättsstatens krav på rättens exakthet och rättstillämpningens förutsebarhet. Inte heller är den förenlig med rättsstatens krav på att rättens giltighets är oberoende av andra normer än den positiva rätten.

Rättspositivisterna avvisar tanken på att rättsreglernas giltighet och bindande kraft är beroende av sambandet med någon form av naturrätt. Ur en jurists synvinkel är denna uppfattning den mest övertygande.

Rättspositivismens svar på den *normativa frågan* om rättens giltig-

hetsgrund är emellertid mindre övertygande. Den försöker besvara frågan "varför skall den positiva rätten följas?" utan att behöva säga något om naturrätten. I stället stöder man rättens bindande kraft på grundnormen eller igenkänningsregeln. Men detta svar innebär egentligen inget mer än att "rätten skall följas eftersom vi jurister har en benägenhet att tro att den skall följas".

Man behöver därför en "tredje rättsteori", en rimlig avvägning mellan rättspositivismens och naturrättslärans olika insikter.

2.9. Rättssystemets externa giltighet

2.9.1. Definitionsfrågan. Normer om rättssystemets struktur och funktioner

Litteratur

A Peczenik, *Rätten och förnuftet,* 2 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 4.5.4 (s 215-216). J Raz, *The Authority of Law,* Oxford 1979, s 115-120.

Det finns vissa etablerade kännetecken på rättssystemets externa giltighet. M a o kan man genom undersökning av det juridiska språket och den rättsliga kulturen ("värderingsfritt") konstatera, att ett normalt rättssystem har vissa egenskaper. Dessa egenskaper kan åberopas för att bestämma om att ett normsystem utgör gällande rätt. Vi har redan angivit vissa sådana egenskaper. De kan systematiseras på följande sätt:

— Ett normalt rättssystem omfattar vissa normer som på ett särskilt sätt bestämmer dess struktur och funktioner.

— Ett normalt rättssystem är effektivt och öppet (avsnitt 2.9.2 nedan).

— Ett normalt rättssystem har ett visst samband med etiken (avsnitt 2.9.3 nedan).

Låt oss börja med normerna om rättssystemets struktur och funktioner.

1. Ett normalt rättssystem omfattar inte bara individuella utan även *generella* handlingsregler.

2. Ett normalt rättssystem omfattar normer som gör anspråk på att systemet har *tvångsmonopol,* dvs att fysiskt våld endast får förekomma med stöd av rättsnormerna.

3. Ett normalt rättssystem består av olika nivåer, varvid de högre normerna bestämmer hur de lägre skall skapas.

4. Ett normalt rättssystem omfattar normer som gör anspråk på att systemet är *överordnat* andra slags normer.

5. Ett normalt rättssystem omfattar normer som gör anspråk på att systemet är *fullständigt,* dvs reglerar alla aspekter av samhällslivet.

6. Ett normalt rättssystem omfattar inte bara handlingsregler utan även konstitutiva regler vilka är betingelser för att man skulle kunna tala om institutionella fakta, sådana som avtal, löften, äktenskap och medborgarskap.

2.9.2. Definitionsfrågan. Rättssystemets effektivitet och öppenhet

Andra kännetecken avser ett normalt rättssystems effektivitet och öppenhet.

1. Effektivitet i vardagslivet. De viktigaste handlingsnormer som tillhör ett normalt rättssystem beaktas nästan alltid av enskilda vid sådana vardagliga handlingar som att köpa, låna, gifta sig osv. Ett stort antal av systemets övriga handlingsnormer beaktas i de flesta fall av dem som de är tillämpliga på.

2. Effektivitet vid myndighetsutövning. Vissa handlingsnormer som tillhör ett normalt rättssystem tillämpas nästan alltid av myndighetspersoner, som reglerar andras handlingar. Ytterst vilar denna reglering på normenligt tvång, som utövas av domare, poliser, kronofogdar m fl.

3. Öppenhet. De viktigaste normer som tillhör ett normalt rättssystem offentliggörs och tillämpas på ett öppet sätt. Medborgarna kan lätt finna de rättstillämpande myndigheterna. Statsgränsen är klart markerad mm.

Alla dessa egenskaper hos rättssystemet är också relevanta för begreppet "rättsstat". Men rättsstatens normsystem har även andra egenskaper, såsom en relativt hög precisionsnivå, maktdelning och formell rättssäkerhet.

2.9.3. Kort om rätten och etiken. Definitionsfrågan och den normativa frågan

Litteratur

A Peczenik, *Rätten och förnuftet,* 2 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 4.7.3 (s 221-223) och 2.5.1- 2.5.3 (s 87- 92).

Ett normalt rättssystem är inte heller extremt förkastligt ur en etisk synvinkel, såsom exempelvis Pol Pots "rätt".

Denna slutsats följer av rättens oupplösliga samband med tvång. Varje rättssystem möjliggör myndighetsutövning som tvingar människor till handlingar de kanske ogillar. Visserligen är tvånget etiskt godtagbart eftersom det är nödvändigt för samhällslivet och i regel är det bättre än ett laglöst kaos. Det är bättre för ett samhälle att etablera en rättsordning, som i *vissa* fall kan leda till etiskt oriktigt tvång, än att tolerera kaos. Men å andra sidan är det etiskt bättre att låta den enskilde i varje fråga lita till sitt etiska omdöme än att etablera en tvångsordning, som *alltför ofta* leder till etiskt oriktiga avgöranden (se avsnitt 4.2.5 nedan).

I ett civiliserat samhälle behöver en jurist inga etiska värderingar för att fastställa vad som utgör ett system av gällande rätt. Men inom den allmänna rättsläran måste man även diskutera ordningar som genomsyras av så förkastliga värderingar som Hitlers eller Pol Pots. Måste deras rättsliga giltighet erkännas?

En extremt förkastlig tvångsordning är sålunda ingen rättsordning. Svaret på *definitionsfrågan* är på så sätt bestämt av en etisk värdering. Samma värdering besvarar *den normativa* frågan "varför skall den positiva rätten följas?" Rätten skall följas i den mån den förhindrar kaos och kaos är *etiskt* förkastligt. Den positiva rätten är följaktligen *prima-facie* (se avsnitt 4.2.4 nedan) bindande ur etisk synvinkel. Etiken utgör rättens yttersta giltighetsgrund.

Å andra sidan är den positiva rätten *inte* bindande om den är extremt förkastlig, värre än kaos. Men vad är extremt förkastligt? Det finns flera kännetecken, bl a kan man säga att ett normsystem är extremt förkastligt om dess tillämpning orsakar extremt mycket lidande, flagrant strider mot människornas preferenser och konsekvent förhindrar förverkligandet av människors talanger. Följaktligen har ett normalt rättssystem följande egenskaper:

1. Normsystemet är inte sådant att dess tillämpning orsakar extremt mycket lidande.

2. Normsystemet är inte sådant att dess tillämpning i extremt hög grad strider mot människors preferenser.

3. Normsystemet är inte sådant att dess tillämpning i extremt hög grad förhindrar förverkligandet av människors talanger.

Visserligen medför de etiska kraven på rättssystemets giltighet att rättsbegreppet blir vagt. De kan därför leda till att den formella rättssäkerheten, dvs myndighetsutövningens förutsebarhet minskar. Men ökningen av vaghet är marginell och aktuell endast i sådana samhällen som

Hitlers eller Pol Pots. I alla andra samhällen är rättsordningen utan tvekan inte extremt förkastlig.

2.9.4. Avvägning mellan olika kännetecken på rättssystemets giltighet

Det är inte säkert att varje rättssystem måste ha alla de ovan angivna egenskaperna. Men det måste i stor utsträckning uppvisa många av dem. Man kan dessutom ge rimliga skäl, däribland etiska sådana, för slutsatsen att vissa egenskaper i förekommande fall väger tyngre än andra.

Vid denna avvägning kan man t ex "kompensera" normsystemets minskade etiska godtagbarhet med dess större effektivitet. Man kan t ex säga att Hitlers så sent som 1942 ännu rätt effektiva ordning utgjorde gällande rätt, fastän man redan då i stor skala började mörda judar. Bl a bildade civillagen fortfarande en relativt säker grund för vardagliga handlingar. På våren 1945 hade emellertid systemets effektivitet minskat så mycket, samtidigt som dess förkastlighet ökat, att man skulle kunna ifrågasätta dess karaktär av rättsligt gällande ordning.

Begreppet "gällande rätt" är vagt men säkert inte innehållslöst.

2.10. Rättsrationalismen

Vår teori om kännetecken på rättssystemets externa giltighet är varken rättspositivistisk eller naturrättslig.

En rättspositivist skulle visserligen kunna godkänna vår uppfattning om de kännetecken som avser normerna om rättssystemets struktur och funktioner. Han kan lätt instämma i tesen att ett normalt rättssystem måste bestå av olika nivåer och omfatta såväl generella handlingsregler som konstitutiva regler. Likaledes kan han medge att ett normalt rättssystem måste göra anspråk på att vara fullständigt och överordnat andra normer, samt upprätthålla ett tvångsmonopol. Inte heller behöver en rättspositivist ifrågasätta de kännetecken som avser rättssystemets effektivitet och öppenhet. Han kan godta tesen att ett normalt rättssystem måste uppvisa en viss effektivitet, såväl i vardagslivet som vid myndighetsutövning. Till sist kan han godta tesen att de viktigaste rättsnormerna måste offentliggöras och tillämpas på ett öppet sätt.

Å andra sidan kan ingen rättspositivist godkänna etiska kännetecken på rättssystemets giltighet. Han kan sålunda inte ansluta sig till vår teori

om att inget rättssystem kan vara extremt förkastligt ur en etisk synvinkel. Om han hade godkänt denna teori skulle han i kraft av definition inte längre vara rättspositivist. Inte heller kan en rättspositivist godta tesen att etiken är rättens yttersta giltighetsgrund.

Genom att godkänna etiska kännetecken på rättsystemets giltighet omfattar man emellertid inte automatiskt en naturrättslig åskådning. Visserligen präglas en omfattande del av den rättsteoretiska litteraturen av uppfattningen att indelningen av olika rättsläror i positivistiska och naturrättsliga är uttömmande. Indelningen blir säkert uttömmande om man med rättspositivism förstår varje rättsteori som förkastar etiska kännetecken på gällande rätt, under det att man som naturrättslig räknar varje lära som godkänner dessa kännetecken. Annorlunda förhåller det sig om begreppet "naturrättsläran" tolkas mindre extensivt, t ex som en lära om den mänskliga naturen ur vilken man drar slutsatser angående rättsreglernas innebörd. Då blir indelningen inte fullständig, eftersom man kan godkänna vissa etiska kännetecken på rättssystemets giltighet utan att behöva härleda dem ur människonaturen.

Vi har inte gjort några som helst antaganden om rättsordningens samband med den mänskliga naturen, utan i stället helt allmänt hävdat att ett normalt rättssystem måste uppfylla några etiska minimikrav. Det går inte att en gång för alla fastställa innehållet i dessa krav. Än mindre går det att härleda innehållet ur människonaturen. Å andra sidan kommer vi att hävda att frågan om de etiska minimikraven på gällande rättssystem kan diskuteras på ett rationellt sätt. Det går t ex att argumentera såväl för som mot uppfattningen att Hitlers normsystem var gällande rätt. En sådan argumentering bildar inte någon beståndsdel av vår teori. Men vår teori medger helt generellt att detta argumenteringssätt är möjligt och kan vara förnuftigt.

Med hänsyn till ovanstående kan vår teori betecknas som *rättsrationalism*. Rättsrationalismen kan tänkas vara en syntes eller en tredje väg vid sidan av naturrättsläran och rättspositivismen. Den så kallade rättsrealismen kan uppfattas som en fjärde rättsteori; se avsnitt 3.3.4 nedan.

2.11. Rätten och demokratin

Litteratur

L E Taxell, *Demokrati*, Åbo 1987, kap A-C (s 5-51); T Segerstedt m fl, *Rättssäkerhet och demokrati*, 1985, uppsatser av Segerstedt, Strömholm och Anckar (s 7-66); G Bohman m fl, *Demokratins villkor*, Stockholm 1982, uppsatser av Bohman och Heckscher (s 7-20 och 54-63); A Ross, *Varför demokrati*, Stockholm 1963, kap 4 och 5 (s 82-141).

För att skapa en säker grund för vidare undersökningar behöver vi inte blott begreppen "rättsstat", "välfärdsstat" och "gällande rätt" utan även demokratibegreppet.

Det moderna demokratibegreppet har uppstått genom historisk utveckling. Olika praktiska hänsyn och etiska värderingar har ständigt påverkat dess innebörd. Följaktligen är begreppet vagt och omstritt.

Av både historiska och språkliga skäl är det naturligt att först och främst tillämpa demokratibegreppet på ett statsskick, ett samhällsskick i stort och ett offentligt beslutsfattande. I en sekundär betydelse kan även föreningar, företag och andra organisationer samt beslutsfattande inom dessa kallas för demokratiska.

Att demokratibegreppet är vagt innebär emellertid inte att det saknar någon bestämd mening. Demokrati är detsamma som *folkstyre.* Detta är demokratins övergripande idé.

Vissa kännetecken på ett demokratiskt statsskick kompletterar den övergripande idéen. Dessa kännetecken är följande: 1) majoritetsprincipen 2) politisk intresserepresentation, 3) medborgardeltagande i politiken och rättskipningen, 4) fri åsiktsbildning, 5) informationsfrihet och öppenhet, 6) vissa andra fri- och rättigheter, 7) rättssäkerhet, 8) maktdelning, 9) kontroll över politiska beslut och 10) de politiska befattningshavarnas ansvar.

Varje kännetecken motsvarar ett visst *värde,* som kan förverkligas till en viss grad, således mer eller mindre. Det finns sålunda grader av demokrati.

Både den övergripande idéen om folkstyret och teorin om olika kännetecken på statsskickets demokratiska drag har en rätt generell karaktär. De är lika relevanta för den svenska och finska demokratin som t ex för den västtyska och amerikanska. Det politiska språket och därmed listan på demokratins nödvändiga villkor ändrar sig emellertid fortlöpande. Principen "en man en röst" uppfattas t ex numera som majoritetsprincipens konsekvens och som demokratins nödvändiga villkor. Men för några generationer sedan saknade t ex kvinnor och mindre bemedlade män rösträtt i stater vilka allmänt ansågs vara demokratiska. Å andra sidan är inget enskilt kännetecken tillräckligt för demokrati.

1) *Majoritetsprincipen.* Majoritetsprincipen innebär bl a att de politiska befattningshavarna tillsätts efter fria val, varvid medborgarna har allmän och lika rösträtt (jfr t ex 1 kap 1 § 2 st regeringsformen). Den innebär däremot varken att medborgarna faktiskt är lika kapabla att bedriva politik eller att de är ekonomiskt likställda.

Majoritetsprincipens fullständiga genomförande skulle medföra

drastiska följder för tolkningen av de i folkmajoriteten förankrade lagarna. Klara lagar skulle sålunda tolkas bokstavligt. Vid tolkning av generalklausuler, ramlagar och annan vag lagstiftning skulle domaren alltid noga följa lagarnas förarbeten, t o m i strid mot all rim och reson eller den egna välgrundade rättfärdighetsuppfattningen. I en demokratisk rättsstat får emellertid majoritetsprincipen inte odelat dominera rättstillämpningen utan hänsyn måste också tas till bl a olika rättighets-, rättssäkerhets- och maktdelningssynpunkter. En rad exempel, däribland den franska revolutionens historia, visar klart att parlamentets obegränsade makt inte utesluter förtryck. Bokstavstolkning utgör därför knappast den enda legitima lagtolkningsmetoden. Inte heller bör lagens förarbeten betraktas som den absolut viktigaste rättskällan, som alltid äger företräde framför t ex prejudikat.

2) *Politisk intresserepresentation.* Ett av demokratins viktigaste kännetecken ligger i att de politiska befattningshavarna slår vakt om medborgarnas gemensamma intressen och sammanjämkar viktiga gruppintressen.

De värderingar som genomsyrar rättstillämpningen i ett demokratiskt samhälle bör följaktligen förankras i medborgarnas gemensamma intressen. Andra egenskaper hos ett demokratiskt statsskick, framför allt rättssäkerheten, sätter emellertid vissa gränser för de gemensamma intressenas beaktande. Hänsynen till likhet inför lagen utesluter samtidigt rättstillämpningens anpassning till olika gruppintressen. Parternas intressen har å andra sidan en särställning. Varje medborgare kan bli indragen i en rättslig tvist. Hans trygghet främjas av att han kan lita på att domstolarna då kommer att tillgodose hans intressen.

3) *Medborgarnas deltagande i politiken och rättskipningen.* Politikens och rättskipningens förankring i medborgarnas intressen — och därmed demokratin — stärks av medborgarnas deltagande icke bara i valen och folkomröstningarna utan även i kommunala nämnder, domstolar o s v. Demokratin medför ett visst "amatörstyre". Det är också viktigt att även de medborgare, som inte innehar några politiska uppdrag, utsätter de politiska befattningshavarna för olika slags påverkan genom t ex offentlig kritik.

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

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

5) *Informationsfrihet.* Den fria åsiktsbildningen förutsätter informationsfrihet (jfr 2 kap 1 § regeringsformen). Informationsfrihet möjliggör en rationell debatt om politiska, etiska, juridiska och andra praktiska frågor. Om medborgarna inte får tillräcklig information utan i stället utsätts för en känslomässig manipulation är åsiktsbildningen skenbart fri men i själva verket påtvingad av populister.

Informationsfrihet tillförsäkras bl a av att lagarna publiceras och tillämpas öppet. Reglerna om allmänna handlingars offentlighet befrämjar demokratin.

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

Den fria åsiktsbildningen i juridiska frågor underlättas av att domar och beslut åtföljes av en begriplig motivering.

6) *Fri- och rättigheter.* Förutom den fria åsiktsbildningen kräver demokratin många andra rättigheter. Demokrati är inte någon majoritetsdiktatur. Hänsynen till olika fri- och rättigheter är den viktigaste begränsningen av majoritetsstyret. Det finns olika mer eller mindre etablerade listor av fri- och rättigheterna. Måhända kan de betraktas som olika tolkningar av *demokratins grundvärden* såsom frihet, jämlikhet och kanske även trygghet.

Låt oss blott nämna yttrandefriheten, tryckfriheten, rörelsefriheten, mötesfriheten, demonstrationsfriheten, föreningsfriheten, religionsfriheten; skyddet för den kroppsliga integriteten, skyddet för privat- och familjelivet, skyddet för äganderätten, skyddet för brevhemligheten; skyddet mot omänsklig eller förnedrande behandling, skyddet mot påtvingat arbete, skyddet mot diskriminering; rätten till domstolsprövning av frihetsberövanden, rätten till opartisk och offentlig rättegång; och likhet inför lagen.

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

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

7) *Rättssäkerhet.* Rättssäkerheten utgör ett kännetecken på ett demokratiskt statsskick. Vi har redan påpekat att en *rättsstat* uppvisar en hög grad av rättssäkerhet. Här har vi en ytterligare skärningspunkt mellan begreppen "demokrati" och "rättsstat".

Demokratin kräver *materiell* rättssäkerhet, vilken innebär att rättsliga beslut baserar sig på en förnuftig avvägning av hänsynen till den på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska hänsyn. De sistnämnda omfattar demokratins etiska värden, såsom frihet, jämlikhet o s v. På så vis uppstår ett komplicerat samband mellan rättssäkerheten och demokratin.

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

8) *Maktdelning.* Rättssäkerheten, fri- och rättigheterna, de fria majoritetsbesluten och den politiska folkrepresentationen befrämjas av en viss maktdelning. Ett maktmonopol innebär alltid ett hot mot individens frihet. Inte ens riksdagen bör ha hela den offentliga makten. Oberoende domstolar, självständiga statliga verk, maktdelning mellan staten och kommunerna mm utgör således ett kännetecken på statsskickets demokratiska karaktär.

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

Visserligen genomsyras den svenska regeringsformen av folksuveränitetsläran, inte av maktdelningsläran, jfr t ex 1 kap 4 och 6 §§. Likväl stadgar regeringsformen att ingen myndighet, ej heller riksdagen, får bestämma, hur domstol skall tillämpa rättsregel i särskilt fall (11 kap 2 §).

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

Kravet på kontroll av maktutövning gör sig gällande inom rättstillämpningen bl a genom *kravet på att domar bör motiveras* på ett ordentligt sätt. Demokratins framväxt har medfört att medborgarna inte längre

finner sig i överhetens obegripliga beslut utan alltid måste få veta beslutens grunder.

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

Demokratin förutsätter dessutom regeringens politiska ansvar inför de folkvalda (jfr 1 kap 6 § och 12 kap 1-5 §§ regeringsformen). Rättssäkerheten och därmed demokratin befrämjas också av att tjänstemän straffrättsligt svarar för myndighetsmissbruk m m; jfr 20 kap brottsbalken. En informell och viktig ansvarsform är till sist att väljarna kan vägra att välja om en folkvald ledamot.

Sammanfattningsvis kan följande konstateras. Demokratin kräver lagtolkning i ljuset av andra rättskällor inklusive förarbetena och olika etiska värden såsom frihet och jämlikhet. Den kräver också i princip att rättsliga beslut motiveras. Den kräver däremot inte att rättstillämpningen slaviskt följer vare sig lagens ordalydelse eller dess förarbeten.

2.12. Rättssäkerhetskravet

Litteratur

A Peczenik, *Rätten och förnuftet,* 2 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 1.5 (s 48-51). Å Frändberg, Rättsstatens organisation, i P Needham och J Odelstad (red), *Changing Positions. Essays Dedicated to Lars Lindahl,* Uppsala 1986, s 31. S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning,* 3 uppl, Stockholm 1988, s 394. M Matsson, Staffan Westerlund och rättssäkerheten, *SvJT 1981,* s 459 ff. A Aarnio, *The Rational As Reasonable,* Dordrecht/ Boston/ Lancaster/ Tokyo 1987, avsnitt I.1.2 (s 3 ff).

Vi har redan konstaterat att demokratin kräver *materiell* rättssäkerhet vilken innebär att rättsliga beslut baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska hänsyn.

Visserligen kan man även använda det *formella* rättssäkerhetsbegreppet, som åsyftar den på lagen baserade förutsebarheten av rättsliga beslut (utan något krav på etisk godtagbarhet). Det är välanpassat till bl a straffrätten.

Men i många andra sammanhang är det materiella begreppet överlägset. Att så är fallet inser man då man tänker på följande exempel. Tyska judar under Hitlers välde kunde lätt förutse att de skulle komma att för-

följas, men det vore absurt att kalla en sådan förutsebarhet för rättssäkerhet.

Endast det materiella rättssäkerhetsbegreppet kan bilda den juridiska metodens övergripande mål. Målet kan inte vara att blint lyda lagens bokstav utan att tolka den på ett så godtagbart sätt som möjligt.

Det förekommer även ett annat materiellt rättssäkerhetsbegrepp. Rättssäkerheten likställs ibland med det skydd lagen ger individer, grupper, samhället, staten osv mot bl a varjehanda brott. Detta begrepp användes bl a av utredningen "Ekonomisk brottslighet i Sverige", SOU 1984:15. En politiker har t o m talat om "rättssäkerhet på gator och torg". En sådan terminologi är emellertid ägnad att skapa missförstånd.

I vissa fall kan en ökning av den i lagen förankrade förutsebarheten leda till ett minskat beaktande av andra etiska hänsyn och omvänt kan ett ökat beaktande av dessa föra med sig en minskning av förutsebarheten. En mycket exakt lagstiftning om t ex otillbörliga avtalsvillkor skulle kunna vara orättvis (och i denna mening oetisk), medan en rättvis generalklausul kan leda till att besluten blir svåra att förutse. I ett modernt samhälle väntar sig folk i allmänhet att myndigheterna åsyftar den bästa avvägningen mellan förutsebarhet och andra etiska hänsyn.

Rättssäkerhetskravet har följande konsekvenser.

1. Rättsliga beslut måste stödja sig på rättsreglerna. Om ingen lag är tillämplig på det aktuella fallet bör avgörandet stödas på andra rättskällor, såsom t ex prejudikat.

2. Lagbestämmelser måste underkastas en korrigerande tolkning, så att de tillämpas på ett etiskt godtagbart sätt.

3. En domare får inte vägra att döma. Som exempel kan man citera fjärde artikeln i den franska civillagen (1804): "En domare som vägrar att döma under förebärande av lagens tystnad, dunkelhet eller otillräcklighet, kan åtalas för vägran att döma."

Men varför anpassas lagarna till etikens krav genom tolkning, inte enbart genom kontinuerliga lagändringar?

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

2. Den juridiska argumentationsmetoden har genom en historisk utvecklingsprocess anpassats till att förnuftigt avväga lagens bokstav och etikens krav. Domaren har långt större praktisk erfarenhet i att tillämpa

denna metod på konkreta fall än de lagstiftande organen.

Detta faktum har man insett sedan antiken. I den romerska republiken anpassades sålunda den ursprungligen primitiva civilrätten till rättvisans krav genom att pretorn kunde befalla domaren att döma som om ett i ius civile föreskrivet faktum förelåg fastän så inte var fallet. Så småningom utvecklade pretorerna i nära kontakt med praxis ett helt nytt rättssystem. Rättvisebedömningen i konkreta fall utvecklades således till ett antal rättsregler. En delvis liknande utveckling skedde i England under medeltiden.

2.13. Förhållandet mellan begreppen rättsstat, gällande rätt, demokrati och rättssäkerhet

Det sagda kan sammanfattas i ett diagram:

Rättsstatens egenskaper

Reglernas höga generalitets och abstraktionsnivå;
rättens autonomi;
subsumtionstekniken;
tekniska juridiska begrepp;
professionella juristers roll

Demokratins egenskaper

Majoritetsprincipen;
intresserepresentation;
medborgarnas deltagande i politiken och rättskipningen;
kontroll över politiska beslut;
makthavarnas ansvar

Rättsstatens och demokratins gemensamma egenskaper:

En viss maktdelning;
ett visst minimum av
rättssäkerhet;
ett visst minimum av rättigheter, däribland
fri åsiktsbildning och informationsfrihet

Egenskaper som kan åberopas för att bestämma om ett normsystem utgör gällande rätt

De rättigheter som varje rättssystem måste inkludera
för att inte bli extremt förkastligt.

Anspråk på tvångsmonopol;
anspråk på överordnad karaktär;
anspråk på fullständighet;
flera nivåer i rättssystemet;
konstitutiva regler;
effektivitet

Förhållandet mellan begreppen "rättsstat" och "demokrati" är alltså följande:

Både rättsstat och demokrati kräver en viss maktdelning och ett visst minimum av rättssäkerhet. De kräver också båda ett visst minimum av fri åsiktsbildning och informationsfrihet. Vidare kräver de ett visst minimum av andra rättigheter.

Det finns ingen rättsstat utan något rättssystem. Ett normalt rättssystem måste i hög grad uppfylla följande beskrivning: Det består av flera nivåer, omfattar konstitutiva regler, gör anspråk på tvångsmonopol, överordnad karaktär och fullständighet; samt uppvisar en viss effektivitet. En normal rättsstat måste sålunda ha alla dessa egenskaper. Demokratibegreppet hänvisar inte direkt till dem; likväl kan man knappast föreställa sig en demokrati utan rättssystem.

Å andra sidan har ett demokratiskt statsskick en rad egenskaper som inte är nödvändiga för en rättsstat, t ex yttrandefrihet och vissa andra rättigheter, utöver det minimum som måste kännetecknа rättsstaten; vidare majoritetsprincipen, intresserepresentationen, medborgarnas deltagande i politiken och makthavarnas ansvar.

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

Begreppet rättsstat är således mer formellt och demokratibegreppet mer materiellt.

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

Konkurrens utesluter emellertid inte ett nödvändigt samspel.

För det första kan välfärdsstaten inte fungera utan en relativt hög uppfyllelse av rättsstatens krav.

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

Till sist måste inte blott rättsreglernas innehåll utan även lagtolkning och rättstillämpning vara etiskt godtagbara.

Kapitel 3
Etiska värderingar inom den juridiska argumentationen

3.1. Svåra fall

3.1.1. Rättstillämpning i rutinfall och i svåra fall

Litteratur
A Peczenik, *Rätten och förnuftet*, 2 uppl Stockholm 1988, avsnitt 1.2 (s 30-31). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl Stockholm 1988, kap 20 (s 353 ff).

Härmed har vi närmat oss den viktiga frågan om etiska värderingars roll i juridisk argumentation.

Värderingar spelar ingen roll i *rutinfall*. Beakta t ex följande fall. Kalle lämnar sin bil på en avgiftsbelagd parkeringsplats utan att betala avgiften. En parkeringsvakt kommer och Kalle måste betala felparkeringsavgift. Parkeringsvaktens beslut kan motiveras som följer:

Premiss 1 (allmän regel)	Om parkeringsvakt påträffar bil som är parkerad på avgiftsbelagd plats utan att avgiften är betald, skall han avkräva bilföraren en felparkeringsavgift om 150 kr.
Premiss 2 (faktabeskrivning)	Parkeringsvakt Svensson har påträffat Kalles bil på avgiftsbelagd plats utan att avgiften är betald.
Slutsats	Parkeringsvakt Svensson skall avkräva föraren av Kalles bil en felparkeringsavgift om 150 kr.

Denna slutledning är en enkel *subsumtion*: en klar regel har problemfritt tillämpats på klara fakta.

För att tillämpa en rättsregel på ett *svårt fall* måste man däremot tillägga något mer. Begreppet *rättstillämpning* kan preciseras så här.

1. En rättsregels innebörd fastställs genom tolkning som beaktar såväl naturligt språkbruk som särskilda juridiska begrepp, argument och metoder.

2. Rättsregeln används vid avgörandet av det aktuella fallet. Användningen omfattar följande tankeled.

— Andra relevanta rättsnormer och värdesatser beaktas. Vid tillämpning av en straffbestämmelse måste t ex hänsyn tas till frågan om uppsåt.

— Fakta i målet sovras och fastställs.

— Fallet subsumeras under rättsregeln. *Subsumtion i ett svårt fall* innebär att fallets lösning följer av en satsmängd som omfattar

  — en rättsregel,

  — en faktabeskrivning och

  — en värdering eller ett annat tillägg som är rimligt men kan ifrågasättas.

— Rättsföljden preciseras i det konkreta fallet, t ex att den som gjort sig skyldig till ett brott döms till två års fängelse.

Låt oss ge vissa exempel.

3.1.2. Exempel 1. Mångtydighet

Litteratur

J Evers, *Argumentationsanalys för jurister,* 2 uppl, Lund 1976, s 16-19. J Andersson och M Furberg, *Språk och påverkan,* Lund 1984, s 111-121 och 134-138. T Eckhoff, *Rettskildelaere,* 2 uppl, Tano 1987, avsnitt 2.VI (s 48-52).

NJA 1950 s 650. En person påkördes av en bil och skadades så att han blev arbetsoförmögen under en tid. Kort därefter drabbades han av ett magsår, som inte hade något samband med olyckan, och blev arbetsoförmögen även av denna anledning.

Meningarna i HD var delade. Med stöd av processuella regler utdömdes ersättning endast för den del av förlusten för vilken magsåret inte varit någon tillräcklig betingelse. Bilolyckan var inte någon *nödvändig* orsak till den andra delen av förlusten, eftersom även magsåret var en tillräcklig orsak till denna. Den principiella frågan var således huruvida man är skadeståndsskyldig då ens handling varit en tillräcklig men inte nödvändig skadeorsak. Svaret på denna fråga framgår inte av skadeståndslagens ordalydelse. "Var och en som... vållar person- eller sakskada skall ersätta skadan..." (SkL 2:1). Ordet "vållar" är *mångtydigt,* dvs har följande två betydelser: (1) "gör något som är nödvändigt för att skadan skall inträffa", och (2) "gör något som är tillräckligt för att skadan skall inträffa — oavsett huruvida det är eller inte är nödvändigt därför".

Ett *lexikaliskt mångtydigt* ord har mer än en betydelse. Ordet "liv" är

sålunda lexikaliskt mångtydigt, eftersom det kan betyda t ex "biologiskt liv", "livshistoria", "busliv", "blusliv" osv. Men det lexikaliskt mångtydiga ordet "liv" är ändå kontextuellt entydigt om det används i ett betänkande om dödsbegreppet. Då kan man ju knappast tolka det som "blusliv" eller "busliv". Ordet "vålla" är emellertid kontextuellt mångtydigt i skadeståndslagens kontext, eftersom det i denna kontext åsyftar antingen nödvändig orsak eller tillräcklig orsak. Det är typiskt för ett kontextuellt mångtydigt ord, att man inte kan vara säker på vilken av dess betydelser som är den riktiga i det aktuella fallet.

3.1.3. Exempel 2. Vaghet

Litteratur
Se avsnitt 3.1.2 ovan.

NJA 1979 s 666. En småföretagare ingick ett köpeavtal med ett storföretag. I avtalet fanns det en föga framträdande klausul att "tvister i anledning av detta avtal... skola avgöras... efter säljarens (dvs storföretagets) val av svensk allmän domstol eller genom skiljedom enligt lag". Småföretagaren stämde storföretaget, vilket dock ansåg att tvisten borde avgöras genom skiljedom och yrkade att talan skulle avvisas.

Är skiljedomsklausulen ett oskäligt avtalsvillkor som i enlighet med 36 § avtalslagen bör lämnas utan avseende? Uttrycket "oskäligt avtalsvillkor" är vagt. Slutsatsen att villkoret är oskäligt kan visserligen stödas på att det är ett avtalsvillkor som kan medföra att en ekonomiskt svagare part "betas möjligheten att få sin rätt prövad" (s 669) bl a genom de höga kostnader som kan vara förenade med skiljeförfarandet. Men det sistnämnda uttrycket är också vagt. Det är bl a oklart vad orden "betas möjligheten" egentligen betyder. Inte heller är det klart hur stor skillnad mellan parternas ekonomiska styrka som förutsätts, osv.

Ett *lexikaliskt vagt* ord har en oskarp betydelse. Man kan kanske ange vad som med säkerhet täcks av ordet och vad som med säkerhet inte gör det, men det finns även fall som möjligen täcks. Ordet "skog" är sålunda lexikaliskt vagt, eftersom man inte generellt kan säga hur många träd det krävs för att vi skall ha att göra med en skog.

Ett lexikaliskt vagt ord kan erhålla en exakt mening, om det sätts in i ett visst sammanhang. Ordet är då *kontextuellt exakt.* En karta kan t ex visa att ett visst område utan tvekan är en skog.

3.1.4. Värdeöppenhet

Litteratur
Se avsnitt 3.1.2 ovan.

De mångtydiga och vaga ord som förekommer i juridiska sammanhang är ofta *värdeöppna.* Man måste tillämpa värderingar för att t ex bestämma vilka avstalsvillkor som är "oskäliga", eller vilka slags skadeorsaker som medför ersättningsskyldighet för "vållande" av en skada.

Ett värdeöppet ord har följande egenskaper.

1) Det har en viss praktisk innebörd.

Den som t ex kallar något avtalsvillkor för "oskäligt" uttrycker eller uppmuntrar en negativ inställning till det "oskäliga" villkoret.

2) Det har även en viss teoretisk innebörd: man kan beskriva vissa omständigheter eller kännetecken som antyder vad som täcks av ordet.

Den omständigheten att en ekonomiskt svagare part betas möjligheten att få sin rätt prövad antyder sålunda att ett avtalsvillkor är oskäligt.

3) Det finns flera sådana kännetecken att ta fasta på.

Flera olika omständigheter kan t ex antyda att ett avtalsvillkor är oskäligt.

4) Dessa kännetecken kan var för sig vara vaga.

Det är bl a oklart vad orden "betas möjligheten att få sin rätt prövad" betyder i alla tänkbara fall.

5) För att bestämma vad som täcks av ett värdeöppet ord måste man därför göra en avvägning varvid betydelsen av olika omständigheter värderas.

Värdeöppenhet förekommer inte blott vid generalklausuler utan även i samband med skenbart klara men faktiskt mångtydiga ord. Transplantationslagen ställer vissa villkor för ingrepp som företas "på avliden person". Skall hjärtdöd eller hjärndöd vara ett tillräckligt villkor för livets upphörande? Lagstiftaren eller juristen måste välja mellan dessa alternativ. Valet måste motiveras med en avvägning mellan olika argument. Som bekant har frågan behandlats av en omfattande utredning (SOU 1984:79) som resulterat i en legaldefinition: En människa är död när hjärnans samtliga funktioner totalt och oåterkalleligt har fallit bort.

3.1.5. Exempel 3. Analogislut

Litteratur
Se avsnitt 7.4 nedan

Pelle har genom hot med pistol tilltvingat sig pengar i en bank. Senare har pistolen visat sig vara en leksak. Gärningen bedömdes trots detta i NJA 1956 C 187 såsom rån.

Rånbeskrivningen i BrB 8:5 innefattade vid denna tidpunkt endast uttrycket "innebär trängande fara", ännu utan tillägget "framstår för den hotade som trängande fara". Domen kan motiveras genom följande subsumtion.

Premiss 1 (BrB 8:5, dåvarande lydelse)	Den som stjäl... medelst hot som innebär trängande fara... dömes för rån.
Premiss 2 (fakta-beskrivning)	Pelle har tilltvingat sig pengar genom hot som inte inneburit någon fara men som för den hotade framstod som trängande fara.
Premiss 3 (en tillagd norm)	En stöld som för den hotade framstår som innebärande trängande fara skall bedömas på samma sätt som en stöld medelst hot som verkligen innebär trängande fara.
Slutsats	Pelle skall dömas för rån.

Premiss 3 är en norm som kan motiveras på t ex följande sätt.

a) En omedelbar etisk värdering. Det är lika förkastligt att stjäla genom verkligt hot som genom ett hot som uppfattas som verkligt.

b) En konsekvensvärdering. Den sistnämnda motiveringen innehåller två komponenter:

— En förutsägelse av konsekvenser. Det är farligt att uppmuntra rånare att använda leksakspistoler och således invagga de potentiella offren i den falska säkerheten att vid bankrån nyttjade pistoler kan vara leksaker. De kan då lätt vägra lyda rånaren och kanske bli skjutna om pistolen mot förmodan visar sig vara riktig.

— En etisk bedömning av konsekvenserna som förkastliga.

Exemplen är givetvis inte fullständiga. Man måste även beakta att straffskalan för grov stöld och rån har samma maximum. Var det inte tillräckligt att döma Pelle för grovt stöld? Även andra skäl kan anföras.

3.1.6. Exempel 4. Ett val mellan olika tillämpliga lagbestämmelser

Litteratur
Å Frändberg. *Rättsregel och rättsval.* Stockholm 1984, kap 3 (s 84 ff). N Jareborg, *Brotten I,* Lund 1979, avsnitt 3.6 (s 82 ff) och s 160.

Pelle bryter sig in i Kalles affär, misshandlar honom och stänger av hans stereoanläggning.

Gärningen passar under två lagbestämmelser, BrB 3:5 (misshandel) och samtidigt BrB 8:8 2 st (grovt egenmäktigt förfarande). Pelle skall dock dömas för grovt egenmäktigt förfarande, inte för misshandel.

Valet är förbundet med värderingsfrågor. Hur vet man t ex att straffet för grovt egenmäktigt förfarande kan tillåtas "konsumera" straffet för misshandel? Vid avgörandet av denna värderingsfråga får domstolen lita dels till vissa etablerade normer, uttryckta t ex i brottsbalken eller dess kommentar, dels till egna värdeomdömen.

Sådana valproblem uppstår inte bara i straffrätten — där man som bekant brukar tala om brottskonkurrens — utan även i andra delar av rättsordningen. Den internationella privaträtten behandlar främst valet av tillämplig lag och även inom t ex civilrätten ställs man ofta inför problemet vilken av flera rättsnormer som bör tillämpas på ett givet fall.

3.1.7. Ett val mellan olika rättsföljder

Som bekant måste domstolen ofta välja mellan olika rättsföljder. Den som gjort sig skyldig till grov misshandel döms t ex i ett visst fall till två års fängelse och inte till fem års fängelse. Även detta val är sammanbundet med värderingsfrågor, varvid domstolen får lita dels till vissa etablerade normer, dels till egna värdeomdömen. Bland de förstnämnda kan man uppmärksamma brottsbalkens olika bestämmelser om de allmänna och särskilda grunderna för påföljdsval respektive straffmätning. Däri ingår en uppräkning av straffvärdeminskande respektive straffvärdeökande omständigheter. Men denna uppräkning är inte uttömmande. Man måste kunna tillåta domstolarna att beakta nya och oförutsedda omständigheter.

Valet mellan olika rättsföljder förekommer även i andra delar av rättsordningen. Ett oskäligt avtalsvillkor kan t ex i enlighet med 36 § avtalsla-

gen jämkas eller lämnas utan avseende. Vid valet mellan dessa två möjligheter måste domstolen sammanjämka olika hänsyn avseende avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst och senare inträffade förhållanden. Avvägningen kräver självfallet ett värdeomdöme.

3.1.8. Exempel 5. Obsolescens

Litteratur
S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning,* 3 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 16.4.3 (s 314 ff).

Pelle tillverkar korv med vissa tvivelaktiga kemiska tillsatser och bryr sig inte om viss myndighets godkännande enligt livsmedelslagen. Kalle köper varan. En nitisk åklagare åtalar köparen med stöd av HB 1:10 som har följande lydelse: "De varor som av stadens vräkare böra skådas och prövas, må köparen ej taga till sig, förr än det skett är; eller böte köparen och säljaren, vardera tio daler".

Visserligen finns det inte längre några vräkare, men man kan mycket väl tänka sig att de nuvarande behöriga kontrollmyndigheterna anses motsvara dessa. Eller är stadgandet obsolet, dvs så uråldrigt och överspelat att domstolarna får bortse från det? Eller föreligger det en *sedvanerättslig giltighetsförlust?*

Den process genom vilken ett stadgande sedvanerättsligt förlorar giltighet kräver en viss tid. I början har domstolarna en benägenhet att regelbundet "glömma" stadgandet, dock utan att helt utesluta den rättsliga möjligheten av dess tillämpning i andra fall. Då brukar stadgandet kallas för "obsolet". Senare kan man emellertid finna att inga skäl längre motiverar någon sådan obestämdhet. Stadgandet har slutgiltigt förlorat sin giltighet.

Vid bedömning av sådana frågor får domstolen återigen lita dels till vissa etablerade normer, uttryckta t ex i prejudikat, dels till egna värdeomdömen.

3.1.9. Bevisning av fakta

Litteratur
P O Ekelöf, *Rättegång IV,* 5 uppl, Stockholm 1982, 23 (s 7 ff). H T Klami, *Föreläsningar över juridikens metodlära,* 2 uppl, Uppsala 1989, avsnitt III 2 (s 55 ff).

Kalle spelar poker med obekanta personer och förlorar en halv million kronor. Ett vittne hävdar att en av medspelarna gjort konstiga manipulationer med korten. Det invänds emellertid att vittnet är partiskt på grund av vänskap med Kalle. I övrigt visar det sig att en av de herrar med vilka Kalle spelat under en enda natts spel inte mindre än fyra gånger haft fyrtal i äss. En sakkunnig statistiker beräknar sannolikheten härför som en på flera millioner. Räcker bevisningen till för att fälla vinnarna för bedrägeri?

Man måste avgöra en rad faktafrågor. Har statistikern räknat rätt? Föreligger det verkligen vänskap mellan vittnet och Kalle? Medför vänskapsförhållandet, att vittnet inte är trovärdigt? Endast den första frågan kan besvaras exakt. Den andra och den tredje kräver däremot en vag och s a s intuitiv sannolikhetsuppskattning.

Man måste dessutom avgöra vissa värderingsfrågor. Får en fällande dom grundas på en statistisk sannolikhetsberäkning? Vid avgörande av sådana värderingsfrågor får domstolen lita dels till vissa etablerade bevisvärderingsnormer, uttryckta t ex i prejudikat, dels till egna värdeomdömen.

3.2. Frågan om värderingar kan vara riktiga

3.2.1. Inledning — en teori om juridisk argumentation

Värderingars stora betydelse i den juridiska argumentationen ger upphov till frågan om vad som menas med att rättstillämpning är korrekt. En jurist brukar inte ställa generella frågor av detta slag utan försöker i stället argumentera i konkreta fall. Hans argumentation stöder sig på juridiska skäl, sådana som:

— lagar, prejudikat, lagars förarbeten och andra etablerade *rättskällor*;

— hävdvunna argumentationsmetoder och *argumentationsnormer,* t ex "om en tidigare lag är oförenlig med en senare, skall man tillämpa den senare"; samt

— juridiska värderingar angående rättssäkerhet, rättvisa, rimlighet, billighet osv.

En jurist förfogar m a o över ett visst *etablerat argumentationssystem,* som innefattar dessa rättskällor, metoder och värderingar.

En politiker, samhällskritiker eller moralfilosof kan emellertid argu-

mentera från utgångspunkter som ligger utanför det juridiska argumentationssystemet. Han kan således ifrågasätta, kritisera eller rättfärdiga de antaganden från vilka juristerna utgår.

Att rättfärdiga är detsamma som att motivera eller stödja en slutsats, dvs att ge tillräckliga skäl för den. *Att rättfärdiga en slutsats innebär m a o att visa att den är riktig eller korrekt.*

Juridiska slutsatser kan rättfärdigas

a) inom det juridiska argumentationssystemet, eller

b) utanför detta system.

Det förra är det *juridiskt tillräckliga rättfärdigandet.* Det senare är ett *djupgående rättfärdigande.*

Skillnaden mellan det juridiskt tillräckliga och det djupgående rättfärdigandet belyses av följande exempel. Frågan "varför skall vi följa grundlagarna?" saknar mening om den ställs inför regeringsrätten, alltså som en del av det juridiskt tillräckliga rättfärdigandet. Regeringsrätten *tar för givet* att grundlagarna skall följas. Frågan kan emellertid vara intressant på ett politiskt möte då man besvarar en anarkists kritik av den juridiska argumentationens legitimitet.

Den allmänna rättsläran ställer frågan om den juridiska argumentationens *djupgående* rättfärdigande. Härmed tillhör ämnets centrala del inte den vanliga rättsvetenskapen — rättsdogmatiken — utan utgör en vetenskap *om* densamma. Den liknar vetenskapsteori, och "bor" s a s i våningen ovanför rättsdogmatiken. Den rättsteoretiska forskningsmetoden är därmed inte juridisk i ordets vanliga betydelse, utan artegen och besläktad med filosofin.

Varför behöver då en *jurist* studera den allmänna rättsläran? Vi har redan pekat på vissa skäl.

Intellektuell nyfikenhet. Juristen kan fråga sig om det finns något bakom den etablerade juridiska metoden som gör den legitim och korrekt.

Besvärliga frågor. Juristen kan även tvingas att besvara vissa teoretiska frågor, t ex då en skeptiker påstår att den juridiska metoden är godtycklig och värdelös.

Svåra fall. Till sist kan det också vara så att rättsteori är till hjälp vid lagtolkning. Medvetenheten om den juridiska argumentationens djupgående grund är detsamma som att förstå *poängen* med den traditionella argumentationsmetoden. En tänkande jurist kan således skaffa sig ett *försteg* i yrkeslivet, en *genväg* till detaljkunskap på området i fråga.

3.2.2. Teoretiska och praktiska satser

Litteratur
T Strömberg, *Inledning till den allmänna rättsläran,* 8 uppl Lund 1981, 4 (s 17 ff). J Evers, *Argumentationsanalys för jurister,* 2 uppl, Lund 1976, s 20 ff (Teoretisk och ateoretisk mening).

För att kunna diskutera frågan om den juridiska argumentationens korrekthet måste man göra vissa distinktioner.

Den juridiska argumentationen stödjer sig som sagt inte blott på lagens ordalydelse utan även på etiska värderingar. Därför är det naturligt att juridiska texter, t ex ett rättsfall, en proposition, en lärobok eller en avhandling inte bara innehåller s k *oäkta rättssatser,* vilka värderingsfritt beskriver innebörden hos lagar och andra rättskällor, utan även innehåller s k *äkta rättssatser* vilka uttrycker normer eller värdeomdömen.

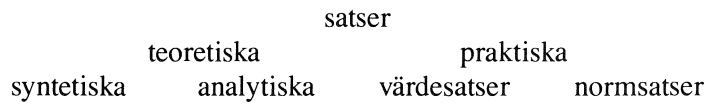
Oäkta rättssatser är teoretiska satser. Äkta rättssatser är praktiska satser.

Den viktigaste uppgiften för en *teoretisk sats* är att lämna information. Satsen uttrycker ett påstående. Dess mening är sålunda deskriptiv — beskrivande. En teoretisk sats är sann eller falsk.

Två huvudtyper av teoretiska satser är "syntetiska", främst empiriska satser, och analytiska satser. *Empiriska satsers* sanning beror på fakta. Exempel: "Pelle är äldre än Kalle". *Analytiska satser* är sanna eller falska oberoende av fakta. En sann analytisk sats är sålunda sann i "alla möjliga världar" i kraft av begreppslig nödvändighet. Exempel: "alla ungkarlar är ogifta". Satsens sanning bestäms av meningen hos orden "alla", "ungkarl", "är" och "ogift". Satsen skulle förbli sann även om antalet giftermål drastiskt ökat.

Två huvudtyper av *praktiska satser* är värdesatser och normer. Den viktigaste uppgiften för en *värdesats* är att uttrycka ett värdeomdöme, t ex att förmedla en uppfattning om att något är vackert, fult, gott eller ont. Den viktigaste uppgiften hos en normsats är att uttrycka en norm och sålunda att påverka människor.

Sammanfattningsvis kan olika slags satser alltså klassificeras enligt följande:



3.2.3. Etiska värdesatser

Man måste även beakta följande distinktion mellan olika slags värdesatser. Bortsett från "egoistiska" satser som säger att något är bra för den talande, t ex att det är bra för mig att ta semester i Alperna, finns det endast två slag värdesatser, estetiska och etiska i en vidsträckt bemärkelse.

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

Ordet "etisk" används i denna framställning konsekvent i den mest vidsträckta bemärkelsen. Ekonomiska, fördelningspolitiska, miljöpolitiska och andra rättspolitiska värderingar är följaktligen etiska i denna mening, eftersom de ytterst beror på vad som är gott för människor: Det är etiskt sett bra att ha en hög levnadsstandard, att leva i en ren miljö, att leva i ett fritt samhälle och att alla behandlas lika.

3.2.4. Juridiska tolkningssatser

Litteratur
A Peczenik, *Rätten och förnuftet,* 2 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 1.7 (s 59 ff).

Den juridiska argumentationen utgör *i svåra fall* en komplicerad kombination av teoretiska och praktiska satser. Den stödjer sig på såväl påståenden om gällande rätt som etiska normer och värdeomdömen. Likväl har juristernas slutsatser anspråk på att vara korrekta. Inte minst har en *tolkning* av gällande rätt ett sådant anspråk. Situationen kan uttryckas genom följande diagram:

rättskällor och etablerade argumentations-normer; härskande värdeomdömen	OCH	"egna" värdeomdömen, fällda av den person som argumenterar; normer vilka skapas av denna person	GER	korrekta slutsatser; bl a juridiska tolknings-satser

För att belysa karaktären hos juridiska tolkningssatser kan man återigen anföra rättsfallet NJA 1950 s 650. Fallet gällde ett val mellan olika tolkningar av 2 kap 1 § skadeståndslagen. ("Var och en som... vållar person- eller sakskada skall ersätta skadan..."). Bestämmelsen kan som sagt tolkas så att den (1) föreskriver skadeståndsskyldighet vid nödvändiga skadeorsaker, nämligen för att skadevållaren gör något som är nödvändigt för att skadan skall inträffa. Den kan även tolkas så att den (2) stadgar skadeståndsskyldighet vid alla slags skadeorsaker, inklusive de fall då skadevållaren gör något som är tillräckligt för att skadan skall inträffa — oavsett huruvida det är eller inte är nödvändigt därför. Domaren väljer nu den förra tolkningen och uttrycker valet i följande tolkningssats:

"Om en persons vållande utgör en tillräcklig orsak men inte någon nödvändig orsak till att en skada inträffar, så är denna person inte skadeståndsskyldig jämlikt 2 kap 1 § skadeståndslagen."

Eftersom tolkningssatsen uttrycker ett val mellan olika tolkningsalternativ kan den betraktas som en *praktisk sats*. Den kan sålunda uppfattas som en värdesats som uttalar att en viss tolkning är den rätta. Den kan också uppfattas som en normsats som uppmanar andra att följa den så tolkade bestämmelsen.

När man å andra sidan med stöd av den juridiska argumentationen uppriktigt uttalar värdeomdömen och normer, förutsätter man att dessa är korrekta. Det vore onaturligt att säga "härmed argumenterar jag för slutsatsen s, trots att denna slutsats inte är korrekt".

Det är sålunda svårt att besvara frågan om vad som menas med att en viss lagtolkning är korrekt. Uttrycker den en (sann) kunskap om gällande rätt eller är den korrekt i en annan mening, t ex etiskt riktig?

Hur kan då, måste man fråga sig, etiska värderingar vara riktiga? Är värdesatser inte rent subjektiva, personliga omdömen?

3.3. Olika värdeteorier

3.3.1. Inledning

Litteratur

M Moritz, *Inledning i värdeteori,* 2 uppl, Lund 1967, kap I-IV (s 5-96). N Jareborg, *Värderingar,* Stockholm 1975, kap 6 (s 121 ff).

Det finns många olika teorier om värdesatsers innebörd och riktighet. Sådana teorier har ofta klassificerats på följande sätt:

teorier om värdesatsers innebörd

kognitivistiska — värdenihilistiska

subjektivistiska — objektivistiska

Kognitivistiska teorier likställer värdesatser med vissa teoretiska satser, dvs satser som har sanningsvärde och alltså kan vara sanna eller falska.

Subjektivistiska teorier likställer värdesatser med teoretiska satser om vissa människors attityder.

Objektivistiska teorier likställer värdesatser med teoretiska satser om något annat än människors attityder.

Nihilistiska teorier gör gällande att värdesatser inte är några teoretiska satser alls utan rena känslouttryck.

3.3.2. Värdesubjektivism

Litteratur

M Moritz, *Inledning i värdeteori*, 2 uppl, Lund 1967, kap III (s 43-77).

Värdesubjektivistiska teorier likställer värdesatser med teoretiska satser om vissa människors attityder. En sådan teori kan t ex hävda att satsen "H är en etiskt god handling" betyder detsamma som att handlingen H gillas av människor, motsvarar deras vilja eller är välanpassad till deras preferenser. Det vaga uttrycket "människor" kan preciseras på olika sätt, t ex "några människor", "ett stort antal människor", "majoritet i det ifrågavarande samhället" eller "mänsklighetens majoritet". En värdesubjektivistisk teori kan t ex likställa en etiskt god handling med en handling som de flesta i vårt samhälle är benägna att gilla.

Värdesubjektivistiska teorier kan emellertid inte prestera någon säker bevisning om vilka dessa värdeskapande attityder är.

Försöker man ange en sådan attityd, kan man kritiseras med användning av *G E Moores* berömda *frågemetod* ("the open question argument"). Det är nämligen meningsfullt att ställa sådana frågor som "visserligen gillas handlingen H av majoriteten, *men är den god?*"; eller "visserligen är handlingen H välanpassad till mångas preferenser, *men är den god?*". Gillandet och preferenserna kan skapas genom politisk manipulation; *man kan alltid fråga.* Men om "godheten" hade varit identisk med angivna attityder, skulle sådana frågor vara lika meningslösa som frågan "visserligen är Jan kvinnoläkare, men är han gynekolog?". Den sistnämnda frågan är meningslös därför att orden "kvinnoläkare" och "gynekolog" betyder samma sak. Moores frågor är däremot meningsfulla. De kan vara meningsfulla just därför att ordet "god" inte uteslutande betyder det som de kritiserade teorierna påstår.

3.3.3. Värdeobjektivism

Litteratur
M Moritz, *Inledning i värdeteori*, 2 uppl, Lund 1967, kap II (s 11-42).

Värdeobjektivistiska teorier likställer värdesatser med teoretiska satser om något annat än människors attityder. En sådan teori kan t ex hävda att satsen "H är en etiskt god handling" betyder detsamma som att handlingen H ökar några, många eller de flesta människors lycka. Den kan också göra gällande att satsen "H är en etiskt god handling" betyder detsamma som att handlingen H ökar förverkligande av (några, många eller de flesta) människors talanger eller befrämjar utvecklingen. Men även sådana teorier kan ofta kritiseras med användning av frågemetoden: Det är meningsfullt att ställa sådana frågor som "visserligen ökar handlingen H mångas lycka, *men är den god?*"; eller "visserligen ökar handlingen H förverkligande av mångas talanger, *men är den god?*" Lyckan kan orsakas av narkotika och utvecklingen av talanger kan kräva en omänskligt hård utbildning.

Därför är det lätt att förstå att vissa värdeobjektivister - däribland Moore själv - hävdat, att värdesatser är teoretiska påståenden om särskilda kvaliteter, värdeegenskaper, som inte är identiska med några som helst "naturliga" fakta. Värdeegenskaper kan därför inte beskrivas på något annat sätt än att "det goda är gott". Ett desperat försök att rädda värdeobjektivismen har sålunda lett till en minst sagt trivial lösning.

Vissa filosofer har dessutom hävdat att värdeegenskaperna uppfattas genom ett särskilt "värdesinne", analogt med sinnen som syn och hörsel. Man ser med sina ögon att ett föremål är rött och man "ser" med sitt värdesinne att det är gott. Teorierna om "värdesinnet" är emellertid rätt omstridda. "Värdeegenskaperna" är unika i det avseendet att de endast orsakar ett enda resultat, dvs inverkar på "värdesinnet", och således inte kan bekräftas på något annat sätt. Om någon är "värdeblind", dvs saknar "värdesinne", kan han inte alls konstatera att det ifrågavarande föremålet är gott. Situationen är då densamma som om en naturvetenskapsman bara litade på sin intuition och inte på objektiva tester.

Detta är på ett sätt värre än vanlig blindhet. En färgblind person kan fastställa färger indirekt, t ex genom en spektrograf, men en "värdeblind" person har ingen "värdeindikator" till förfogande. Varje diskussion mellan den "värdeblinde" och de "värdeseende" är därför utsiktslös.

3.3.4. Värdenihilism och ''rättsrealism''

Litteratur

T Strömberg, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*, 3 uppl, Lund 1989, 11 (s 65 ff). M Moritz, *Inledning i värdeteori*, 2 uppl, Lund 1967, kap IV (s 78-96). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 6.3-6.5 (s 94 ff). A Hägerström, *Socialfilosofiska uppsatser*, Stockholm 1966: Inledning av Martin Fries (s 9 ff); Om moraliska föreställningars sanning (s 35 ff); Om pliktmedvetandet (s 58 ff); Om primitiva rudimenter i modernt föreställningssätt (s 112 ff). K Olivecrona, *Rättsordningen*, 2 uppl, Lund 1976, kap III (s 113 ff) och VI (s 214 ff). T Strömberg, *Inledning till den allmänna rättsläran*, 8 uppl Lund 1981, kap II och III (s 27 ff). K Marc-Wogau, *Studier till Axel Hägerströms filosofi*, Falköping 1968, s 85-133 och 153-177. I Hedenius *Om rätt och moral*, 2 uppl, Stockholm 1963, kap I och II (s 8 ff).

Eftersom såväl de värdesubjektivistiska som de värdeobjektivistiska teorierna möter svåra problem hävdar följaktligen *värdenihilisterna* att värdesatser inte är några teoretiska satser alls utan rena *känslouttryck*. Satsen ''handlingen H är god'', uttalad av Kalle, uttrycker Kalles gillande av H men beskriver inget alls. En värdesats liknar en projektor: den överflyttar den talandes känsla på det föremål som väcker känslan. Värdesatser saknar därför sanningsvärde. De är lika litet sanna eller falska, som matematiska tal är friska eller sjuka.

A. Axel Hägerströms filosofi

Bland värdenihilisterna måste man nämna *Axel Hägerström, uppsalaskolans grundare.*

Hägerströms verklighetslära. Hägerströms åsikter grundar sig på funderingar om verklighetens beskaffenhet. Allt som verkligen finns kan placeras i tid och rum. En människa är således verklig därför att hon finns på en viss plats och under en viss tid. Även en människas tankar och andra psykiska processer är verkliga, eftersom de indirekt kan placeras i tid och rum. M a o finns de hos en människa som existerar i tid och rum.

Denna verklighetslära var egentligen mindre radikal än många värdenihilister tror. T o m innehållet i en människas tankar, t ex begrepp, kan enligt Hägerström tillhöra verkligheten på grund av ett indirekt samband med tid och rum, eftersom tankar med detta innehåll finns hos en människa som existerar i tid och rum. På så sätt finns t o m fantasibegreppet ''drake''. Vissa begrepp och teorier är dessutom användbara för

att beskriva föremål som finns i verkligheten.

Hägerströms värdelära - frågan om samband med tid och rum. Värdesatser saknar emellertid sanningsvärde, eftersom de inte beskriver något som finns i tid och rum. Det värde som "finns" i föremålet, t ex den godhet som "finns" i handlingen, existerar inte i någon bokstavlig mening. Kalle har t ex givit bröd åt Pelle, och det var en god handling, men det är meningslöst att undersöka var "godheten" finns, i brödet, i Kalles hand eller i Pelles mun. Inte heller kan värdet tillhöra någon särskild värld utanför tid och rum. Uttrycket "en värld utanför tid och rum" är *självmotsägande.*

Hägerströms värdelära - frågan om självmotsägelse. Men kan inte ett värde vara verkligt på ett indirekt sätt, såsom ett innehåll i en människas tankar? Enligt Hägerström är det omöjligt, eftersom dessa tankar är självmotsägande.

Bland fantasibegreppen förekommer sålunda enligt Hägerström även sådana som är självmotsägande och därför inte verkliga, t ex "kvadratisk cirkel". Värdebegreppet i kognitivistisk mening är enligt Hägerström ett självmotsägande begrepp. Anledningen är följande. Övertygelsen att ett värde finns är blott ett uttryck för en känsla. Känslor är inte detsamma som beskrivning av några fakta. De är inte ens identiska med en beskrivning av attityder. Ett värde kan därför inte vara någon egenskap hos det föremål som värderas. Satser om värden, gällande rätt, rättigheter osv beskriver således ingenting alls. Om det antas, som kognitivisterna gör, att de ändå beskriver några värden, så är dessa satser enligt Hägerström självmotsägande, eftersom de gör anspråk på att beskriva värden men i själva verket inte gör det utan blott uttrycker känslor.

Allt detta betyder självfallet inte att Hägerström var en omoralisk person eller att han gillade värdelösa ting. Tvärtom brukade han alltid uppträda mycket etiskt. Han godkände emellertid inte kognitivistiska *förklaringar* av detta beteende.

Hägerströms kritik av gällande rätt. På denna grund har Hägerström kritiserat bl a den vanliga uppfattningen, att gällande rätt är ett uttryck för statens vilja. Staten uppfattade han som en metafysisk fantasiskapelse, som inte kan ha någon vilja.

Hägerströms filosofi har inspirerat Karl Olivecrona, Tore Strömberg och andra s k skandinaviska rättsrealister.

B. Karl Olivecrona om fristående imperativer och deras funktioner

Olivecrona har tagit avstånd från den positivistiska läran om rätten som uttryck för lagstiftarens vilja. Bara en individ kan ha någon vilja och det finns inte någon individ som är identisk med lagstiftaren och "vill" allt det som står i lagboken. Den enligt Olivecrona riktiga läran måste vara *nonvoluntaristisk*. Närmare sagt måste den uppfatta rättsregler som *fristående imperativer* (fristående påtryckningssatser), dvs satser som av vissa människor betraktas som befallningar, trots att den som befaller inte kan identifieras som någon individ.

Lagen har enligt Olivecrona ingen bindande kraft, förutom att den faktiskt orsakar känslor av bundenhet. Föreställningen att lagen har en sådan kraft uttrycker respekt för konstitutionen men motsvarar inga fakta. Olivecrona krävde emellertid inte att begreppet "gällande rätt" utmönstras ur juridiken. Han medgav att föreställningen om gällande rätt har viktiga samhälleliga funktioner.

Att Olivecrona trots sin kritiska inställning till juridiska begrepp betonar att dessa har nyttiga funktioner skapar ett praktiskt dilemma. Hur kan man samtidigt anse att gällande rätt är en fantasiskapelse och ändå på ett samhällsnyttigt sätt argumentera juridiskt?

C. Tore Strömbergs konventionalism

Enligt Strömberg står de dominerande och viktigaste rättsordningarna i direkt sammanhang med människors sammanslutningar till nationer eller stater, var och en med sitt territorium. En nations existens har sin grund i ett allmänt accepterat föreställningssätt, t ex att en viss del av jordytan är svensk och att de där boende, med relativt få undantag, är svenskar. Härav följer, att den svenska rättsordningen, gällande svensk rätt, är ett *konventionellt begrepp.* Om man försöker verifiera påståendet, att 1970 års jordabalk är gällande svensk rätt, finner man i sista hand ingen annan grund för påståendet än en allmän uppfattning att det förhåller sig så, vilket Strömberg kallar en social konvention.

Föreställningen om rättsreglernas giltighet eller "bindande kraft" är metafysisk, dvs den motsvaras inte av något verkligt, men giltighetsföreställningen är likväl grundförutsättningen för rättsordningens effektivitet, dvs dess förmåga att styra människors handlingar.

Tankeinnehållet i rättsreglerna har enligt Strömberg delvis motsvarigheter i fakta, nämligen mänskliga situationer och handlingssätt, delvis

ingen sådan motsvarighet. Det fiktiva består till stor del av juridiska begrepp, tänkta egenskaper (rättsliga kvaliteter) och olika slag av tänkt förmåga (rättslig kompetens) samt begreppet rättsplikt, vartill kommer föreställningen om reglernas giltighet.

D. Uppsalaskolans negativa verkningar för juridiken

Uppsalaskolan skapade en klyfta mellan juristernas vanliga uppfattningar och rättsfilosofin. Fast en jurist uppmuntrades att använda juridiska begrepp, berövades han all möjlighet att uppfatta dem som rationella. Detta är oförenligt med rättsstatens krav på att rättsliga beslut fattas rationellt inom den gällande rättsliga ramen. Inte heller är uppsalaskolans rättsskepticism ägnad att främja den formella rättssäkerheten, dvs de rättsliga beslutens förutsebarhet. Dessutom kan lagstiftarna lätt dra slutsatsen att lagstiftningsmakten är ett redskap för vilka politiska syften som helst. En sådan föreställning är oförenlig med rättsstatens krav på att lagen måste uppfylla ett visst etiskt minimum.

E. Kritiska synpunkter på värdenihilismen

Uppsalaskolans värdenihilism kan kritiseras.

1. Man stöder ofta värdesatser med skäl. Jan anser således att Per är en god människa *därför* att Per är så hjälpsam. Rena känslouttryck kräver emellertid inga skäl.

2. Den som uppriktigt uttalar en värdesats anser att den är *riktig*. Känslor är däremot varken riktiga eller oriktiga, utan subjektiva, personliga.

3. Värdenihilisterna måste förneka att värdesatser som uttalas av olika personer kan vara *logiskt oförenliga* med varandra. Antag att Jan tycker att H är en god handling medan Per tycker att H inte är det. Jans och Pers åsikter om handlingen ("H är god", "H är inte god") förefaller därför vara logiskt oförenliga. Det skulle de emellertid inte kunna vara om Jan blott uttryckte sina känslor och Per sina. Det finns t ex ingen logisk motsägelse mellan att en individ tycker om surströmming och att en annan avskyr denna rätt.

4. Uppsalaskolan ådagalägger en skeptisk, egentligen arrogant, attityd gentemot många vardagligt begagnade begrepp, såsom "god", "gällande rätt" m m. Vanliga människor anser t ex att satsen "H är en god handling" utgör ett påstående *om handlingen H*. En värdenihilist påstår

emellertid att satsen blott har anspråk på att beskriva något men *i själva verket* inte gör det utan endast uttrycker känslor.

Den skeptiska attitydens yttersta grund består dessutom av vissa antaganden om ett annat, än mer abstrakt och komplicerat *begrepp,* nämligen verklighetsbegreppet. Ur verklighetsbegreppet härleds således slutsatsen att det verkliga finns i tid och rum. Varför, kan man fråga, betraktas då verklighetsbegreppet som mer påtagligt än rättsbegreppet och andra rättsliga begrepp? Många filosofer anser tvärtom, att verklighetsbegreppet är synnerligen obestämt. Begreppet kan tolkas på olika sätt, beroende på att det finns flera konkurrerande verklighetsuppfattningar.

Det viktigaste i detta hänseende är att Hägerström inte godkände institutionella fakta. Om han hade betraktat dessa som verkliga, skulle han kunnat undvika många teoretiska svårigheter.

3.4. Praktisk mening och rationalitet

3.4.1. Praktisk mening

Litteratur

J Evers, *Argumentationsanalys för jurister,* 2 uppl, Lund 1976, s 20 ff (Teoretisk och ateoretisk mening).

En praktisk sats, dvs en normsats eller en värdesats, har först och främst en viss praktisk mening.

En normsats uttrycker ett påbud, ett förbud, en tillåtelse eller en normativ kvalifikation (se avsnitt 2.4.5—2.4.7 ovan).

I en viss mening uttrycker alla normsatser en kvalifikation, t ex kvalificerar vissa handlingar som förbjudna, påbjudna, tillåtna o s v; och ur en annan synvinkel som normenliga respektive normstridiga. Satsen "Pelle skall inte parkera sin bil här" kvalificerar således Pelles handling, att parkera bilen på viss plats, som förbjuden och normstridig.

Den viktigaste uppgiften för en normsats är att påverka människor d v s att framkalla vissa slags handlingar och undertrycka andra.

En normsats utgör självfallet ett skäl till handling. Låt oss anta att Kalle ges tillfälle att utföra handlingen H och uppriktigt hävdar att H bör utföras. Då har Kalle en benägenhet att utföra H, med mindre han har övervägande skäl för att inte göra det. Det vore konstigt att uppriktigt hävda att H bör utföras och att det inte föreligger några övervägande skäl för att inte göra det, och ändå önska sig att H *inte* utförs.

En *värdesats* uttrycker ett värdeomdöme, att något är bra, dåligt, vackert eller fult mm. Närmare bestämt uttrycker eller uppmuntrar den till ett gillande eller ogillande av någonting, såsom en handling, ett föremål, en person eller ett tillstånd. En värdesats kan följaktligen utgöra ett skäl till handling. Låt oss antaga att Kalle ges tillfälle att utföra handlingen H och uppriktigt hävdar att H är en etiskt så god handling att ingenting oförenligt med H är ännu bättre. Då har Kalle en benägenhet att utföra H, med mindre han möter övervägande svårigheter att göra det. Det vore konstigt att uppriktigt hävda att H är en etiskt så god handling att ingenting oförenligt med H är ännu bättre och ändå ogilla H.

3.4.2. Rationell och korrekt motivering av praktiska satser

Litteratur
J Hellner, *Rättsteori*, Stockholm 1988, kap 4 (s 39 ff).

Fastän värdesatser är ägnade att uttrycka vissa attityder och känslor samt utgöra skäl till handling är de flesta sådana satser inte *bara* känsloutryck. Man kan ställa frågan *varför* den och den saken eller handlingen är vacker, ful, god eller ond. Svar på sådana frågor kan *motiveras på ett rationellt sätt.* Man kan ge skäl som stöder den ifrågavarande satsen. Svaret på frågan "varför" kan uppfylla följande rationalitetskrav.

1) *Logisk rationalitet.* En värde- eller normsats kan framställas som en *logiskt korrekt slutsats* av vissa satser (premisser). Man kan också undersöka om premisserna är (a) språkligt korrekta och (b) logiskt motsägelsefria.

Den "formella rationalitet" som krävs av rättsstaten utgör ett specialfall: rättsliga beslut följer logiskt av en premissmängd som innefattar klara rättsregler.

2) *Sammanhangsrationalitet.* Premisserna kan även bedömas som mer eller mindre *sammanhängande* (se avsnitt 5.1 nedan!).

3) *Debattrationalitet.* Man kan slutligen föra en saklig *debatt* om värderingsfrågor. En saklig debatt är uppriktig, öppen, opartisk och fri från inslag av tvång; se avsnitt 5.3 nedan.

Ett *korrekt* norm- eller värdesystem måste vara logiskt motsägelsefritt. Sammanhangsrationalitet omfattar både logisk rationalitet och vissa ytterligare krav. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det norm- eller värdesystem det korrekta som har den mest sammanhängande motiveringen. Debattrationalitet omfattar sammanhangsrationalitet och

ännu fler krav. Om olika konkurrerande norm- eller värdesystem är lika väl sammanhängande är det system det korrekta som bäst följer reglerna om en saklig debatt.

Rationalitetskraven begränsar godtycke i praktisk argumentation.

Sedan 1970-talet har både filosoferna och juristerna visat ökat intresse för rationalitetsfrågan. Rationalitetsbegreppet tillämpas på olika områden. Man talar t ex om systemrationalitet, vetenskaplig rationalitet, juridisk rationalitet, rationella handlingar, rationell argumentation m m. Här skall endast rationell argumentation behandlas, med särskild hänsyn till praktisk argumentation, av vilken den juridiska är ett särfall.

3.5. Etiska *prima-facie* satser

Litteratur
A Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/ Boston/ London 1989, avsnitt 2.3.1-2.3.4 (s 58-68).

3.5.1. Vilka etiska ståndpunkter är möjliga? Teoretisk mening hos etiska satser

Låt oss nu behandla endast *etiska* värderingar. Det finns en stor enighet bland olika människor — åtminstone inom den västerländska kulturkretsen — om att vissa principer är etiska principer och att det är etiskt gott att ta hänsyn till dem. Man kan härvid nämna t ex följande principer: Man bör inte skada andra människor. Man bör hjälpa andra. Man bör vara arbetsvillig, tala sanning, hålla sina löften och visa mod mm.

Följande värdesatser är således meningsfulla: Kalle är en etiskt god människa eftersom han inte brukar skada andra; han brukar hjälpa andra; han är arbetsvillig; han brukar tala sanning, hålla sina löften, visa mod; o s v. Hjälpsamhet, sanning, mod mm är sålunda etiska värden.

Vissa mer generella etiska läror har också föreslagits i den filosofiska litteraturen, ofta med anspråk på att täcka alla etiskt goda handlingar. Man kan härvid ange följande exempel: Om H är en etiskt god handling, så ökar H människors lycka, är väl anpassad till människors preferenser och ökar förverkligande av deras talanger.

Vissa "etiska" ståndpunkter skulle å andra sidan vara språkligt sett otänkbara eller meningslösa, i varje fall om man utgår från normala förhållanden. Om någon t ex hade uttalat satsen "handlingen H är etiskt god ty den ökar antalet vita stenar i Skåne" skulle man misstänka att han skämtar, inte behärskar det svenska språket eller är mentalt skadad. En

sådan uppfattning skulle bli meningsfull endast om man hade tillagt en konstig teori, t ex att vita stenar har en odödlig själ.

Ett etablerat språkbruk begränsar sålunda godtycke i etisk argumentation. M a o har etiska satser inte bara en praktisk utan även en teoretisk mening.

3.5.2. Prima-facie *karaktären hos etiska principer, värdesatser och läror*

De generella etiska principerna, värdesatserna och lärorna är meningsfulla men de har en provisorisk (*prima facie*) karaktär. Ingen av dem bestämmer *slutgiltigt* att en handling, en person osv är etiskt god. De är blott etiska skäl. Det slutgiltiga etiska omdömet kräver en avvägning mellan flera sådana skäl. Argumentationen för att så är fallet kan presenteras i tre steg.

Steg 1 består av en beskrivning av välkända fakta. Olika kännetecken på etisk godhet tävlar med varandra. En individ kan på en och samma gång godkänna olika sinsemellan konkurrerande principer och läror. En läkare t ex anser att patienter måste få hjälp, och att man bör vara sanningsenlig mot dem. Men läkarens benägenhet att tala sanning kan i vissa fall skada patienten. Då måste läkaren välja mellan sanning och effektiv hjälp.

Detta förhållande kan även uttryckas så här. Ur en synvinkel har läkaren en etisk *prima-facie* skyldighet att sanningsenligt informera patienten, ur en annan synvinkel har han en sådan skyldighet att dölja informationen.

Logiskt oförenliga handlingar kan på en och samma gång vara *prima-facie* goda. Man kan även vara på en och samma gång *prima-facie* skyldig att utföra logiskt oförenliga handlingar. En sedvanlig logik kan såtillvida inte tillämpas på etiska *prima-facie* satser.

Steg 2 består av följande hypotes. Ett rationellt val mellan etiska principer, värdesatser och läror baserar sig ofta på *avvägning*. Läkaren måste t ex se till att den *prima facie* goda kärleken till sanning inte betalas med patienternas alltför stora lidande.

Hypotesen om avvägningars betydelse för etiken är vid första anblick mindre övertygande när det gäller de mest generella etiska lärorna. Dessa framställs ibland med ett monopolanspråk. Utilitaristerna hävdar t ex ofta att man alltid och ovillkorligen skall anpassa sina handlingar till andra människors preferenser, utan att ta hänsyn till andra etiska läror.

Man kan även tänka sig en perfektionist som kräver att man alltid och ovillkorligen skall främja förverkligande av mänskliga talanger o s v. Men sådana monopolkrav är svåra att motivera. För det första är det inte alls klart vad t ex "förverkligande av mänskliga talanger" innebär i ett konkret fall. För det andra går det knappast att bevisa att alla etiska principer och läror förutom de utvalda över huvud taget saknar betydelse i samtliga tänkbara fall.

Steg 3 består av en annan hypotes: *Alla* generella etiska principer, värdesatser och läror har bara en *prima-facie* karaktär, eftersom konkurrerande hänsyn kan väga tyngre i ett konkret fall. Olika monopolanspråk grundar sig endast på övertygelsen att den utvalda principen, värdesatsen respektive läran är (a) entydig och (b) *viktigare* än de andra. *Viktighetsbedömningen förutsätter en avvägning.*

3.5.3. Språket, kulturen och etiska prima-facie *satser*

En praktisk *prima-facie* sats är alltid ett möjligt etiskt skäl. Den kan även vara ett *relevant* etiskt skäl.

En praktisk prima-facie sats är ett etiskt möjligt skäl om det etiska språket inte gör det konstigt att beakta den vid en etisk avvägning, dvs vid den avvägning som avgör huruvida en person är en god människa, eller en handling är etiskt god eller obligatorisk.

Man kan m a o objektivt, dvs fritt från känslomässiga ställningstaganden, besvara frågan vilka fakta som på ett språkligt naturligt sätt *kan* beaktas vid en etisk avvägning. Det etablerade etiska språket bestämmer svaret på denna fråga. Om en handling t ex ökar människors lycka *kan* detta förhållande åberopas vid en etisk avvägning.

En praktisk *prima-facie* sats är ett etiskt *relevant* skäl om vår etiska kultur tvingar oss till att beakta den vid en etisk avvägning.

De relevanta skälen får kritiseras med användning av motskäl men får inte ignoreras.

Alla normala människor som tillhör vår kulturkrets bedömer ofta etiska frågor som om de hade tagit för givet att vissa skäl är relevanta.

3.5.4. Steget från praktiska satser till teoretiska slutsatser

Följande samband belyser ytterligare begreppet "*prima-facie* etisk sats". Om den ifrågavarande handlingen är etiskt god eller etiskt obligatorisk, så ökar den människors lyc-

ka *eller* förverkligandet av deras talanger; *eller* är väl anpassad till människors preferenser o s v. Den omständigheten att en handling är god eller bör utföras utgör m a o ett tillräckligt villkor för att handlingen uppfyller krav uppställda av minst en etisk *prima-facie* princip, generell värdesats eller lära.

Uppfyllandet av krav uppställda av minst en sådan princip, generell värdesats eller lära är följaktligen ett nödvändigt villkor för den ifrågavarande etiska slutsatsen. Det leder alltså till en logisk motsägelse att göra gällande att en handling är god eller bör utföras fastän den inte uppfyller krav uppställda av någon sådan princip, generell värdesats eller lära.

Olika teoretiska satser kan således deduceras ur en praktisk sats! I så måtto stöder denna slutledning värdekognitivismens sak. Men stödet är svagt, eftersom slutsatsen inte säger någonting om *vilken* av de otaliga *prima-facie* principerna, värdesatserna, lärorna eller kombinationerna av dessa som måste uppfyllas.

Dessutom finns det olika sätt att sammankoppla principer, generella värdesatser respektive läror på utan att någon kombination är *objektivt* riktig. För att bevisa att någon kombination är den objektivt riktiga måste man förfoga över en annan princip, generell värdesats eller lära, utöver dem som jämförs med varandra. Men vem kan säga att denna "överprincip" är den objektivt riktiga? För att bevisa något sådant skulle man behöva en ytterligare lära, värdesats respektive princip och denna kedja kan fortsätta i all oändlighet.

3.6. Principer, avvägning, slutgiltiga etiska satser

3.6.1. Principer och värden

Litteratur

A Peczenik, *Rättsnormer,* Stockholm 1987, kap 6 (s 52-58). T Eckhoff, Retningslinjer og "tumregler", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1980, s 145 ff (med hänvisningar till den nyare nordiska litteraturen om "retningslinjer" d v s principer). R Dworkin, *Taking Rights Seriously,* London 1977, kap 2 (s 14 ff). R Alexy, *Theorie der Grundrechte,* Baden-Baden 1985, Kap III 1 (s 71-104). P O Ekelöf, *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper,* Stockholm 1956, kap IV 1 (s 207-214).

Olika kännetecken på det etiskt goda motsvarar som sagt vissa etiska *principer.* Principer har debatterats livligt inom den moderna rättsfilosofin. Debatten försvåras av att ordet "princip" är vagt och måhända t o m mångtydigt. I varje fall finns det olika slags principer. Man kan skilja på bl a följande typer.

1. Principer som ingår i rättsordningens *ideologiska och etiska värdebas.* Varje rättsordning är uppbyggd kring vissa fundamentala värden,

mål och principer. I västerländska rättssystem kan man som exempel nämna rättssäkerhetsprincipen och det därmed sammanbundna antagandet om att lagstiftaren är rationell. Marknadsekonomin baserar sig på principen om privat äganderätt. Ideologiska basvärden omfattar även olika etiska principer vilka återspeglar generella uppfattningar om familjen, barnuppfostran osv. Sådana principer kan ligga till grund för positivrättsliga regler och institutioner. Å andra sidan åberopas de sällan för att motivera individuella avgöranden.

2. *Positivrättsliga principer* uttrycks explicit i eller följer åtminstone implicit av lagen. Man kan ge följande exempel.

a) Principer som direkt uttrycks i lagen. Grundlagar innehåller ofta principer om jämlikhet, grundläggande fri- och rättigheter såsom yttrandefrihet, föreningsfrihet och annat. Även privaträtten kan innehålla olika principer. Följande exempel kan åberopas: principen om löntagarnas skydd i arbetsrätten och principen om skydd för god tro i avtalsrätten.

b) Principer som utgör generaliseringar av rättsregler. Följande exempel belyser deras karaktär. I Finland diskuterade man på 1970-talet frågan huruvida avtalsrätten innehöll en generell jämkningsprincip. Diskussionen ägde rum före tillkomsten av jämkningsregeln i 36 § avtalslagen. Man kan även nämna principen "pacta sunt servanda" och den avtalsrättsliga godtrosprincipen.

c) Beslutsprinciper. I Sverige och Finland är t ex den processrättsliga principen om att båda parter måste höras på olika sätt direkt uttryckt i lagen. Den straffrättsliga legalitetsprincipen och det därmed sammanbundna analogiförbudet är det inte utan utgör ett tyst antagande, som av juristerna betraktas som en del av det västerländska kulturarvet.

Ur en annan synvinkel kan ordet "princip" betyda en generell norm, en viktig norm eller en norm som uppställer ett visst ideal. Vi skall behandla endast den sistnämnda betydelsen av ordet. Låt oss kalla sådana principer för *värdeprinciper.* En värdeprincip uppställer ett ideal. Idealet kan förverkligas till en viss grad, således mer eller mindre.

1 kap 2 § 1 st regeringsformen kan tas som ett exempel. Bestämmelsen har följande lydelse: "Den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet." Ju större respekten är för jämlikhet, frihet och värdighet, desto bättre är rättstillståndet i ljuset av denna bestämmelse. Bestämmelsen uttrycker egentligen följande *tre* principer:

1) Den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde.

2) Den offentliga makten skall utövas med respekt för den enskilda människans frihet.

3) Den offentliga makten skall utövas med respekt för den enskilda människans värdighet.

Varje princip uttrycker ett visst ideal, m a o ett visst *värde,* t ex bestämmer att jämlikhet, frihet eller mänsklig värdighet är värdefulla ting. Samma innehåll kan sålunda uttryckas på två sätt: man kan tala om värdeprinciper eller om värden. Det finns bara följande skillnad: medan en princip utsäger vad som *prima-facie* bör göras bestämmer ett värde vad som *prima-facie* är det bästa.

Många principer uttrycker olika slags *individuella värden* såsom individens lycka, förverkligande av hans talanger m m. Dessa motsvarar ofta *individens rättigheter,* t ex yttrandefriheten och många andra friheter, rätten till den kroppsliga integriteten och vissa andra trygghetsformer, rätten till en viss privat sfär inklusive äganderätten, och rätten till en rättvis och vänlig behandling. Andra principer skyddar sådana *värden* som t ex miljö, ordning, kultur och framsteg. Det finns många värden, däribland många etiska värden. Det etiskt goda kan inte reduceras till ett enda värde.

Varje värdeprincip är ett *prima-facie* skäl till handling. I vissa fall kan emellertid principer kollidera på så sätt att en ökad respekt för alla människors lika värde kan leda till t ex en minskning av den enskildes frihet och omvänt kan en ökning av den enskildes frihet föra med sig en minskad jämlikhet. Man behöver ytterligare skäl för att i ett konkret fall välja mellan de kolliderande principerna. Man har följaktligen en blott provisorisk (*prima facie*) skyldighet att strikt följa en princip.

Skillnaden mellan en värdeprincip och en *regel* är följande. Om man befinner sig i en situation som normeras av en regel, finns bara två möjligheter: antingen följer man regeln eller inte. Regeln uppställer således en gräns — klar eller vag — mellan det påbjudna och icke påbjudna, det förbjudna och det icke förbjudna. Om en handling respektive ett tillstånd befinner sig på gränsens rätta sida, så är det ifrågavarande påbudet eller förbudet åtlytt. Det spelar ingen roll hur nära gränsen handlingen eller tillståndet kan sägas ligga. Vägtrafikkungörelsens 64:e § stadgar att fordons hastighet inom tättbebyggt område ej får överskrida 50 kilometer i timmen. I ljuset av denna regel spelar det ingen roll om man kör 49 km i timmen eller 20 km i timmen. I båda fallen kör man lagligt. En regel kvalificerar vissa handlingar som regelstridiga eller regelenliga. Det finns bara dessa två möjligheter. En värdeprincip kvalificerar däremot en handling, en person osv som mer eller mindre bra. Kvalifikationen är möjlig att gradera.

3.6.2. Slutgiltig skyldighet i motsats till skyldighet prima-facie. *Kritisk etik*

Litteratur
A Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/ Boston/ London 1989, avsnitt 2.4.2 (s 76-77).

Låt oss nu behandla slutgiltig skyldighet i motsats till skyldighet *prima-facie*. Presentationsordningen är följande. Huvudtesen formuleras först. Sedan definieras vissa begrepp. Slutligen anges vissa skäl som stöder huvudtesen.

A. Huvudtesen

Man har en slutgiltig, definitiv skyldighet att följa den bästa *avvägningen* mellan så många relevanta värdeprinciper respektive värden som möjligt. En sådan avvägning bestämmer även vad som är slutgiltigt gott i etisk mening.

B. Begreppet "slutgiltig skyldighet"

Att en person är slutgiltigt (definitivt, inte blott *prima facie*) skyldig att utföra handlingen H innebär att han skall utföra handlingen. Han behöver således inte längre undersöka om några skäl talar däremot.

Logiskt oförenliga handlingar kan *inte* på en och samma gång vara slutgiltigt goda. Man kan inte heller på en och samma gång vara slutgiltigt skyldig att utföra logiskt oförenliga handlingar. Det kan inte meningsfullt sägas "Kalle skall slutgiltigt betala Pelle 100 kronor och Kalle skall slutgiltigt inte betala Pelle 100 kronor". En sedvanlig logik kan följaktligen tillämpas på slutgiltiga etiska satser. Ur den synvinkeln skiljer sig dessa från *prima-facie* satser; se avsnitt 3.5.2 ovan.

C. Intern synvinkel och kritisk etik

Den slutgiltiga etiska skyldigheten kan behandlas ur två olika synvinklar, den externa och den interna.

Den externa synvinkeln innebär en beskrivning av en viss samhälle-

ligt etablerad etik: det fastställs vilka skyldigheter som inom vissa samhälleliga grupper uppfattas som slutgiltiga.

I fortsättningen kommer vi emellertid att behandla den interna synvinkeln. Den innebär att man utvecklar en egen "kritisk etik". M a o intar man själv *en etisk ståndpunkt som är så väl motiverad som möjligt.*

D. Ändamålet: en idealteori om den interna synvinkeln

Vi avser inte att beskriva faktiskt föreliggande etisk argumentation utan endast att klargöra vad det innebär att en etisk ståndpunkt som en person intar är så väl motiverad som möjligt.

E. Den bäst motiverade etiska ståndpunkten

En sådan motivering innebär att en person försöker finna ett rätt svar på varje etisk fråga han möter, och detta alldeles oavsett hur svår frågan är.

Å andra sidan kan han ha stora problem med att verkligen finna svaret. Det finns följande fyra möjligheter: (a) skälen för ett visst svar väger tyngre än motskälen; (b) motskälen väger tyngre; (c) skälen och motskälen väger lika tungt; och (d) skälen och motskälen är ojämförbara, dvs man kan aldrig veta vilka som väger tyngre. En etisk motivering slutar då med osäkerhet. Ännu större blir osäkerheten då *olika individer* försöker finna det gemensamma svaret på svåra etiska frågor. Vi återkommer till denna fråga i avsnitt 8.3 nedan. Möjligheterna (c) och (d) tillsammans med den ovan angivna huvudtesen innebär i vissa konkreta situationer att ingen handling kan anses vara slutgiltigt god eller slutgiltigt obligatorisk.

F. Kravet på en fullständig motivering

Vår etiska kultur utgår från att den slutgiltiga etiska skyldigheten uppkommer först efter att den etiska argumentationen är fullständig.

Man har en slutgiltig etisk skyldighet att utföra handlingen H endast om denna skyldighet följer av en *så god argumentation som möjligt, grundad på så många uppgifter om etiskt relevanta ting som möjligt.* Detsamma gäller den etiska godheten. Även den följer bästa möjliga argumentation baserad på alla tillgängliga data.

G. Kravet på en fullständig avvägning

Vi har redan konstaterat att den etiska argumentationen måste inkludera en avvägning mellan olika prima facie skäl och motskäl.

Den bästa argumentationen i etiska frågor måste sålunda vara detsamma som den bästa avvägningen.

Den bästa avvägningen innebär att alla relevanta *prima facie* hänsyn har beaktats. Motiveringen är uttömmande och inga fler rimliga skäl kan anföras.

Det följer att man har en slutgiltig, definitiv skyldighet att följa den bästa avvägningen mellan så många relevanta värdeprinciper respektive värden som möjligt.

3.6.3. Avvägning mellan principer respektive värden — inledning

För att rättfärdiga en definitiv praktisk slutsats, såsom en etisk norm- eller värdesats, måste man utföra en avvägning mellan olika skäl och motskäl. Närmare bestämt måste man sträva efter att finna den bästa avvägningen mellan de praktiska *prima-facie* satser som stöder slutsatsen och de som stöder dess motsats.

Man kan t ex sträva efter att finna den bästa avvägningen mellan frihet och jämlikhet, så att t ex en ringa jämlikhetsökning inte "betalas" med en alltför stor frihetsbegränsning; inte heller får en obetydlig ökning av friheten betalas med ett alltför stort mått av ojämlikhet. Ju mindre en viss handling uppfyller den ena av de konkurrerande principerna, desto viktigare är det att den uppfyller den andra; t ex ju mer begränsad friheten är, desto större jämlikhetsökning behövs för att kompensera en ytterligare frihetsbegränsning.

3.6.4. Avvägning mellan principer respektive värden — ett exempel

NJA 1984 s 693. En tyskregistrerad bil, tillhörande en utlänning med en beaktansvärd anknytning till både Sverige och Förbundsrepubliken Tyskland, befann sig i Tyskland. Ägaren belånade bilen hos ett tyskt kreditinstitut i form av säkerhetsöverlåtelse enligt västtysk rätt. Sedan lånade han ut bilen för en resa till Sverige. Meningen var att bilen inom kort skulle återföras till Tyskland. Sedan bilen förts till Sverige utmättes den emel-

lertid av kronofogdemyndigheten för uttagande av innehavarens obetalda skatter. Tvisten gällde frågan huruvida den tyska säkerhetsöverlåtelsen hindrade utmätning i Sverige.

HD uttalade följande: "Mot att i ett fall som det förevarande tillerkänna en säkerhetsöverlåtelse enligt utländsk lag verkan mot överlåtarens borgenärer här i Sverige talar främst kravet på ordning och enkelhet i systemet och svårigheterna för borgenärerna i Sverige att bedöma kreditriskerna annat än efter svenska rättsregler...

Mot intresset för borgenärerna i Sverige av att kunna bedöma sina kreditrisker enligt svensk rätt står den utländske förvärvarens/borgenärens intresse av att inte riskera att göra en rättsförlust genom att egendomen utan hans medverkan förflyttats till Sverige...

Vid den avvägning som skall göras mellan de anförda skälen måste beaktas den internationella handelns utveckling och den allt livligare handelspolitiska samarbetet mellan olika länder."

HD upphävde utmätningen med hänsynstagande till bl a det anförda.

Fallets utgång bestämdes av en avvägning mellan bl a följande principer:

Princip 1. En i utlandet förvärvad rättighet till egendom, som utan den utländske förvärvarens/borgenärens medverkan förflyttats till Sverige, skall inte gälla i Sverige om dess giltighet skulle medföra en relativt stor komplexitetsökning i det svenska rättssystemet.

Princip 2. En i utlandet förvärvad rättighet till egendom, som utan den utländske förvärvarens/borgenärens medverkan förflyttats till Sverige, skall gälla i Sverige om dess giltighet skulle medföra en relativt betydande ökning av den utländske förvärvarens/borgenärens rättssäkerhet.

I det föreliggande fallet har domstolen vägt dessa principer mot varandra. Avvägningen stöder slutsatsen att den tyska säkerhetsöverlåtelsen skall erkännas i Sverige, eftersom erkännandet medför en relativt betydande ökning av den utländske förvärvarens/borgenärens rättssäkerhet och en relativt liten komplexitetsökning avseende det svenska rättssystemet. Ett av skälen för denna avvägning består av tesen att den tyska säkerhetsöverlåtelsens giltighet i Sverige skulle främja den internationella handelns utveckling och det handelspolitiska samarbetet mellan olika länder.

Handelspolitiska hänsyn är emellertid inte de enda som bör styra den svenska rättens behandling av i utlandet förvärvade rättigheter. Så snart man påstår att en viss princip väger tyngre än en annan utsätter man sig för frågan "varför?". Svaret kan stödja sig på ytterligare skäl, som må-

hända består av ännu fler värden och principer, vilka bl a tillgodoser utlänningens rättvisekrav, det främmande landets krav på ömsesidighet m m. Hänsyn måste dessutom tas till samtliga svenska lagar, andra rättskällor och juridiska argument som är relevanta för bedömningen. Alla dessa principer, värden och andra argument har olika vikt i det föreliggande sammanhanget. Det behövs en avvägning. Denna avvägning mellan de två ursprungliga värdena, systemets enkelhet och utlänningens rättssäkerhet, påverkas således av alla andra relevanta hänsyn.

3.6.5. Avvägningens egenskaper

Litteratur
A Peczenik, *Rätten och förnuftet*, 2 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 2.5.4 (s 92-95).

En slutgiltig avvägning kan följaktligen karakteriseras på följande sätt.
— *En avvägning är nödvändig.* För att motivera en *slutgiltig* praktisk sats, etisk eller juridisk, behövs det alltid en avvägning.

— En slutgiltig avvägning sker i ett *konkret sammanhang.* Avvägningen är dessutom *kontextuell* och således betingad av det konkreta fallets fullständiga kontext, dvs dess sammanhang med alla för detta fall relevanta etiska och juridiska hänsyn.

— Ett konkret fall är *unikt.* I varje konkret fall kännetecknas avvägningen av en kombination av etiskt och juridiskt relevanta hänsyn. Denna kombination är unik, dvs ensam i sitt slag.

Det är även rimligt att hävda följande:

— En slutgiltig avvägning har ett *konkret innehåll.* Argumentation vilar ytterst på ett konkret värdeomdöme som gäller det aktuella fallet.

— En slutgiltig avvägning har ett *unikt innehåll.* Argumentation vilar ytterst på ett unikt värdeomdöme, ensamt i sitt slag, och avseende det aktuella fallet.

Måhända kan man ifrågasätta de två sistnämnda teserna och hävda att argumentationens slutpunkt i vissa fall kan vara att man litar till en viss generell regel, som bestämmer en prioritetsordning mellan de ifrågavarande värdena, principerna och hänsynen. Det är däremot inte konsekvent att som avvägningens slutpunkt välja någon ytterligare princip. En princip utgör som sagt aldrig något tillräckligt beslutsskäl, utan måste vägas mot andra principer. Hur kan den då vara avvägningens *slutpunkt*?

Den avvägningsakt som bildar argumentationens slutpunkt kan inte motiveras. Om den hade motiverats, skulle den inte kunna utgöra argumentationens slutpunkt. Den påstådda slutpunkten skulle nämligen leda till att argumenteringen fortsätter.

Det är därför rimligt att säga följande. *Argumentationens slutpunkt måste bestämmas av individens personliga (intuitiva, "känslomässiga") preferenser.* Se avsnitt 8.3 nedan!

3.6.6. Avvägning mellan regler

Inte bara principer utan även vissa etiska och rättsliga regler uppställer en blott provisorisk (*prima facie*) skyldighet. Man får t ex inte döda människor. Regeln förbjuder *prima facie* allt dödande men för att slutgiltigt konstatera att en viss individ inte får dödas måste man även beakta andra regler, vilka bestämmer vissa *undantag*; i ett försvarskrig t ex får man döda angriparna.

Det naturliga sättet att bestämma sådana undantag är att beakta andra regler, sådana som finns i 21 kap brottsbalken. I vissa fall måste man emellertid utföra *avvägningar,* t ex mellan förbudet att döda, påbudet att försvara landet och kanske några andra etiska hänsyn.

Men om undantagen bestäms genom avvägning kan man då inte dra slutsatsen att huvudreglerna liknar värdeprinciper? Kan man inte t o m ifrågasätta betydelsen av distinktionen mellan regler och värdeprinciper? För att besvara denna fråga måste man tänka på följande skillnader.

1. I motsats till en princip kan den ifrågavarande regeln antingen enbart följas eller inte följas. Följsamheten kan inte graderas.

2. Medan varje princip uttrycker ett bestämt värde utgör en regel oftast en beslutad kompromiss mellan flera värden.

En straffrättslig regel kan uttrycka en avvägning mellan hänsyn till allmänprevention, individualprevention, gärningsmannens människovärde osv. En skatterättslig regel kan uttrycka en kompromiss mellan ekonomiska, fördelningspolitiska, miljöpolitiska och andra värden. Om lagen är klar utförs avvägningen huvudsakligen av lagstiftaren. Om den är vag, delegeras uppdraget till rättspraxis. En vag rättsregel stadgar t ex att oskäliga avtalsvillkor kan lämnas utan avseende (jfr 36 § avtalslagen). En avvägning mellan olika principer bestämmer vilka avtalsvillkor som är oskäliga.

3. En klar regel kan problemfritt tillämpas på klara fakta. Avvägningar spelar ingen roll i sådana *rutinfall.* Å andra sidan är avvägningar nödvändiga för att kunna tillämpa en princip. Här finns det inga rutinfall.

3.7. Begreppet stöd i etisk argumentation

Litteratur
A Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/ Boston/ London 1989, avsnitt 2.7 (s 114 ff).

3.7.1. Språng inom den etiska argumentationen

Etisk argumentation består ofta av ett slags dialog där olika skäl och motskäl vägs mot varandra. Argumentationens *slutresultat* kan emellertid framställas som en *logisk följd* av de skäl som väger tyngre än respektive motskäl. För att uppnå detta resultat måste man ofta komplettera slutledningen med ett antal tilläggssatser.

En etisk bedömare kan t ex utföra följande resonemang:

Premiss 1	Kalle brukar hjälpa andra människor
Premiss 2	Kalle brukar inte skada andra människor
Slutsats	Kalle är en god människa

Steget från premisserna 1 och 2 till slutsatsen är ett språng i följande mening:

För det första är slutsatsen inte logiskt korrekt. Slutledningen innehåller en lucka. Man kan emellertid tillägga en viss premiss 3 och erhålla följande logiskt korrekta slutledning:

Premiss 1	Kalle brukar hjälpa andra människor
Premiss 2	Kalle brukar inte skada andra människor
Premiss 3	Om någon brukar hjälpa andra och inte skada dem, så är han en etiskt god människa
Slutsats	Kalle är en god människa

För det andra är den tillagda satsen, som förvandlar det ifrågavarande resonemanget till en logiskt korrekt slutledning, inte vare sig säker eller förutsatt inom vår etiska kultur eller logiskt härledd av sådana säkra och förutsatta satser. Då den etiska bedömaren formulerar premiss 3 bestämmer han sig som sagt för att vid sin moralbedömning beakta vissa

och utelämna andra etablerade kännetecken på den etiska "godheten" (såsom Kalles arbetsvilja, benägenhet att hålla sina löften, mod m m, jfr avsnitt 3.5.1 ovan). Han skulle t ex uppfatta Kalle som en god människa även om Kalle hade varit feg och lat.

Ett etiskt språng från en premissmängd till en slutsats är *rimligt* om man kan förvandla språnget till en logiskt korrekt slutledning genom att tillägga vissa rimliga premisser.

Om den tillagda premissen inte är rimlig är inte heller språnget rimligt.

Om den tillagda premissen inte är rimlig kan vilken tankegång som helst förvandlas till en logiskt korrekt slutledning. Beakta t ex följande sats: "eftersom det regnar så är jag kinesisk kejsare". Slutsatsen "jag är kinesisk kejsare" följer givetvis inte av premissen "det regnar". Likväl blir slutledningen logiskt korrekt om den kompletteras med den *orimliga* premissen "om det regnar så är jag kinesisk kejsare". Då får man nämligen följande slutledning:

Den ursprungliga premissen 1	Det regnar
Den tillagda premissen 2	Om det regnar så är jag kinesisk kejsare
Slutsatsen	Jag är kinesisk kejsare

3.7.2. Rimligt stöd

I detta sammanhang kan man införa begreppet "rimligt stöd". Begreppet definieras som ett *logiskt* förhållande mellan premisserna och slutsatsen. Det räcker inte med det *psykologiska* faktum att vissa personer uppfattar p som stöd för q. En epidemi uppfattades således under medeltiden som stöd för slutsatsen att det fanns häxor, men i själva verket saknade denna slutsats något stöd.

Satsen p ger rimligt stöd åt satsen q om, och endast om, p tillhör en mängd av rimliga satser, av vilken q logiskt följer.

En rimlig sats är en sats som inte är vederlagd och inte heller godtycklig. Närmare bestämt är en sats rimlig endast om följande villkor är uppfyllda:

1. Den är inte vederlagd.
2. Det är inte klart osannolikt att den logiskt följer av ett antal satser som är inbördes förenliga och väl sammanhängande.

Begreppet ”väl sammanhängande” kommer att behandlas längre fram.

3.7.3. En kort sammanfattning

Om slutsatsen följer av flera premisser tillsammans men inte av var och en för sig kan man alltså säga följande:

— Varje premiss för sig stöder slutsatsen.

— Om premissmängden inte endast består av säkra, förutsatta eller härav följande premisser utgör steget från varje enskild premiss till slutsatsen ett språng.

— Språnget är rimligt om samtliga premisser är rimliga.

— Steget från hela premissmängden till slutsatsen innebär däremot inget språng.

3.8. Värderationalismen

Vår värdeteori är inte kognitivistisk (vare sig objektivistisk eller subjektivistisk). Inte heller är den värdenihilistisk.

Värdenihilismen har påverkat vår tes, att värde- och normsatser inte kan vara sanna i bokstavlig mening, utan blott riktiga eller oriktiga, korrekta eller inkorrekta. Den har också påverkat vårt antagande om att värde- och normsatser är ägnade att uttrycka vissa attityder och utgöra handlingsskäl. En värdenihilist skulle därför kunna godkänna vår uppfattning om att varje *slutgiltig* praktisk sats, etisk eller juridisk, måste basera sig på en avvägningsakt, ytterst beroende på den ifrågavarande individens personliga preferenser.

Mer tveksamt är det om en värdenihilist kunde dela vår åsikt, att slutgiltiga norm- och värdesatser kan *motiveras på ett rationellt sätt*. Det är lika osäkert om han skulle kunna godta vår teori om att ett etablerat språkbruk och en etablerad kulturtradition gör det möjligt att objektivt, dvs fritt från känslomässiga ställningstaganden fastslå vilka fakta som utgör möjliga respektive relevanta praktiska (etiska respektive juridiska) *prima-facie* skäl.

Genom att således hävda de slutgiltiga praktiska satsernas motiverbarhet och de praktiska *prima-facie* skälens förankring i språket och kulturen blir man emellertid inte automatiskt en kognitivist.

Visserligen präglas en omfattande del av den värdeteoretiska litteratu-

ren av uppfattningen att indelningen av olika värdeteorier i kognitivistiska och värdenihilistiska är uttömmande. Indelningen blir säkert uttömmande om man med värdenihilism förstår varje värdeteori som förkastar tesen att värdesatser är teoretiska satser, sanna eller falska, under det att man som kognitivistisk räknar varje teori som godkänner denna tes. Indelningen blir också uttömmande om man med värdenihilism förstår varje teori som förespråkar tesen att värdesatser är känslouttryck, under det att man som kognitivistisk räknar varje teori som förkastar denna tes.

Annorlunda förhåller det sig om begreppen "kognitivism" och "värdenihilism" bestäms på följande sätt:

Kognitivistiska teorier likställer värdesatser med vissa teoretiska satser, dvs satser som kan vara sanna eller falska.

Värdenihilistiska teorier gör gällande att värdesatser *endast* är *rena* känslouttryck.

Då blir indelningen inte fullständig, eftersom man på en och samma gång kan bestrida tesen att värdesatser är teoretiska satser (som kan vara sanna eller falska) och ändå förneka att värdesatser endast är rena känslouttryck.

Närmare bestämt kan man i en och samma teori kombinera olika insikter hos värdenihilister och värdekognitivister. För att skapa denna kombination har vi skilt mellan *prima-facie* och slutgiltiga praktiska satser. Sedan har vi (1) medgett de förstnämndas förankring i språket och kulturen, (2) godkänt de sistnämndas motiverbarhet, och (3) godkänt att motiveringen ytterst beror på en individs personliga preferenser. De två förstnämnda teserna påminner då om värdekognitivism och den sistnämnda om värdenihilism.

Vår värdeteori kan betecknas som *värderationalism*. Värderationalismen är ytterligare en värdeteori — en syntes — vid sidan av såväl kognitivism som värdenihilism.

Med hänsyn till ovanstående kan klassifikationen av värdeteorier kompletteras på följande sätt:

teorier om värdesatsers innebörd			
kognitivistiska		icke-kognitivistiska	
subjektivistiska	objektivistiska	värdenihilistiska	värderationalistiska

Vår värdeteori är icke-kognitivistisk, eftersom den inte likställer värdesatser med teoretiska satser, sanna eller falska. Anledningen därtill lig-

ger i insikten att värdesatsers motivering ytterst beror på en individs personliga preferenser.

Vår teori är inte heller värdenihilistisk, eftersom den inte gör gällande att värdesatser *endast* är känslouttryck. I stället hävdar vi att värdesatserna både är ägnade att uttrycka attityder (preferenser, "känslor") och kan motiveras i anslutning till etablerade principer.

Kapitel 4
Den juridiska argumentationen, etiken och rationaliteten

4.1. Stöd inom den juridiska argumentationen

4.1.1. Ett exempel på juridisk argumentation

Låt oss återigen beakta följande exempel på ett svårt fall.

NJA 1979 s 666. En småföretagare ingick ett köpeavtal med ett storföretag. I avtalet fanns det en föga framträdande klausul att "tvister i anledning av detta avtal... skola avgöras... efter säljarens (dvs storföretagets) val av svensk allmän domstol eller genom skiljedom enligt lag". Småföretagaren stämde storföretaget, vilket dock ansåg att tvisten borde avgöras efter skiljedom och yrkade att talan skulle avvisas.

Är skiljedomsklausulen ett oskäligt avtalsvillkor som i enlighet med 36 § avtalslagen bör lämnas utan avseende? Slutsatsen att villkoret är oskäligt kan stödjas på att det är ett avtalsvillkor som kan medföra att en ekonomiskt svagare part betas möjligheten att få sin rätt prövad bl a genom de höga kostnader som kan vara förenade med skiljeförfarandet. Men det är bl a oklart vad orden "betas möjligheten" egentligen betyder. Man måste sålunda leta efter ytterligare premisser.

4.1.2. Juridisk argumentation som en dialog

Litteratur
A Naess, *Empirisk semantik*, Uppsala 1981, kap 5 (s 80 ff). A Aarnio, Kan ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt?, i S Strömholm (utg), *Uppsalaskolan och efteråt*, Uppsala 1978, s 143 ff, avsnitt 2 (s 150 ff).

Såväl etisk som juridisk argumentation kan ofta framställas som en dialog, dvs så att man framlägger vissa skäl för en viss slutsats (pro-argument) och vissa skäl mot den (contra-argument).

Man kan tänka sig följande dialog.

B:s pro-argument: Avtalsvillkoret är oskäligt eftersom det kan med-

föra att en ekonomiskt svagare part betas möjligheten att få sin rätt prövad av en opartisk domstol.

A:s contra-argument: Men skiljedomarna är opartiska.

B:s pro-argument: Ändå är avtalsvillkoret oskäligt eftersom det ger A möjligheten att ensidigt välja mellan allmän domstol och skiljedom.

A:s contra-argument: Detta ensidiga beslut medför ingen skada för B.

B:s pro-argument: Skiljeförfarandet är för dyrt för B osv.

När den juridiska argumentationen framställs som en dialog riktas uppmärksamheten både på skäl för slutsatsen och på de skäl som skulle stödja ett motsatt slutresultat. Argumentationens slutresultat framstår som en avvägning mellan pro- och contra-argument.

Dialogen kan också leda till att A och B modifierar sina ursprungliga påståenden och ståndpunkter (se avsnitt 5.1.4, punkt 5 om "övertänkt jämviktsläge").

4.1.3. Juridisk argumentation som en logisk slutledning. Ett exempel

Om man å andra sidan endast tar hänsyn till de argument som s a s överlevt dialogen kan argumentationens *slutresultat* framställas som en *logisk följd* av dessa.

Det innebär emellertid *inte* att man vid en sådan framställning helt bortser från contra-argument. Man bör hellre modifiera pro-argumenten, anpassa dem till den sunda kärnan inom den förlorande partens contra-argument. Hur långtgående bör denna anpassning vara? För att besvara denna fråga måste man utföra en avvägning. Endast en avvägning avgör vilka argument som överlever dialogen.

För att uppnå slutledningens logiska korrekthet måste man dessutom i många fall komplettera den med en mängd tilläggssatser.

Följande slutledning t ex är inte logiskt korrekt:

1) En rättsregel; jfr 36 § avtalslagen	Ett oskäligt avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende.
2) En faktabeskrivning	B ingick ett avtal med A. I avtalet fanns det ett villkor V, att A ensidigt får bestäm-

	ma, om framtida tvister skall avgöras av allmän domstol eller genom skiljedom.
Slutsats	Avtalsvillkoret V får jämkas eller lämnas utan avseende.

Man kan nu tillägga de nedan angivna satserna 3—6. Men inte ens följande slutledning beaktar allt som i detta sammanhang är relevant.

1) En rättsregel;jfr 36 § avtalslagen	Ett oskäligt avtalsvillkor kan jämkas eller lämnas utan avseende.
2) En faktabeskrivning	B ingick ett avtal med A. I avtalet fanns det ett villkor V, att A ensidigt får bestämma, om framtida tvister skall avgöras av allmän domstol eller genom skiljedom.
3) En tillagd och rimlig värdesats	Om ett avtalsvillkor medför att en part betas möjligheten att få sin rätt prövad av en opartisk domstol, så är avtalsvillkoret oskäligt.
4) En tillagd och rimlig värdesats	Om följande betingelser är uppfyllda: (1) ett avtalsvillkor innebär, att en part ensidigt får bestämma, om framtida tvister skall avgöras av allmän domstol eller genom skiljedom; (2) den ekonomiskt svagare motparten härigenom får stora merkostnader; samt (3) inga prejudikat stöder den motsatta slutsatsen; så medför avtalsvillkoret att en part betas möjligheten att få sin rätt prövad av en opartisk domstol.
5) En tillagd faktabeskrivning	Om avtalsvillkoret V följes, skulle den ekonomiskt svagare motparten få stora merkostnader.

6) En tillagd juridisk tolkningssats	Inga prejudikat stöder slutsatsen att avtalsvillkoret V inte får jämkas eller lämnas utan avseende.
Slutsats	Avtalsvillkoret V får jämkas eller lämnas utan avseende.

De tillagda premisserna 3—6 medför att slutledningen blir logiskt korrekt. De är emellertid varken säkra eller förutsatta inom juridisk argumentation. Inte heller följer de av vare sig säkra eller förutsatta satser.

4.1.4. En mer eller mindre djupgående argumentation

För att förvandla en slutledning till en logiskt korrekt sådan tillägger man olika satser, beroende på hur djupgående argumentationen är. Om man t ex ifrågasätter premissen 3 kan man ersätta den med en ingående argumentation, varav denna premiss följer. En sådan argumentation kan t ex innehålla olika rättskällor eller etiska skäl som talar för att en part inte borde betas möjligheten att få sin rätt prövad av en opartisk domstol.

Vid lagtolkning kan man således på ett alltmer djupgående sätt motivera de premisser som motiverar den juridiska slutsatsen. På så sätt erhåller slutsatsen ett bättre stöd.

4.1.5. Juridisk argumentation som ett rimligt språng

Litteratur
A Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/ Boston/ London 1989, avsnitt 3.2.1 (s 130 ff).

En juridisk slutsats i ett svårt fall följer alltså inte av en satsmängd som endast omfattar ostridiga rättsregler och faktabeskrivningar. Slutsatsen följer emellertid av en utökad premissmängd som därutöver omfattar olika slags rimliga satser. Vissa tilläggssatser är teoretiska, närmare bestämt analytiska eller empiriska. Andra är praktiska, dvs sådana som uttrycker normer eller värdeomdömen.

4.1.6. Säkra satser

Litteratur
A Aarnio, Kan ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt?, i S Strömholm (utg), *Uppsalaskolan och efteråt*, Uppsala 1978, s 143 ff, avsnitt 3 (s 152 ff).

Juridiska premisser har betecknats som rimliga. Det finns emellertid flera typer av rimliga premisser. Några är säkra eller tas för givna inom juridiken, andra åter följer av det säkra eller det förutsatta. Det finns även premisser som inte tillhör någon av dessa kategorier men som ändå är rimliga.

De satser som ingen normal människa ifrågasätter kallar vi för *säkra*. Vissa sådana satser tas för givna var för sig. Jag tar för givet att en hand verkligen är min hand och inte någon synvilla, därför att jag använder min hand på olika sätt. Man tar för givet att andra människor delvis liknar en själv, eftersom man i annat fall inte skulle kunna tala med dem. (Försök kommunicera med delfiner!). Ingen normal människa ifrågasätter att jorden funnits för hundra år sedan.

Men de flesta säkra satser tas för givna därför att de bildar ett sammanhängande system. Varje sådan sats kan ifrågasättas, om tillräckligt starka skäl motiverar det. Men det går inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dem.

Vissa säkra satser av båda kategorier beskriver konkreta iakttagelser. Andra beskriver generella procedurer, t ex den vetenskapliga metodens grundantagande, att experiment är en pålitlig kunskapskälla.

4.1.7. Förutsatta satser

Litteratur
Se avsnitt 5.4 nedan.

De satser som tas för givna inom juridiken kallar vi för *förutsatta*. De tas för givna därför att de är nödvändiga inom den juridiska argumentationen. Man måste beakta dem för att argumentera juridiskt. Man kan t ex inte ignorera lagen och ersätta den med en religiös meditation.

Endast få sådana satser tas för givna var för sig. De flesta tas för givna därför att de bildar ett sammanhängande system. Varje sådan sats kan ifrågasättas, om tillräckligt starka skäl motiverar det. Men det går inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dem och ändå

argumentera *juridiskt*.

Det som tas för givet inom juridiken omfattar bl a antagandet om att den juridiska argumentationen baserar sig på gällande rätt; att vissa rättskällor, såsom lagen, är bindande; att den juridiska argumentationen inte får vara godtycklig; att den måste styras av vissa normer; och att rättstillämpningen bör vara etiskt godtagbar.

4.1.8. Rättsligt stöd

Litteratur

A Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/ Boston/ London 1989, avsnitt 3.2.4 (s 131 ff).

Rättskällornas ställning som förutsatta premisser kan förklaras på följande sätt.

Som sagt ger en sats, p, rimligt stöd åt en slutsats, q, om p tillhör en mängd av rimliga satser av vilken q logiskt följer. Juristerna talar t ex om "lagstöd". Lagen ger rimligt stöd åt olika domar, andra avgöranden och rättsvetenskapliga slutsatser.

Visserligen ger andra slags premisser likaledes ett rimligt stöd åt en slutsats. Antag återigen, att slutsatsen "avtalsvillkoret V får jämkas eller lämnas utan avseende" härleds från en satsmängd omfattande 36 § avtalslagen, vissa rimliga värdesatser och en beskrivning av fakta i målet. Eftersom slutsatsen följer av flera premisser tillsammans men inte av var för sig kan man säga följande:

(1) Varje enskild sats ingående i denna premissmängd *stöder* slutsatsen.

(2) Varje sådan sats kan även vara *nödvändig* för att på ett logiskt korrekt sätt erhålla slutsatsen; slutsatsen följer m a o inte *av denna premissmängd* om någon sats har avlägsnats därifrån.

Lagregeln har emellertid en särställning: den är nödvändig i en starkare mening än andra premisser. De andra premisserna är nödvändiga inom en viss konkret slutledning, baserad på en viss konkret premissmängd. Men juridiska slutsatser kan i regel motiveras på flera olika sätt. En annan premissmängd kan sålunda leda till samma slutsats. Man kan härleda den ifrågavarande juridiska slutsatsen på flera olika sätt, dvs från flera inbördes oberoende satsmängder, var och en innehållande olika slags satser. Den ena kan t ex innehålla en sats om lagens ändamål och den andra om parternas rättssäkerhet. Men oavsett vilken alternativ

premissmängd som väljs måste man beakta den ifrågavarande lagbestämmelsen. I juridisk argumentation följer slutsatsen inte av någon satsmängd som inte innefattar denna lagbestämmelse.

Olika rättskällor, såsom lagen, prejudikat, lagens förarbeten mm har sålunda en särställning inom den juridiska argumentationen. *Utan rättskällor har en slutsats inget rättsligt stöd. Oavsett vilken juridisk motivering som föredras, m a o vilken alternativ satsmängd som väljs för att juridiskt motivera en slutsats, måste åtminstone en rättskälla beaktas eller på något sätt öva inflytande på argumentationen.*

4.1.9. Rimliga satser inom juridiken

De påståenden, värdesatser och normer om vilka enighet råder i juridisk argumentation räcker emellertid inte till för att i svåra fall befria juristen från ett etiskt val.

De flesta premisser, relevanta i juridisk argumentation, är rimliga fastän de inte är vare sig säkra, förutsatta inom juridiken eller härledda ur det säkra och det förutsatta. Jfr rimlighetsbegreppet i avsnitt 3.7.2 ovan.

4.2. *Prima-facie* rätten som en del av *prima-facie* etiken

Litteratur
A Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/ Boston/ London 1989, avsnitt 5.4.1—5.4.2 (s 238—249).

4.2.1. Utgångspunkten: en värderande juridik

Vi kan nu återkomma till frågan om rätten och etiken. För lagstiftaren är lagen ett medel att uppnå sådana målsättningar som är rimliga i samhället. Lagstiftningen baserar sig därför nödvändigtvis på etiska avvägningar. Vi har även konstaterat att den materiella rättssäkerheten innebär att rättsliga beslut baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska hänsyn. Följaktligen spelar etiska värderingar en stor roll inom juridiken, särskilt såvitt gäller lagtolkning. Dess mål är inte att blint lyda lagens bokstav utan att tolka den på ett så godtagbart sätt som möjligt.

4.2.2. Juridisk argumentation är ett särfall av praktisk argumentation

Förnuftig juridisk argumentation utgör sålunda en form av förnuftig praktisk argumentation.

— Juridisk argumentation besvarar praktiska frågor, dvs den bestämmer vad man skall respektive får göra.

— Juridisk argumentation förs med anspråk på korrekthet, dvs med anspråk på att kunna stödas på skäl. Alla väntar sig att rättsliga avgöranden motiveras med skäl. Sådana utsagor som "rätten dömer Pelle till fängelse, ehuru det inte finns några skäl för det" är i vår rättskultur onaturliga. Domstolarna har dessutom en skyldighet att motivera sina domar.

Den förnuftiga juridiska argumentationen utgör emellertid ett *särfall* av den förnuftiga praktiska argumentationen. Syftet med juridisk argumentation är inte att visa att en normativ utsaga (t ex en dom) är absolut förnuftig, utan endast att den är förnuftig inom ramen för gällande rätt.

4.2.3. Den första slutsatsen: Den etablerade rätten har prima-facie *karaktär*

Värderingars stora roll inom juridiken gör det naturligt att anta att den etablerade rätten, stadgad av lagen och andra rättskällor, har en provisorisk, *prima-facie* karaktär. Visserligen tar juristerna för givet att juridisk argumentation baserar sig på gällande rätt och att vissa rättskällor, såsom lagen, är bindande. Utan rättskällor har en slutsats inget rättsligt stöd. Men etiska hänsyn kan alltid motivera en tolkning som strider mot en rättskällas ordalydelse.

NJA 1951 s 265. En lagregel om faderns bidrag till moderns underhåll i samband med utomäktenskapligt barns födelse tillämpades på en man som gjort en kvinna havande, trots att havandeskapet avbrutits på medicinsk grund. Abort ägde rum i senare delen av havandeskapet. HD:s majoritet (tre av fem ledamöter) åberopade "grunderna" för bestämmelsen. Det var således fråga om en laganalogi, se avsnitt 7.4.1 nedan. Majoriteten värderade alltså likheten mellan en sådan abort och en vanlig födelse som väsentlig. Men bokstavligt talat är ett foster inte något "barn", inte heller är en abort någon "nedkomst".

4.2.4. Den andra slutsatsen: En prima-facie *skyldighet att följa lagen*

Trots detta finns det en etisk *prima-facie* skyldighet att följa lagen och även att beakta andra etablerade rättskällor. Närmare bestämt kan man hävda följande:

(Tes 1) Om en rättskälla direkt uttrycker eller åtminstone stöder satsen, att någon har en viss rättslig skyldighet eller rättighet, så har denne en etisk *prima-facie* skyldighet eller rättighet av detta innehåll.

Dessa etiska skyldigheter och rättigheter har självfallet en provisorisk, *prima-facie* karaktär. Antag t ex att en nazistisk förordning förpliktar polisen att döda judar. Eftersom polisen har en etisk *prima-facie* skyldighet att följa lagen har den också en etisk *prima-facie* skyldighet att döda judar. Men denna fruktansvärda skyldighet innebär blott att den nazistiska lagen är ett etiskt *möjligt* skäl. Det etiska språket gör det naturligt att vid en etisk avvägning beakta en i behörig ordning tillkommen lag, nazistisk eller ej. Måhända är den nazistiska lagen t o m ett *relevant* etiskt skäl, dvs ett sådant som *måste* beaktas vid en etisk avvägning. Detta förhållande har emellertid inga etiskt förkastliga konsekvenser, eftersom man hur lätt som helst kan finna etiska motskäl som väger tyngre än nazistlagen. Samtidigt som man har den nazistiska *prima-facie* skyldigheten att döda har man en uppenbar etisk *prima-facie* skyldighet att inte döda. Vi har redan konstaterat att man på en och samma gång kan vara *prima-facie* skyldig att utföra logiskt oförenliga handlingar, t ex både döda en människa och låta henne leva. Självfallet väger *prima-facie* skyldigheten att inte döda tyngre än den nazistiska *prima-facie* skyldigheten att döda. Givetvis har man ingen *slutgiltig* etisk skyldighet att döda judar.

4.2.5. Vissa skäl för den etiska prima-facie *skyldigheten att följa lagen*

Litteratur
S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, kap 8 (s 143 ff) om rättsordningens uppgifter och avsnitt 13.2 (s 270 ff) om rättens legitimering.

En etisk skyldighet att följa lagen kan motiveras på följande sätt.

1. Den rent etiska argumentationen är till följd av sitt yttersta beroende av olika individers intuitiva och personliga preferenser relativt osäker. Rätten är å andra sidan "fastare". Lagstiftaren väger olika principer mot varandra och skapar således vissa mer eller mindre exakta regler, som utsäger vad man skall, får, respektive inte får göra. Dessutom finns det en etablerad juridisk argumentationsmetod som är till stor hjälp vid reglernas tolkning.

Inom rättsordningen förfogar man följaktligen över en *större mängd rimliga premisser*, såsom lagen, andra rättskällor och argumentationsnormer. Därmed minskar utrymmet för avvägningar. Inom rättstillämpningen behövs avvägningar endast för att avgöra om en rättsregel bör tillämpas på svåra fall, inte för att avgöra rutinfall.

2. Ett etiskt förkastligt *kaos* skulle följaktligen uppstå, om det i vårt samhälle inte längre existerade någon rättsordning. Det är således etiskt bättre för ett samhälle att etablera en rättsordning, som *i vissa fall* kan leda till etiskt oriktiga avgöranden, än att tvinga den enskilde att i varje tvistefråga lita till sitt etiska omdöme.

3. Ännu starkare skäl talar för att man bör lyda lagen i en *demokratisk rättsstat.*

Rättsstatens huvudvärde är att den möjliggör rättssäkerhet. Tack vare rättsreglernas precision, generalitet, autonomi, öppenhet mm (se avsnitt 2.1 ovan) uppvisar rättsstaten en hög grad av formell rättssäkerhet, dvs rättsliga beslut är förutsebara. Beslutens förutsebarhet ger ett skydd gentemot godtycklig maktutövning. Den gör det också möjligt för medborgaren att handla planmässigt. Rättsstaten möjliggör även materiell rättssäkerhet, som innebär att rättsliga beslut baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsyn till den på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska hänsyn (se avsnitt 2.12 ovan). I synnerhet uppvisar rättsstaten respekt för fundamentala etiska rättigheter. Att en stats rättsordning innehåller institutionella garantier för fri- och rättigheter är en nödvändig betingelse för dennas egenskap av rättsstat. Å andra sidan finns inte sådana garantier om staten inte är en rättsstat.

Demokrati (se avsnitt 2.11 ovan) är detsamma som folkstyre. Följande kännetecken på ett demokratiskt statsskick kompletterar denna övergripande idé:

— majoritetsstyre, politisk intresserepresentation och medborgarnas deltagande i politiken och rättskipningen;

— fri åsiktsbildning, informationsfrihet, öppenhet och grundläggande rättigheter;

— rättssäkerhet, maktdelning, kontroll över politiska beslut och de

politiska befattningshavarnas ansvar.

Alla dessa kännetecken har en etisk motivering och följaktligen ett etiskt värde.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden väger den etiska *prima-facie* skyldigheten att följa lagen tyngre ju mer följande värden förverkligas av rättssystemet:

Värden som kännetecknar såväl demokrati som rättsstat

- Maktdelning;
- fri åsiktsbildning;
- informationsfrihet och öppenhet;
- respekt för fri- och rättigheter;
- materiell rättssäkerhet.

Värden som kännetecknar rättsstaten

- Rättsreglernas precision;
- rättsreglernas generalitet;
- rättens autonomi;
- juristernas framträdande roll;
- den juridiska metodens höga kvalitet och
- subsumtionsteknikens stora betydelse.

Värden som kännetecknar demokratin

- Majoritetsstyre;
- politisk intresserepresentation;
- medborgarnas deltagande i politiken och rättskipningen;
- kontroll över politiska beslut och
- de politiska befattningshavarnas ansvar.

Myntet har visserligen en baksida. Vid i övrigt oförändrade förhållanden väger den etiska *prima-facie* skyldigheten att följa lagen *mindre* ju mindre dessa värden förverkligas. Men även om kraven på en demokratisk rättsstat inte uppfylls finns skyldigheten kvar, fast den väger mindre. I denna mening omfattar den varje rättssystem oavsett dess innehåll.

Något paradoxalt kan man följaktligen säga så här. Det finns etiska skäl att beakta juridiska hänsyn i stället för att helt lita till etiken.

4.2.6. Vissa ytterligare synpunkter på den etiska prima-facie *skyldigheten att följa lagen*

Den etiska *prima-facie* skyldigheten att följa gällande lag har en speciell karaktär: Den omfattar varje rättssystem oavsett dess innehåll. Innehållet är relevant endast vid följande avvägningsfrågor:

— Har man en slutgiltig (inte blott *prima-facie*) skyldighet att följa den ifrågavarande bestämmelsen?

— Är det ifrågavarande normativa systemet *som helhet* ett gällande rättssystem?

Om man inte vill godta den etiska *prima-facie* skyldigheten att följa en förkastlig bestämmelse har man sålunda bara två utvägar:

1) Den första är att vägra betrakta *hela* normsystemet som gällande rätt. Men då måste man som sagt utföra en avvägning mellan olika kännetecken på rättssystemets giltighet och besvara följande fråga: Är den ordning som det ifrågavarande systemet skapar etiskt sett värre än ett laglöst kaos? Vid denna avvägning kan man t ex "kompensera" normsystemets förkastliga delar med andra delars godtagbarhet och stora effektivitet. Man kan t ex säga att det nazistiska systemet trots allt var gällande rätt, eftersom dess civillag bildade en rättssäker grund för vardagliga handlingar.

2) Å andra sidan kan man lika gärna säga att endast vissa delar av den nazistiska lagstiftningen var gällande rätt medan de extremt förkastliga föreskrifterna om massmord på judar, koncentrationsläger m m inte var gällande. På så vis kan man av etiska skäl dela upp nazistordningen i två separata normsystem, det ena gällande, det andra inte.

Endast om man väljer den sistnämnda utvägen kan man säga att den tyska polisen inte hade någon etisk prima-facie skyldighet att döda judar. Men i så fall hade den inte heller någon rättslig prima-facie skyldighet att döda. Föreskrifterna var endast till sin form gällande men i själva verket ogiltiga.

4.2.7. Sammanfattning

Vi har konstaterat två ting:

— För det första har den etablerade rätten en provisorisk (*prima-facie*) karaktär. Den bildar provisoriska skäl för värderande och normativa slutsatser.

— För det andra måste dessa provisoriska skäl tas på allvar vid en

etisk avvägning.

Slutsatsen måste bli att den etablerade rätten utgör en del av *prima-facie* etiken.

4.3. Den slutgiltigt bindande rätten som en del av den slutgiltigt bindande etiken

Litteratur

A Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/ Boston/ London 1989, avsnitt 5.4.3—5.4.6 (s 250—255).

4.3.1. Den slutgiltigt bindande etiken måste beakta den etablerade rätten

Hur förhåller det sig då med den *slutgiltiga* etiken?

I detta sammanhang kan man kanske skilja på två slags etiska överväganden och följaktligen mellan "etik 1" och "etik 2". Etik 1 uttalar vissa generella grundsatser, t ex "man skall inte ange sina medmänniskor för polisen". Etik 2 bestämmer en avvägning mellan dessa principer och lagstiftningen. Man kan således motivera följande slutsats: "i vissa fall får man ange sina medmänniskor för polisen, ty en lag ('angiverilagen' eller 23 kap 6 § brottsbalken) kräver att man gör så"; denna slutsats är riktig endast om hänsynen till laglydnaden väger tyngre än den ifrågavarande etiska grundsatsen.

Endast etik 2, inte etik 1, bestämmer *slutgiltiga* (inte blott *prima-facie*) skyldigheter och värden. Etik 1 ignorerar gällande rätt. Rätten är etiskt relevant. Hur skulle man kunna etablera en slutgiltig etisk skyldighet då man ignorerar en etiskt relevant hänsyn?

4.3.2. Den slutgiltiga rätten som en tolkad rätt

I ljuset av det ovanstående kan man formulera två krav på den slutgiltigt bindande *rätten*, nämligen

— att den uppstår genom en förnuftig och etisk tolkning av den etablerade rätten; och

— att den är gemensam för alla medborgare — dess innehåll får inte variera beroende på den enskildes personliga preferenser.

Den som tolkar lagen väntar sig att också andra ansluter sig till tolkningen. Därmed utgår han från att den korrekt tolkade rätten är densamma för alla. Ibland uppfylls denna förväntning, ibland inte. Vi har således att göra med tre olika ting:

1) den etablerade *prima-facie* rätten, som utgör lagens och andra rättskällors språkliga innebörd;

2) den etiskt och förnuftigt tolkade rätten, som är densamma för alla och

3) en mängd av olika tolkningsförslag från olika personer.

Antag återigen att en nazistisk förordning förpliktar polisen att döda judar. Vi har redan konstaterat det självklara, nämligen att det inte finns någon *slutgiltig etisk* skyldighet att döda judar. Hur är det med den slutgiltiga *rättsliga* skyldigheten? Det finns övervägande etiska skäl som talar mot varje tänkbar tolkning av denna förordning. Visserligen kan olika personer lämna sina tolkningsförslag, men inget av dem kan vara tillräckligt förnuftigt. I ett sådant fall finns det visserligen en gällande *prima-facie* föreskrift men ingen slutgiltigt bindande rättsregel.

4.3.3. Den slutgiltigt bindande rätten som en del av den slutgiltigt bindande etiken

I de fall å andra sidan där det finns en förnuftig tolkning av en etablerad *prima-facie* rätt, är man som sagt etiskt bunden att följa denna tolkning. Den är alltså slutgiltig ur två synvinklar på en gång, den rättsliga och den etiska. Med andra ord:

(Tes 2) Om någon har en viss slutgiltig rättslig skyldighet eller rättighet, så har denne en slutgiltig etisk skyldighet eller rättighet av detta innehåll.

Slutsatsen måste bli att den slutgiltigt bindande rätten utgör en del av den slutgiltigt bindande etiken.

För att förstå denna tes måste vi hålla i minnet två ting.

1. Den slutgiltiga etiska skyldigheten behandlas i detta sammanhang ur den interna synvinkeln. Vi beskriver inte innehållet i någon samhälleligt etablerad etik. I stället behandlar vi frågan vad det innebär att man "kritiskt" utvecklar en egen etisk ståndpunkt. För varje människa som så perfekt som möjligt argumenterar i etiska och juridiska frågor gäller då följande: Om hon fastställer att hon har en viss slutgiltig rättslig skyl-

dighet eller rättighet, så har hon en slutgiltig etisk skyldighet eller rättighet med samma innehåll.

2. Visserligen utgör den slutgiltigt bindande rätten en del av den slutgiltigt bindande etiken. Men rätten är självfallet *inte identisk* med etiken.

För det första kan en person ha en viss slutgiltig etisk skyldighet eller rättighet, t ex en skyldighet att hjälpa sina vänner, utan att samtidigt ha någon slutgiltig rättslig skyldighet eller rättighet med detta innehåll.

För det andra utgör den förnuftiga juridiska *argumentationen* ett *särfall* av den förnuftiga praktiska argumentationen. Syftet med juridisk argumentation är inte att visa att en normativ utsaga (t ex en dom) är absolut förnuftig, utan endast att den är förnuftig inom ramen för gällande rätt.

— En optimal etisk argumentation måste uppfylla två villkor: För det första måste man argumentera för att ifrågavarande skyldighet respektive rättighet följer av den bästa möjliga avvägningen mellan de relevanta etiska sakskälen och de relevanta rättskällorna. För det andra måste man argumentera för att de ifrågavarande rättskällorna har en etisk relevans.

— En perfekt juridisk argumentation uppfyller i många fall endast det första villkoret. Man måste givetvis argumentera för att skyldigheten respektive rättigheten följer av den bästa möjliga avvägningen mellan de relevanta etiska sakskälen och rättskällorna, men man behöver inte ständigt föra en djupgående debatt om rättskällornas etiska relevans.

Svaret på frågan om rättskällornas etiska relevans tas för givet en gång för alla, i och med att man bestämmer sig för att uppträda i en *juristroll*, dvs att argumentera *juridiskt*. I en djupgående etisk debatt kan man sedan visa att det är bra med en juridisk argumentationsmetod.

Kapitel 5
Motivering, sammanhang och enighet

5.1. Sammanhang

Litteratur
A Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/ Boston/ London 1989, avsnitt 4.1 (s 158 ff). R Alexy och A Peczenik, The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality, *Ratio Juris* vol 3, nr 1 bis, 1990. G Bergholtz, *Ratio et Auctoritas*. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål, Lund 1987, kap 4 (s 215 ff) och avsnitt 5.2—5.3 (s 357 ff). N MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, kap 5 (s 100 ff). R Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, kap 7 (s 225 ff). D Prawitz, Några filosofiska synpunkter på rationell argumentation inom juridiken, i A Peczenik, D Prawitz, T Eckhoff, L Lindahl och J Hellner, *Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen*, Stockholm 1985, s 24 ff.

5.1.1. Inledning om den sammanhängande domsmotiveringen

Det är värdefullt att försöka framställa rättssystemet som ett sammanhängande regelkomplex, där en viktig uppgift för jurister är att eftersträva konsekventa avgöranden. Begreppet "sammanhängande motivering" spelar en central roll i denna framställning.

Begreppet förutsätts bl a av vår diskussion om rimliga premisser. En rimlig premiss är inte vederlagd och inte heller godtycklig. Det sistnämnda villkoret innebär att det inte är klart osannolikt att den logiskt följer av ett antal satser som är inbördes förenliga och *väl sammanhängande*.

I det enskilda fallet tvingas domstolen till redovisning av de överväganden som legat till grund för domslutet. En domstol som inte anger skäl för domen kan, har det sagts, liknas vid "a naked organ of power". En dom bör i regel inte anses vara bättre än domskälen ger vid handen.

Domskälen utformas så att de harmonierar inte endast med de konkreta materiella och processuella reglerna utan även med allmänna sakskäl. Fler och fler förklarande domskäl åskådliggör om domen är accep-

tabel eller inte. Här kan begreppet "sammanhang" spela en viktig roll. Värderingar stöds på skäl och ju bättre skälen samverkar, desto bättre grund har värderingen. Detta kan ske så att en eller flera kedjor av skäl stöder samma ståndpunkt. Skäl med större räckvidd är att föredra framför skäl som är knutna mer till det föreliggande fallet och fler allmänna skäl ger en säkrare grund.

Således kan man med fog hävda att juridisk argumentation i rättsfrågor strävar och bör sträva mot att infoga skälen för det enskilda avgörandet i ett större sammanhang.

Detta synsätt har hittills kommit till klarare uttryck i utländsk rätt än i den svenska rätten. Särskilt i USA, England och Västtyskland kan man se detta. Det finns i amerikansk och engelsk rätt en begreppsbildning som visar att skäl krävs och att sammanhängande skäl är viktiga. Domar givna "sub silentio" — dvs under tystnad — är sådana där den eller de avgörande knäckfrågorna inte berörts i domskälen. En dom som givits "sub silentio" är inte bindande som prejudikat. Vidare finns begreppet "per incuriam", som innebär att domen i fråga inte tagit hänsyn till ett bindande prejudikat eller en författning och som följd härav är uppenbart felaktig. Detta har uppfattats så att målet kunde ha fått en annan utgång om något sådant inte hade förekommit. När det gäller lagtolkning har det hävdats att ett avgörande som inte anger att en välkänd tolkningsregel använts också skall anses givet "per incuriam".

I Västtyskland kan en bristfälligt motiverad dom undanröjas av en högre domstol främst i följande fall:

— om domskälen är så otydliga eller ofullständiga att det inte går att avgöra vilka rättsfakta eller rättsliga grunder som bestämt utgången;

— om domskälen är så obegripliga eller virriga, att det inte framgår vilka skäl som varit avgörande för utgången;

— om motiveringen är sakligt innehållslös eller endast utgörs av tomma fraser, som t ex att "invändningen om preskription är grundlös" eller "invändningen lämnas utan avseende" eller till äventyrs endast återger den relevanta lagtexten;

— om bevisvärderingen inte alls redovisats; och

— om domstolens lagtolkning inte underbyggts av skäl.

För svensk rätts del kan frågan om sammanhängande motivering illustreras av två rättsfall.

1. Ett exempel på sammanhängande motivering. Det första fallet gäller retentionsrätt. Enligt svensk rätt är retentionsrätt en rätt för hantverkare att i sin besittning kvarhålla gods för fordran mot godsets ägare. I NJA 1981 s 1050 prövades om sådan rätt för krav

på arvode skulle tillerkännas revisor i räkenskapsmaterial som en företagare överlämnat med uppdrag för revisorn att sköta bolagets bokföring.

I ett handräckningsmål vid länsstyrelse begärde företagaren att få ut bokföringsmaterialet och yrkandet bifölls. I hovrätten fick målet motsatt utgång och hovrätten yttrade i sin domsmotivering endast: "... B (revisorn) får anses ha gjort sannolikt att sådana omständigheter föreligger att hon äger kvarhålla ifrågavarande handlingar till säkerhet för sin fordran..." Denna motivering anger inga skäl för utgången och saknar då helt sammanhang.

HD ändrade domen och anförde i sin dom om regelunderlaget för rättsfrågan:

"I flera fall har en borgenär rätt att till säkerhet för sin fordran kvarhålla sådan gäldenärens egendom som han har i sin besittning (retentionsrätt). Sedan gammalt har en hantverkare haft sådan rätt till saker som han efter beställning arbetat på för annans räkning. Denna hantverkarens rätt har genom lagen (1950:104) om rätt för hantverkare att sälja gods som ej avhämtats förstärkts så att den kommit att bli jämförlig med panträtt. Lagbestämmelser om retentionsrätt finns i övrigt på skilda håll, t ex i 11 kap 3 § och 12 kap 8 § HB (låntagares respektive depositaries retentionsrätt) samt i 39, 74 och 87 §§ kommissionslagen (kommissionärs, handelsagents och handelsresandes rätt att innehålla prover, mönster och annat sådant som tillhör huvudmannen och inte är avsett för försäljning). Fråga huruvida revisorer och liknande uppdragstagare har retentionsrätt i räkenskapsmaterial som överlämnats till dem för uppdragets fullgörande är inte besvarad i lag och inte heller slutligt löst i rättspraxis (jfr Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1971 s 48). I litteraturen har gjorts gällande att retentionsrätt bör kunna medges analogivis i fall liknande dem som upptas i 1950 års lag samt i 11 kap 3 § och 12 kap 8 § HB, såsom när legotagare, mandatarie, fraktförare eller annan enligt avtal har fått annans egendom i sin besittning och förvärvat ett ersättningsanspråk på grund av egendomens vårdande, förvaring, reparation, transport e d. Därvid har dock förbehåll gjorts för det fall att egendomen saknar bytesvärde (Se Undén, Svensk sakrätt I, Lös egendom, 9 uppl 1974 s 239). Huruvida sådana analogier kan utsträckas också till fall av den art som är aktuell i målet har dragits i tvivelsmål av andra författare (Se bl a Walin i SFR-nytt, internt organ för Sveriges redovisningskonsulters förbund, 1975 s 155)".

Detta är således gällande rätt så långt det gick att utleta. HD tar sedan ställning till frågan enligt följande:

"Om en näringsidkare har överlämnat räkenskapsmaterial till en revisor eller annan, kan han uppenbarligen ha ett mycket starkt behov att snabbt återfå det — för att få en överblick över sin rörelse och för att kunna fullgöra sina skyldigheter enligt bokföringslagen och skattelagstiftningen. I motsvarande mån utgör ett kvarhållande av räkenskapsmaterialet ett kraftigt verkande påtryckningsmedel på näringsidkaren som kan föranleda honom att godta även oskäliga ersättningsanspråk. Även allmänna intressen talar för att en näringsidkare skall fritt kunna förfoga över sitt räkenskapsmaterial. Vidare bör beaktas att räkenskapsmaterialet inte har något försäljningsvärde och att uppdragstagaren kan säkerställa sina ersättningsanspråk på annat sätt, exempelvis genom att betinga sig förskott. På grund av det ovan anförda framstår ett utövande av retentionsrätt i överlämnat räkenskapsmaterial som olämpligt och det bör inte kunna komma ifråga att genom analogi från bestämmelser som de förut omnämnda medge sådan rätt."

Här anger HD således utförligt både det befintliga regelunderlaget (lagen, rättspraxis och doktrin) och de sakliga skäl som harmonierar med retentionsfrågornas behandling i övrigt.

2. Ett exempel på icke sammanhängande motivering. I NJA 1985 s 226 gällde det ett åtal mot en bostadskonsulent för olaga diskriminering, som bestod i att bostadskonsulenten vägrat en zigenare bostad i ett visst bostadsområde på grund av dennes etniska ursprung. En enig nämnd ogillade i tingsrätten åtalen med bl a följande motivering: "Med beaktande av att W (bostadskonsulenten) i sitt handlande haft målsättningen att undvika alltför stor invandrartäthet i... området kan W:s vägran att låta P hyra en lägenhet i detta område icke anses innefatta brott...". Tingsrättens ordförande, som var av en annan mening och ville fälla W. till ansvar, anförde bl a att det avgörande motivet för vägran att hyra ut lägenhet till P i ett visst område var sökandens etniska ursprung.

Detta rättsfall visar att nämndens skäl inte är tillräckligt sammanhängande. Bostadskonsulentens goda vilja har satts före förbudet mot diskriminering. Lagtexten har ignorerats och inga skäl har anförts för detta.

5.1.2. Begreppet "sammanhängande motivering"

Vi utgår från följande teser:

(Tes 3) Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en motivering av påståenden, normer och värderingar desto bättre ju mer sammanhängande den är.

(Tes 4) Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det norm- eller värdesystem det korrekta som har den mest sammanhängande motiveringen.

Låt oss först och främst formulera det allmänna begreppet "sammanhängande motivering" ("koherent motivering"). Sedan kommer vi att komplettera detta begrepp med vissa kännetecken vars balans bestämmer en motiverings kvalitet.

Begreppet "sammanhängande motivering" kan uttryckas som följer.

Ju bättre stöd de satser som tillhör en teori har, desto mer sammanhängande är teorins motivering.

Begreppet "sammanhängande motivering" kommer nu att analyseras närmare. Analysen bygger på ett gemensamt arbete om sammanhangsbegreppet, författat av Robert Alexy och Aleksander Peczenik.

I detta samband måste man förklara innebörden hos begreppen "teori", "stöd" och "bättre stöd".

1) Ordet "teori" används här i en vidsträckt mening som omfattar såväl deskriptiva, t ex empiriska teorier som norm- och värdesystem. Inom juridiken talar man t ex om olika teorier om äganderätt.

2) Stödbegreppet kan enklast definieras som följer.

Satsen p stöder satsen q om, och endast om, p tillhör en satsmängd, S, varav q följer logiskt.

Detta stödbegrepp utgör den s a s logiska sidan av det ovan (i avsnitt 3.7.2) definierade begreppet "rimligt stöd".

3) Stödrelationens perfektion beror på de motiveringskrav som behandlas nedan.

Vissa motiveringskrav gör begreppet "sammanhängande motivering" mer exakt. Eftersom begreppet är både vagt och omstritt är vår teori om sammanhängande motivering en av flera möjliga sådana.

Man kan skilja mellan tre slags krav på en teoris sammanhängande motivering.

1. *Krav på egenskaper hos teorins stöd.* Ett mer omfattande stöd innebär en bättre motivering. Vid i övrigt oförändrade förhållanden beror kvaliteten hos en teoris motivering på sådana omständigheter som

— hur många av dess satser som stöds på skäl;

— hur långa argumentkedjor teorin innehåller;

— hur väl dessa argumentkedjor är sammanbundna med varandra t ex genom att flera kedjor av skäl stöder samma slutsats; och

— hur många av skälen som är relevanta inom den ifrågavarande argumentationstypen.

2. *Krav på egenskaper hos de begrepp som tillhör teorin.* En viktig fråga är hur generella begrepp som används. Generella begrepp ger argumentationen stor räckvidd. De är ett "klister" som håller ihop argumentationen och kan även hålla samman olika teorier. Vid i övrigt oförändrade förhållanden beror således kvaliteten hos en teoris motivering på sådana omständigheter som

— hur generella begrepp teorin innehåller och

— hur intimt sammanbundna dessa begrepp är med andra teorier.

3. *Krav på teorins räckvidd.* En teori som omfattar ett stort antal data

är bättre motiverad än en som inte gör det. Vid i övrigt oförändrade förhållanden beror kvaliteten hos en teoris motivering på hur många fall och livsområden teorin täcker.

5.1.3. Sammanhangsteorins karaktär

Följande bör beaktas då man studerar sammanhangsteorin. Teorin är så abstrakt att det finns ett avstånd mellan den och juridisk argumentationspraxis. Abstraktionsnivån är ett resultat av följande omständigheter:

— Teorin är en bakgrundsram som gör det möjligt att *förstå poängen* med juridisk argumentation. Närmare bestämt besvarar sammanhangsteorin den principiella frågan vad som ytterst sett gör den juridiska argumentationen korrekt.

— Däremot har endast rättsteoretiker någon stor nytta av att hålla i minnet de olika motiveringskravens exakta formulering. En genomsnittlig läsare som förstått poängen med avsnitten 5.1.1 t o m 5.1.3 kan läsa avsnitten 5.1.4 — 5.1.7 mera översiktligt. Teorins huvudsyfte består *inte* i att underlätta juridisk argumentation i konkreta fall. Det är självfallet inte lätt att jämföra två juridiska motiveringar med alla motiveringskrav och säga att motivering x är bättre än y beroende på att den innehåller fler och längre argumentationskedjor mm. Dessutom måste motiveringskraven jämkas samman, vilket kan vara svårt.

5.1.4. Egenskaper hos en teoris stöd

A. Många satser som stöds på skäl

Det minimala motiveringskravet är att en sammanhängande teori innehåller satser som stöds på skäl. Detta krav kan preciseras på följande sätt.

(Motiveringskrav 1)	Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler av dess satser som stöds på skäl.

Uttrycket "vid i övrigt oförändrade förhållanden" antyder att inget motiveringskrav självständigt bestämmer kvaliteten hos teorins motivering. Tvärtom, måste olika krav jämkas samman.

B. Långa argumentkedjor

Hur sammanhängande teorins motivering är bestäms också av hur långa argumentkedjor den omfattar. Satsen p1 kan således stöda p2, p2 kan stöda p3, osv.

Längre kedjor gör stödstrukturen mer komplex. Därmed gör de teorin bättre strukturerad och djupare. Följande motiveringskrav preciserar detta förhållande.

(Motiverings-krav 2) Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju längre argumentkedjor den innehåller.

C. Samband mellan argumentkedjor

En sammanhängande motivering beror också på samband mellan olika argumentkedjor. För det första kan samma premiss stöda olika slutsatser. För det andra kan samma slutsats följa av olika premissmängder.

Det första sambandet föreligger t ex då en och samma generella princip stöder olika mer konkreta rättsregler. Följande motiveringskrav motsvarar detta samband.

(Motiverings-) krav 3.1) *Många slutsatser av en och samma premiss.* Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler av dess satser som har stöd av en och samma premiss.

Kumulation av skäl inom en stödstruktur utgör också ett motiveringskrav.

(Motiverings-krav 3.2) *Kumulation av skäl.* Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler premissmängder den innehåller som stöder samma slutsats.

D. Prioritetsordningar av skäl

Prioritetsordningar av skäl påverkar också en teoris interna sammanhängande motivering. Detta förhållande kan exemplifieras av prioritets-

ordning mellan olika principer. Avvägningen mellan olika principer, dvs mellan olika värden, resulterar i att man i olika slags fall uppställer olika prioritetsordningar. Utan sådana prioritetsordningar skulle avvägningar vara godtyckliga. I vissa konkreta fall skulle t ex hänsynen till tillväxt gå före hänsynen till miljö, i andra konkreta fall tvärtom, utan att man skulle veta *varför* dessa fall behandlas olika. Följande motiveringskrav motsvarar denna idé.

(Motiverings-) krav 4) Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler prioritetsordningar mellan olika principer den uppställer.

E. Ömsesidigt stöd

En och samma sats kan ingå i olika slutledningar, ibland som en antagen premiss, ibland som en slutsats. Det kan t ex hända att en sats stöder en annan och den senare samtidigt stöder den förra; p stöder q och q stöder p. M a o följer q av p tillsammans med vissa tilläggspremisser, och p följer av q tillsammans med andra tilläggspremisser.

På så vis stöder t ex det faktum att Sveriges rättsordning innehåller institutionella garantier för fri- och rättigheter slutsatsen att Sverige är en rättsstat; samtidigt stöder tesen att Sverige är en rättsstat slutsatsen att den svenska rättsordningen innehåller institutionella garantier för fri- och rättigheter.

Ett ömsesidigt stöd föreligger även i de fall då en allmän princip "deduktivt" stöder en rad konkreta regler medan de konkreta reglerna samtidigt "induktivt" stöder den allmänna principen. Principen "avtal skall hållas" stöder således en stor del av avtalslagen och erhåller samtidigt stöd av denna.

På så sätt befinner sig principen och reglerna i ett slags *övertänkt jämviktsläge* ("reflektivt ekvilibrium"). Ett övertänkt jämviktsläge uppnår man ofta genom att modifiera olika påståenden och ståndpunkter så att de inte strider mot varandra. Man försöker t ex ömsesidigt anpassa tolkningen av allmänna principer och konkreta regler.

Följande motiveringskrav motsvarar det ovanstående.

(Motiverings-krav 5) Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler ömsesidiga stödrelationer mellan olika satser som den innefattar.

F. Relevant stöd

Mänsklig kunskap och argumentation kan delas upp i olika kategorier (typer, discipliner, former, nivåer) såsom fysik, biologi, samhällsvetenskap mm. Bland dessa kategorier måste man nämna etisk och juridisk argumentation. Varje sådan kategori karakteriseras av vissa grundläggande premisser som ger stöd åt olika slutsatser. Argumentationens uppdelning i olika kategorier medför att man inom varje kategori förfogar över olika mängder *relevanta* satser. Varje argumentationskategori har sina egna måttstockar för relevans.

Sådana särskilt relevanta premisser har en särställning. Vi har redan behandlat ett juridiskt och ett etiskt exempel.

— Ett rättsligt stöd. Olika rättskällor, såsom lagen, prejudikat, lagens förarbeten m m har sålunda en särställning i juridisk argumentation. Utan rättskällor har en slutsats inget rättsligt stöd. Oavsett vilken juridisk motivering som man föredrar, m a o vilken alternativ satsmängd som man väljer för att juridiskt motivera en slutsats, måste åtminstone en rättskälla beaktas eller på något sätt öva inflytande på argumentationen.

— Ett etiskt stöd. En praktisk *prima-facie* sats är ett etiskt relevant skäl om vår etiska kultur tvingar oss att beakta den vid en etisk avvägning. De etiskt relevanta skälen får kritiseras med användning av motskäl men får inte ignoreras.

Uppdelning av argumentation i olika kategorier medför m a o att man inom varje kategori har tillgång till grundantaganden vilka stöder en stor mängd slutsatser. På så sätt ökar argumentationskategorins interna sammanhang. Att så är fallet följer bl a av det ovan angivna motiveringskrav 3.1: Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler av dess satser som har stöd av en och samma premiss. Å andra sidan skulle det vara mycket svårt att finna gemensamma grundantaganden för all kunskap och all argumentation.

Följande motiveringskrav preciserar den roll som spelas av de premisser som inom den ifrågavarande argumentationsformen har en särställning:

(Motiveringskrav 6) Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler av dess satser som har stöd av de satser som inom den ifrågavarande argumentationsformen har en särskild relevans.

5.1.5. Egenskaper hos de begrepp som tillhör en teori

Det finns ett samband mellan egenskaper hos en teoris stöd och egenskaper hos *begrepp*. Många stödstrukturer är möjliga tack vare relationer mellan vissa begrepp. Låt oss i detta sammanhang beakta följande motiveringskrav.

A. Generalitet

Ett motiveringskrav gäller begreppens och argumentens generalitet i vidsträckt mening. I detta sammanhang kan man tala om (a) universalitet, (b) generalitet i strikt mening och (c) likhet.

a. Universalitet består i att man använder begrepp vilka betecknar *alla* föremål av en viss klass, inte namn på individuella ting. Universalitet utgör en nödvändig betingelse för en teoris sammanhängande motivering. En "teori" som endast använder namn på individuella ting och inga begrepp är knappast tänkbar.

Varje etisk *prima-facie* sats följer av en universell princip, vilken avser alla personer, föremål eller handlingar av ett visst slag. Om man t ex anser att Kalle skall ha högre lön än Pelle, måste man motivera den olika behandlingen med en universell princip, t ex "alla skall ha en lön som svarar mot arbetsprestation". Motiveringen är meningslös om den endast knyts till individuella namn, t ex "Kalle skall tjäna mera därför att han är Kalle".

b. Ju mer omfattande den klass av föremål är som det ifrågavarande begreppet betecknar desto mer generellt är begreppet.

Rätten uppvisar denna form av generalitet bl a tack vare allmänna delar i olika länders strafflagar, vilka generellt behandlar sådana frågor som uppsåt, straffrihetsgrunder m m angående alla klassiska brottstyper. Sådana civillagar som den tyska BGB har också allmänna delar.

I juridisk argumentation använder man dessutom ofta generella argument förankrade i praktisk filosofi, t ex då man hävdar att straffrättsligt ansvar utan culpa skulle vara orättvist.

c. En begreppslig familj finns då det ifrågavarande begreppet betecknar en rad fenomen varav det ena liknar det andra, det senare liknar ett tredje sådant osv.

Detta slags generalitet i den juridiska argumentationen visar sig genom att man använder olika slags *analogislut*, se avsnitt 7.4 nedan.

Inte bara teorier utan även konkreta juridiska beslut har ett samband

med generalitetskraven. Besluten är konkreta men deras motivering kan vara generell i alla de ovan angivna betydelserna.

Följande motiveringskrav belyser betydelsen av generalitet.

(Motiveringskrav 7.1) Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler satser den omfattar, vilka inte innehåller några individuella namn.

(Motiveringskrav 7.2) Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler generella begrepp den använder och ju mer generella de begrepp är som den använder.

(Motiveringskrav 7.3) Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju större antal begrepp den använder som liknar varandra.

B. Begreppsligt förhållande mellan olika teorier

Olika teorier hänger samman till en grad som bestäms av likhet mellan de begrepp som de använder.

Följande motiveringskrav preciserar detta förhållande.

(Motiveringskrav 8.1) Vid i övrigt oförändrade förhållanden hänger olika teorier mer samman ju fler gemensamma begrepp de använder.

(Motiveringskrav 8.2) Vid i övrigt oförändrade förhållanden hänger olika teorier mer samman ju fler begrepp den ena använder, vilka liknar motsvarande begrepp inom den andra.

5.1.6. En teoris räckvid

A. Antal fall

En sammanhängande teori omfattar ett stort antal fall. En teoris motivering blir mer sammanhängande bl a med en ökning av antalet *datasatser*. Följande motiveringskrav belyser detta förhållande.

(Motiveringskrav 9) Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler fall den omfattar.

B. Antal livsområden

Ur en annan synvinkel är en teoris räckvid desto större, ju mer olikartade de fall är på vilka den är tillämplig.

En teori eller en mängd teorier kan närma sig maximal differentiering om den täcker nästan *alla livsområden*. De viktigaste fysiska, kemiska och biologiska teorierna hänger således argumentativt och begreppsligt samman med nästan alla livsområden.

Visserligen kan mänsklig kunskap och argumentation delas upp i olika kategorier såsom fysik, biologi, samhällsvetenskap och annat. Varje sådan kategori karakteriseras av vissa grundläggande premisser som ger relevant stöd åt olika slutsatser (se ovan om motiveringskravet 6). Sammanhanget mellan t ex naturvetenskaper och historia eller sociologi är följaktligen inte tillräckligt för att uppfatta hela komplexet som en sammanhängande helhet. Men olika discipliners inbördes isolering är inte fullständig. Våra institutioner och deras historia t ex har åtminstone det samband med fysik, kemi och biologi att de finns i ett universum underkastat fysiska och kemiska lagar samt måste följa människans biologiska begränsningar. Samhälleliga institutioner som åsyftar det fysiskt eller biologisk omöjliga är självfallet inte livsdugliga.

Följande motiveringskrav belyser detta förhållande.

(Motiveringskrav 10) Vid i övrigt oförändrade förhållanden har en teori mer sammanhängande motivering ju fler livsområden den omfattar.

5.1.7. Avvägning mellan olika motiveringskrav

Vi har redan sagt att inget motiveringskrav självständigt bestämmer den grad i vilken teorins motivering är sammanhängande. Tvärtom, måste

olika motiveringskrav jämkas samman.

Beakta t ex motiveringskrav 1, att en teori har mer sammanhängande motivering ju fler av dess satser som stöds på skäl. Detta krav gäller endast "vid i övrigt oförändrade förhållanden". De andra motiveringskraven kan rättfärdiga det faktum att relativt många satser tillhörande en teori inte har något stöd utan blott tas för givna. Så är fallet exempelvis då teorin också innehåller många generella begrepp, mycket långa argumentkedjor m m. Dessutom kan motiveringskraven jämkas samman med andra värden, t ex effektiviteten. En brandsoldat i aktion bör t ex hellre lyda order än ständigt begära tidskrävande motivering.

5.2. Sammanhang, korrekthet och sanning

Litteratur

A Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/ Boston/ London 1989, avsnitt 4.2 (s 177 ff). A Aarnio, Kan ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt?, i S Strömholm (utg), *Uppsalaskolan och efteråt*, Uppsala 1978, s 143 ff. P S Lauridsen, *Retslaeren*, Köpenhamn 1977, § 17.IV (s 196 ff). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl Stockholm 1988, avsnitt 6.5.3 (s 103 ff).

5.2.1. Sammanhängande motivering och rimlighet

Generellt kan man konstatera att kvaliteten hos en motivering är detsamma som dess interna sammanhang. Vi har redan uttalat följande:

(Tes 3) Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en motivering av påståenden, normer och värderingar desto bättre ju mer sammanhängande den är.

(Tes 4) Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det norm- eller värdesystem det korrekta som har den mest sammanhängande motiveringen.

Dessutom:

(Tes 5) Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det norm- eller värdesystem det rimligaste som har den mest sammanhängande motiveringen.

Visserligen kan en värdenihilist ifrågasätta dessa teser. Han kan t ex hävda att frågan om praktiska satser är korrekta är fel ställd, ty dessa satser utgör blott subjektiva känslouttryck. Sådana argument kan emellertid besvaras. Vi har redan konstaterat att norm- och värdesatser inte blott är ägnade att uttrycka vissa känslor eller attityder och därmed utgöra skäl för handling. Norm- och värdesatser kan även motiveras. Man kan alltid ställa frågan "varför?" och sålunda kräva skäl som stöder den ifrågavarande satsen. Det bäst motiverade svaret på frågan "varför?" är det mest sammanhängande svaret. Att försöka ge det mest sammanhängande svaret på praktiska problem är detsamma som att *tänka* på dessa problem. Skall vi sluta tänka på praktiska frågor?

5.2.2. Sammanhang och data

En skeptiker kan emellertid ställa följande principiella fråga. Kan inte en dröm eller en saga vara mer sammanhängande än sanningen?

Även denna invändning kan besvaras. Antag att man beaktar *alla* åsikter och ståndpunkter som finns i ens miljö, inklusive observationsdata, andra "säkra" satser, olika vetenskapers antaganden, vardagliga erfarenhetssatser, hypoteser och gissningar, filosofiska insikter och t o m religiös erfarenhet och drömmar. Därmed uppfyller man på ett perfekt sätt två krav på sammanhängande motivering, dvs de som avser teorins *räckvidd* (9 och 10). M a o skaffar man sig *en bred databas, vilken omfattar alla "datakandidater"*, dvs satser som kan tänkas vara olika slags data. De andra motiveringskraven, vilka kräver såväl hög komplexitet hos en stödstruktur (1—6) som de begagnade begreppens generalitet (7 och 8) utgör då ett *"filter" som sållar bort tvivelaktiga "datakandidater"*.

De är m a o i många fall tillräckliga för att skära bort drömmarna, metafysiken och uppenbarelserna. Det som stannat kvar är rimliga teoretiska och praktiska satser, däribland sådana som är *säkra* i den ovan utvecklade bemärkelsen samt sådana som tas för givna inom juridiken. De sistnämnda utpekas dessutom direkt av motiveringskravet 3, som kräver att olika rättskällor, såsom lagen, prejudikat och lagens förarbeten tilldelas en särställning inom den juridiska argumentationen.

Man kan sålunda anta att en perfekt sammanhängande mängd teoretiska satser i hög grad återspeglar verkligheten och att en sådan mängd praktiska satser uttrycker de värderingar som är bäst motiverbara. Man kan m a o säga att juridiska slutsatser som ingår i en mycket väl sammanhängande satsmängd är *korrekta*.

5.2.3. Sammanhang och sanning

Hur förhåller sig deras korrekthet till *sanning*? För att besvara denna fråga måste man säga något om själva sanningsbegreppet. Vi börjar med teoretiska satsers sanning. På så sätt skaffar vi oss en bakgrund för att senare kunna behandla förhållandet mellan sanningsbegreppet och praktiska, däribland juridiska satser.

Sanning betraktas av vanliga människor som överensstämmelse mellan tro och fakta. Att en sats är sann betyder närmare bestämt följande: satsen säger att det är så och så, och i verkligheten är det just så som satsen säger. Det är den klassiska sanningsteorin som också kallas för *korrespondensteorin*: satsens innehåll korresponderar med verkligheten.

Korrespondensteorin möter följande svårighet, som redan i antiken uppmärksammades av skeptiker. Vi kan redogöra för vår tro. Men kan vi jämföra den med verkligheten? Känner vi till verkliga fakta? Det enda sättet att få kunskap om fakta är att lita på erfarenhet och förnuft, men hur vet vi med säkerhet att dessa kunskapskällor pålitligt redogör för fakta? Om en elak demon hela tiden vilselett oss, skulle vi inte kunna veta det, utan vi skulle trott på fiktioner och inte på fakta.

Till följd av dessa svårigheter har flera filosofer förespråkat s k icke-klassiska definitioner av sanning.

Att en sats är sann betyder enligt den s k *koherensteorin* (dvs sammanhangsteorin) detsamma som att den ingår i en perfekt sammanhängande mängd av satser. Men måste en perfekt sammanhängande teori vara sann? Den uppenbara invändningen är att t o m en roman fastän osann kan vara sammanhängande. En mera sofistikerad koherensteori hävdar följaktligen att en sann sats måste ingå i en sammanhängande världsbild, d v s en satsmängd som har en väl sammanhängande motivering och spänner över alla livsområden; jfr ovan om motiveringskravet 10.

Den s k *konsensusteorin* (dvs enighetsteorin) definierar sanning på följande sätt. Att en sats är sann betyder detsamma som att det föreligger allmän enighet om att det är så som satsen säger. Att satsen "jorden är rund" är sann innebär t ex att alla anser att jorden är rund. Den uppenbara invändningen mot konsensusteorin är att jorden var rund även då alla ansåg att den var platt. En mera sofistikerad konsensusteori har utarbetats av bl a *Jürgen Habermas*. Enligt Habermas betyder satsen "en sats är sann" detsamma som att alla skulle godkänna denna sats om de deltagit i en perfekt debatt. Vi återkommer till denna fråga längre fram.

Enligt den *pragmatiska* teorin betyder uttrycket "en sats är sann"

ungefär detsamma som "en tro på denna sats har nyttiga konsekvenser". Det faktum t ex att man tror på fysikernas påståenden om ånga medför att man kan bygga ångmaskiner. Den mängd satser som bildar naturvetenskapen är således sann därför att den hjälper ingenjörerna att bygga fungerande maskiner. Den uppenbara invändningen är att även falska övertygelser kan vara nyttiga. En ingenjör kan t ex tro, att Gud befallt honom att arbeta mer än 70 timmar i veckan. Ingenjören blir säkert framgångsrik även om trossatsen är falsk.

De icke-klassiska sanningsteorierna möter följande svårighet (jfr avsnitt 3.3.2 ovan om Moores "frågemetod"). Det är meningsfullt att ställa sådana frågor som "visserligen följer satsen av en teori som har en väl sammanhängande motivering, *men är satsen sann*?", eller "visserligen tror alla på det som satsen uttalar, *men är satsen sann*?" Om de icke-klassiska sanningsteorierna hade fullständigt återgivit betydelsen av ordet "sant" skulle sådana frågor vara lika meningslösa som frågan "visserligen är Jan kvinnoläkare men är han gynekolog?". Den sistnämnda frågan är meningslös därför att orden "kvinnoläkare" och "gynekolog" betyder samma sak. De frågor som rör sanning är däremot meningsfulla därför att ordet "sant" *inte* betyder det som som de icke-klassiska teorierna hävdar.

Man måste därför trots alla problem godta korrespondensteorin som en teori om sanningsbegreppet. Att en sats är sann *betyder* följande: satsen säger att det är så och så, och i verkligheten är det just så som satsen säger. De icke-klassiska teorierna pekar ut olika *kännetecken* på att en sats är sann, eller olika metoder att identifiera sanna satser, dvs olika *indikationer* på att det i verkligheten är just så som satsen säger, men icke meningen med begreppet "sanning".

Men *varför* utgör t ex den ifrågavarande satsens tillhörighet till en på ett väl sammanhängande sätt motiverad teori en sådan indikation? För att besvara denna fråga kan man kanske utgå från följande djärva antaganden.

Världens tillstånd, dvs det som är fallet, bestämmer att vissa satser kan motiveras på ett väl sammanhängande sätt, medan andra inte kan det.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden överensstämmer en mängd satser desto närmare med det som är fallet, ju mer sammanhängande motivering denna mängd har.

Sådana antaganden är emellertid både svårbevisbara och omstridda. Filosoferna har inte sagt det sista ordet om sanningsproblemet.

5.2.4. Sanning och praktiska satsers korrekthet

I formallogiken finns det ingen anledning att skilja mellan sanning hos teoretiska och praktiska satser. Logikerna konstruerar kalkyler med två värden 1 och 0. Om kalkylen säger att en sats har värdet 1 är satsen i den formallogiska betydelsen sann. Men utanför logiken är skillnaden rätt viktig. Att en sats är sann betyder som sagt följande: satsen säger att det är så och så, och i verkligheten är det just så som satsen säger. Det är därför tveksamt huruvida norm- och värdesatser, däribland juridiska tolkningssatser, kan vara sanna. Slutgiltiga (inte blott *prima-facie*) norm- och värdesatser förutsätter nämligen en avvägning av olika skäl och motskäl. En sådan avvägning involverar en individs personliga preferenser, inte endast kunskap om verkligheten. Å andra sidan kan sådana satser uppfylla de ovan angivna motiveringskraven och därmed vara *korrekta*.

Medan ändamålet med naturvetenskap är att sträva efter att fastställa sanningen, är ändamålet med juridik att formulera korrekta satser om gällande rätt.

Det sistnämnda gäller kanske generellt för alla satser om institutionella fakta: Eftersom institutionella fakta bestäms av normer och normerna måste tolkas kan dessa satser endast vara korrekta, inte sanna i bokstavlig mening.

5.3. Rationell diskurs

Litteratur

R Alexy, *Theory of Legal Argumentation*, Oxford 1989, del B (s 175—208). A Aarnio, Kan ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt?, i S Strömholm (utg), *Uppsalaskolan och efteråt*, Uppsala 1978, s 143 ff.

5.3.1. Inledning

Vi har redan angett tre olika faktorer som begränsar godtycket i etisk och juridisk argumentation. Två har redan behandlats:

1) En etisk eller juridisk värde- eller normsats kan framställas som en *logiskt korrekt slutsats* av vissa satser.

2) Premisserna kan dessutom bedömas som motiverade på ett mer eller mindre *sammanhängande* sätt.

Vi har även sagt följande: Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det

norm- eller värdesystem som har den mest sammanhängande motiveringen det korrekta. Är då kraven på sammanhängande motivering *tillräckliga* för att *helt* eliminera godtycket?

Svaret på den sistnämnda frågan är "nej".

— För det första är motiveringskraven rätt *vaga*.

— För det andra har vi redan sagt att inget motiveringskrav självständigt bestämmer graden av teorins interna sammanhang. Tvärtom förhåller det sig så att olika motiveringskrav måste *jämkas samman*. Avvägningen bestäms inte helt av motiveringskraven.

— För det tredje kan följande sägas om den praktiska argumentationen, däribland den juridiska och den etiska. Den praktiska argumentationen förutsätter en avvägning mellan olika skäl och motskäl. En sådan avvägning involverar som sagt en individs personliga preferenser. En individ kan aldrig vara *helt säker* på vilken avvägning som en annan kommer att utföra. Den ene kan bara *gissa* sig till den andres avvägning. Slutsatsen blir mer korrekt om man istället låter de inblandade själva framställa sina avvägningar.

Därför har vi också angivit en ytterligare faktor som begränsar godtycke:

3) Man kan föra en saklig *debatt* om etiska frågor.

5.3.2. Robert Alexys regler för den rationella praktiska diskursen

Robert Alexy påstår att den rationella praktiska diskursen rättar sig efter vissa regler. Endast om dessa regler följs är debatten optimal eller ideal (så perfekt som möjligt). Alexys rationalitetsregler är egentligen regler för debattens *saklighet*. Ju oftare dessa regler kränks desto mindre saklig blir debatten.

Sakligheten beror på (1) kraven på sammanhängande motivering och (2) relationer mellan debattens olika deltagare. Vi utgår från följande teser:

(Tes 6) Vid i övrigt oförändrade förhållanden är debatten sakligare ju bättre den uppfyller kraven på sammanhängande motivering.

I viss mening är alltså debatten sakligare

— ju fler påståenden, värdesatser och normer som stöds på skäl;

— ju längre argumentkedjor som läggs fram;
— ju bättre sammanbundna argumentkedjorna är med varandra;
— ju fler olika fall och livsområden som beaktas mm.

Om debattörerna använder sig av få och osammanhängande skäl kan debatten knappast betecknas som saklig. Den är inte heller saklig om debattörerna ignorerar relevanta data, eller vägrar beakta olika samband mellan debattens föremål och andra livsområden.

(Tes 7) Vid i övrigt oförändrade förhållanden är debatten desto sakligare ju bättre den följer vissa regler om uppriktighet; gemensamt språkbruk; öppenhet; frihet från inslag av tvång; och fördelning av argumentationsbördan.

(Tes 8) Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det norm- eller värdesystem det korrekta som bäst följer reglerna om en saklig debatt, dvs en debatt som är uppriktig, öppen; fri från inslag av tvång m m.

Låt oss kommentera vissa av Alexys rationalitetsregler för den praktiska debatten.

1. *Grundregler*

(Debattregel 1.1) *Logisk korrekthet*. Ingen talare får motsäga sig själv.

(Debattregel 1.2) *Uppriktighet*. Varje talare får endast hävda det han själv tror på.

Regeln motiveras av följande hänsyn:

— Utan uppriktighetsregeln vore inte ens lögn möjlig; man kan ljuga effektivt endast om andra tror att man talar sanning.

— Visserligen kan en lögn utgöra en rationell handling. Det kan t ex vara rationellt att ljuga i ett samtal med en dödsfiende. Men i den optimala debatten finns det inga dödsfiender. En lögn är inget sakligt skäl. Den kan aldrig utgöra ett inslag i en optimalt saklig debatt.

(Debattregel 1.3) *Generalitet*. Varje talare, vilken kallar ett föremål, a, för F måste vara redo att likaså kalla varje annat föremål för F som i alla relevanta avseenden liknar a.

Generalitet är som sagt det ovan behandlade motiveringskravet 7.

(Debatt-regel 1.4) *Gemensamt språkbruk*. Olika talare får inte använda samma uttryck i olika betydelser.

Uppfylls inte det kravet är debatten inte optimalt saklig, eftersom den ene då inte kan förstå vad den andre talar om.

2. Förnuftsregler

(Debatt-regel 2) *Skyldighet att ge skäl*. På begäran måste varje debattör motivera det han hävdar, om det inte är så att han kan ge skäl för sin vägran att motivera.

Denna regel uttrycker kravet på stöd. I en optimalt saklig debatt har slutsatser stöd av skäl. Det är det centrala kravet på sammanhängande motivering.

(Debatt-regel 2.1) *Subjektiv öppenhet*. Varje person som kan debattera får deltaga i debatten.

Om vissa personer utesluts är debatten inte optimalt saklig.

— Debattens utgång blir som sagt den mest korrekta, om så många som möjligt får framställa sina avvägningar mellan olika praktiska skäl.

— Självfallet kan begränsningar vara rationella. Endast riksdagsmän t ex får delta i riksdagsdebatten. Ett beslut att begränsa antal debattörer måste emellertid motiveras med generella skäl, t ex debattens funktion, tidsbrist eller resursknapphet. Detta följer av generalitetskravet, vilket är ett viktigt krav på sammanhängande motivering.

(Debatt-regel 2.2) *Objektiv öppenhet*. (a) Varje deltagare får ifrågasätta varje påstående. (b) Varje deltagare får tillföra debatten vilket påstående som helst. (c) Varje deltagare får fritt ge uttryck för sina ställningstaganden, önskningar och behov.

(Debatt-regel 2.3) *Frihet från inslag av tvång*. Ingen talare får genom tvång hindras från att utnyttja sina rättigheter, uttryckta i (2.1) och (2.2).

Tvång är inget skäl, och den optimalt sakliga debatten avgörs av skäl och inget annat. Visserligen kan det vara rationellt att i extrema fall med tvång hindra t ex spridning av terroristpropaganda. Men i den optimalt sakliga debatten finns det inga terrorister.

Öppenhet och frihet från inslag av tvång är ägnade att garantera att det problem som debatteras behandlas så mångsidigt som möjligt. På så vis kan debattens utgång i enlighet med motiveringskravet 1 basera sig på så många skäl som möjligt.

2.4. Regler som utesluter positiv särbehandling

(Debattregel 2.4.1) Varje person som deltar i debatten måste kunna godta följderna av en (etisk) norm som han accepterar eller förutsätter, även om de berör honom själv.

(Debattregel 2.4.2) Varje norm som skyddar intressen som är knutna till en viss enskild person måste kunna godtas av alla.

Även dessa regler, vilka av Alexy uppfattas som en särskild grupp, kallad för "motiveringsregler", uttrycker generalitetskravet, sålunda ett krav på sammanhängande motivering. Lika skall behandlas lika.

3. Argumentationsbörderegler

(Debattregel 3.1) Den som vill behandla personen A annorlunda än personen B måste motivera det.

(Debattregel 3.2) Om någon angriper ett påstående eller en norm, vilken över huvud inte är föremål för debatt, måste han ge skäl för detta.

(Debattregel 3.3) Den som har anfört ett skäl har ingen skyldighet att ange vidare skäl, om det inte är så att motskäl har anförts.

(Debattregel 3.4) Den som säger något som inte har samband med någon tidigare utsaga måste på begäran motivera varför han för in detta.

Regeln (3.1) uttrycker generalitetskravet, alltså ett krav på sammanhängande motivering.

Alla argumentationsbörderegler uttrycker tanken att den optimalt sakliga debatten styrs av skäl i enlighet med det centrala motiveringskravet. Om någon hävdar att olika personer skall behandlas olika måste han säga varför. Även urvalet av debattfrågor måste stödjas av skäl.

5.4. Sammanhang och enighet i rättsvetenskapen

Litteratur

A Aarnio och J Uusitalo, Paradigm i rättsdogmatiken, 1 *Tidskrift för rättssociologi* 1983/84, s 263 ff. A Peczenik, Vad är den juridiska argumentationen, *Tidskrift for rettsvitenskap* 1983, s 49 ff, avsnitt 4.2 (s 71 ff). A Peczenik, *Rätten och förnuftet*, 2 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 3.3.3 (s 138 ff).

5.4.1. Inledning

De ovan behandlade frågorna om de juridiska slutsatsernas korrekthet, motiveringssammanhang och godtagbarhet uppkommer såväl inom rättsdogmatiken som inom den praktiska juridiken. *Vetenskapsteorin* möjliggör deras djupare förståelse.

Det finns flera olika *rättsvetenskapliga* discipliner och metoder. Sådana rättsvetenskapliga ämnen som rättshistoria, rättssociologi, rättsekonomi och allmän rättslära tillämpar i stor utsträckning historiska, sociologiska, ekonomiska och filosofiska arbetsmetoder. Rättsvetenskapen omfattar emellertid i första hand *särskilda juridiska discipliner*, t ex civilrätt, offentlig rätt, straffrätt och processrätt. Varje särskild disciplin består huvudsakligen av *rättsdogmatik*, vars uppgift är att *tolka och systematisera gällande rätt*. (Dessutom kan en särskild juridisk disciplin omfatta olika rättshistoriska, rättssociologiska och andra perspektiv.)

Den *rättsdogmatiska systematiseringen* inkluderar teori- och begreppsbildning. Den kan exemplifieras med frågan om äganderättens övergång. Under en viss historisk period fanns i rättsdogmatiken endast sådana teorier som betraktade äganderätten som relaterad till ett bestämt subjekt och en viss tidpunkt. Vid köp var t ex först enbart säljaren och sedan enbart köparen att uppfatta som godsets ägare. Äganderätten ansågs i viss mån likna en substans, som man antingen innehade eller ej.

Tolkningen av alla lagar som behandlade äganderättens övergång, även i ett arvsrättsligt sammanhang (jfr 18 kap ärvdabalken), underkastades denna föreställning. Enligt en nyare teori kan däremot äganderätten överföras successivt. Det väsentliga är det rättsliga skyddet mot såväl motparten som tredje man. Ett sådant skydd kan existera även om man inte strikt upprätthåller distinktionen ägare/icke-ägare. Därför kunde man vid en viss tidpunkt betrakta t ex köparen eller arvtagaren som ägare ur en viss synvinkel, medan säljaren respektive dödsboet kvarstod som ägare ur en annan. Den nyare teorin innebär framsteg ur följande synvinkel. Teorins "ordförråd" har utökats på ett sätt som möjliggör fler distinktioner och följaktligen en mer nyanserad bedömning av olika rättsliga positioner.

Rättsdogmatiken använder en metod som delvis liknar den som används i *den praktiska juridiken*. Denna slutsats gäller trots följande skillnader. En rättsdogmatiker saknar rätt att fatta bindande beslut. Han uttalar sig i regel mer abstrakt än en praktiskt verksam jurist och är mindre inriktad på konkreta fall. Han laborerar med många exempel på både verkliga och tänkta situationer. Den mest djupgående skillnaden är att rättsdogmatiken ofta har anspråk att vara mer rationell, dvs motiverad på ett mer sammanhängande sätt än den praktiska juridiken. Likheten mellan rättsdogmatiken och den praktiska juridiken är emellertid långt viktigare: poängen är densamma, att tolka gällande rätt på ett sammanhängande och etiskt godtagbart sätt.

5.4.2. Juridikens grundantaganden och arbetsprogram

En slavisk tillämpning av olika vetenskapsteoretiska läror på juridiken leder främst av följande två skäl inte till några fruktbara resultat. Vetenskapens främsta mål är en sann beskrivning av verkligheten, medan juridikens mål som sagt är mer komplicerat. Dessutom är åtminstone naturvetenskapen universell medan juridiken främst är inriktad på en viss rättsordning.

Ändå är jämförelsen rätt intressant; den avslöjar likheter och skillnader mellan juridisk och övrig vetenskaplig argumentation.

A. Juridisk induktion?

Rättsdogmatiken föreslår ofta en generalisering av rättsregler genom en

s k juridisk induktion. Strukturen hos den juridiska induktionen kan belysas av följande exempel för en tänkt kortspelsklubb:

Premiss 1	Alla bridgespelare, canastaspelare, whistspelare och pokerspelare får söka medlemskap i klubben
Premiss 2	Alla bridgespelare, canastaspelare, whistspelare och pokerspelare är kortspelare
Slutsats	Alla kortspelare får söka medlemskap i klubben

Antag att premiss 1 upptas i klubbens stadgar. Kan slutsatsen uppfattas som en teoretisk sats om stadgarnas bokstav? En sådan sats skulle vara falsk: den skulle göra gällande, att stadgarna bokstavligt innehåller lokutionen "alla kortspelare får söka medlemskap i klubben".

Slutsatsen måste därför uppfattas som en praktisk sats: en ny regel. Medan den vetenskapliga induktionen motiverar generella påståenden, alstrar den juridiska induktionen generella regler. Den förra baserar sig på en föreställning om naturens ordning och den senare på en generell rättviseprincip: lika skall behandlas lika. Den juridiska induktionen skiljer sig således från den vetenskapliga.

Men det finns även vissa likheter. Varken den vetenskapliga eller den juridiska induktionen är någon deduktivt korrekt inferens — den induktiva slutsatsen säger mer än premisserna. Både den vetenskapliga och den juridiska induktionen ökar den ifrågavarande teorins generalitetsgrad och gör då dess motivering mer sammanhängande.

B. Juridiska hypoteser?

Man kan betrakta varje naturvetenskaplig teori som en hypotes, vilken får godtas så länge det inte bevisas, att den är falsk. Härmed skiljer sig den juridiska argumentationen från den vetenskapliga. Juridiska slutsatser är ofta praktiska satser, som saknar sanningsvärde: De kan varken vara sanna eller falska, utan blott korrekta eller inte korrekta.

Men det finns en likhet. Både de vetenskapliga och de juridiska slutsatserna får godtas så länge det inte föreligger en väl sammanhängande mängd motskäl, dvs skäl mot att de är sanna respektive korrekta.

C. Juridikens paradigm

Varje vetenskaplig disciplin baserar sig på vissa grundantaganden (*paradigm*), s a s på sin egen vetenskapsbild. Denna tes gäller även för rättsvetenskapen. Den juridiska argumentationens grundantaganden är följande:

1) *Gällande rätt.* Den juridiska argumentationen baserar sig på gällande rätt. Gällande rätt utgör sålunda juridikens forskningsobjekt.

2) *Rättskällor.* Det finns vissa rättskällor som etablerats i samhället och antingen är bindande eller äger stor auktoritet. Varje rättslig tolkning måste basera sig på någon rättskälla.

3) *Argumentationsnormer.* Den juridiska argumentationen styrs och bör styras av vissa argumentationsnormer. Dessa bestämmer juridikens arbetsmetod. Om en jurist inte följer sådana normer är hans tolkning inte rättslig fastän den kan vara intressant ur någon annan synvinkel.

Vi återkommer till dessa men följande exempel kan ges redan nu. Prejudikat och förarbeten bör beaktas vid domsmotivering. Bestämmelser vilka ålägger en person straff, skatt eller andra bördor får ej tolkas extensivt. Vid lagtolkning bör man ta hänsyn till lagens ändamål.

4) *Materiell rättssäkerhet.* Juristerna strävar efter en materiell rättssäkerhet, d v s utgår från att de juridiska slutsatserna bör vara såväl i hög grad förutsebara som i hög grad etiskt godtagbara.

Vetenskapernas grundantaganden är ofta vaga. Olika "paradigm" innebär olika tolkningar av en vetenskaps grundantaganden.

Likaledes är juridikens grundantaganden vaga. Vid olika tider och i olika länder förekommer skilda uppfattningar om gällande rätt, rättskällor, argumentationsnormer och rättssäkerhet. Man kan därför tala om juridikens olika *paradigm* eller åtminstone om olika *tolkningar* av de juridiska grundantagandena. Ett nytt paradigm kan avlösa det gamla. En förnuftig debatt mellan olika paradigms företrädare möter stora problem, eftersom ord ändrar mening och tillämpningsområde vid övergången från ett paradigm till ett annat. Det är inte säkert att t ex en traditionell rättsdogmatiker, som ägnar sig åt stringent lagtolkning och rättsfallsanalys, uppfattar begreppet "gällande rätt" exakt likadant som en "fri rättsvetare", inriktad på en samhällskritisk bedömning av lagens verkningar.

Det går emellertid inte att helt förkasta föreställningarna om gällande rätt, rättskällor, argumentationsnormer och rättssäkerhet, och ändå anse sig argumentera *juridiskt*.

Såväl vetenskapens som den juridiska argumentationens grundantaganden och paradigm baserar sig på forskarnas respektive juristernas *härskande uppfattning*, dvs konsensus eller m a o *enighet*.

D. Juridikens arbetsprogram

Ett bestämt juridiskt paradigm bildar en kärna kring vilken man kan utarbeta ett *rättsvetenskapligt forskningsprogram*.

Ett sådant forskningsprogram är fruktbart, om man på grundval av samma "teorikärna" fortsätter att skapa rättsvetenskapliga teorier och juridiska tolkningar som har en allt mer sammanhängande motivering och ett allt större innehåll, dvs förklarar en allt större mängd juridiska data. Härmed intar *motiveringskraven* 9 och 10, som avser teoriers omfång, en framträdande plats inom juridiken.

Juridiska data omfattar

— information om lagar och andra rättskällor;

— information om olika fakta, t ex fakta i ett föreliggande rättsfall;

— information om olika *prima-facie* värderingar som genomsyrar det ifrågavarande samhället; och

— information om vissa slutgiltiga avvägningar som utförts av lagstiftaren.

Den argumenterande juristens egna avvägningar har också en viss likhet med sådana data. I varje fall bearbetas de av juristen och förklaras i de teorier han lägger fram.

Ett rättsvetenskapligt forskningsprogram kan åtföljas av ett motsvarande arbetssätt inom den praktiska juridiken. Generellt kan man därför tala om olika juridiska arbetsprogram.

Ett juridiskt arbetsprogram *degenererar* när det inte längre på ett sammanhängande sätt producerar motiverade juridiska lösningar med allt större innehåll. Detta kan medföra att programmet byts ut mot ett nytt med en annan teorikärna.

Frågan om det föreligger något behov att skapa ett nytt juridiskt arbetsprogram är omstridd. Vissa rättsvetenskapliga forskare efterlyser t ex ett nytt angreppssätt på juridiska problem, eftersom den klassiska rättsdogmatiken enligt deras mening inte längre kan alstra någon sammanhängande tolkning och systematisering av vissa nya rättsområden, såsom arbetsrätt, socialrätt osv. Andra hävdar emellertid att den traditionella juridiken kan lösa de nya uppgifterna.

5.5. Om domens motivering

Litteratur
T Strömberg, *Inledning till den allmänna rättsläran*, 8 uppl Lund 1981, § 22 (s 146 ff). G Bergholtz, *Ratio et Auctoritas*. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål, Lund 1987, kap 5 (s 359 ff). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl Stockholm 1988, kap 18 (s 333 ff) och 24 (s 445 ff).

5.5.1. Olika motiveringstyper

Låt oss återvända till sammanhängande motivering inom den praktiska juridiken. Man kan, beroende på utförlighet och generalitet, skilja mellan följande grundtyper av domsmotiveringar.

1) En *skenbar motivering* är varken utförlig eller generell. Metoden förekom i Sverige under 1800-talet och fram till 1950-talet. Den förekommer fortfarande i viss utsträckning i t ex Finland och Danmark.

Som exempel kan man citera NJA 1954 s 268. En person med en anknytning till Bulgarien ansökte om att få lyfta ett belopp som nedsatts i Sverige för hans räkning. Den bulgariska staten bestred hans rätt att personligen få lyfta beloppet och påstod att betalningen skulle ske över ett svensk-bulgariskt clearingkonto och utanordnas till honom i Bulgarien. HD:s majoritet erkände den bulgariska statens talerätt utan någon annan motivering än att majoritetsledamöterna "funno hinder icke föreligga för prövning av bulgariska statens talan", varefter målet avgjordes på ett för denna stat förmånligt sätt.

Metoden gör domsmotiveringens grad av sammanhang mycket låg. Den är därför inte godtagbar, om inte övervägande skäl, såsom fallets ringa betydelse, tidsbrist eller annat, talar för dess tillämpning.

2) Den *enkla subsumtionsmetoden* är generell men inte utförlig. Domstolen presenterar beslutet som en logisk följd av en generell rättsregel och vissa fakta. I svåra fall är den anförda rättsregeln inte identisk med någon lagbestämmelse utan utgör en av flera möjliga tolkningar av en lag eller annan rättskälla; domstolen anger emellertid inte sina skäl för att just denna tolkning valts.

Metoden förekom ofta i Sverige under 1800-talet. Den dominerar fortfarande i Frankrike.

I många fall försökte domstolen pressa in hela argumentationen i en enda sats, med flera bisatser och domslutet som en slutsats ("enär... och enär... alldenstund..., så" osv). *Stig*

Strömholm citerar som exempel följande rättsfall: NJA 1875 s 489, 1876 s 458, 1877 s 334 och 1877 s 487.

Inte heller denna metod är godtagbar, om inte övervägande skäl talar för dess tillämpning. Visserligen uppfyller den *ett* krav på sammanhängande motivering, generalitet, men den åsidosätter *totalt* två andra, som kräver att argumenten är många och argumentkedjorna långa. Motiveringens korrekthet beror på avvägning mellan alla motiveringskrav. Om vissa åsidosätts totalt, måste andra beaktas i ännu högre grad.

3) *Faktametoden* (även kallad för protokollmetoden) är utförlig men inte generell. I domskälen finns påståenden om fakta men inga klart uttalade värdesatser eller normer. Domslutet sägs ofta följa av anförda fakta och "övriga omständigheter". Uttolkaren måste således själv identifiera de lagregler, argumentationsregler och andra premisser som i förening med anförda fakta leder till domslutet.

Metoden förekommer fortfarande i svensk underrättspraxis och i försäkringsöverdomstolen. Dess användning i hovrätterna tenderar att minska. I Finland förekommer den även i Högsta domstolen.

Metoden är inte godtagbar, om inte övervägande skäl talar för dess tillämpning. Skälet är detsamma som tidigare. Visserligen uppfyller den *ett* krav på sammanhängande motivering, argumentens mängd, men den åsidosätter *totalt* två andra, som kräver att argument är generella och argumentkedjor långa.

En både utförlig och generell motivering förekommer i två former:

4) *Dialogmetoden* består i att domstolen klart anger både de skäl (avseende fakta, normer och — ofta generella — värdeomdömen) som talar för och de som talar mot avgörandet samt tillägger, att i det konkreta fallet de förra väger tyngre.

Dialogmetoden förekommer ofta i de anglosachsiska länderna och i Norge. I Sverige kan den förekomma i bl a HD, bostadsdomstolen och kammarrätterna.

Jfr t ex RB 1978 38:78 där en utförlig argumentation avslutas med följande formulering: "En rimlig avvägning mellan de synpunkter som har anförts i det föregående ger enligt bostadsdomstolens mening till resultat att hyresförhållandet bör upplösas, om inte särskilda skäl talar mot det."

5) *Den rättsvetenskapliga metoden* består i att domstolen, efter att ha angivit skäl både för och mot avgörandet, modifierar de förra på så sätt att avgörandet kommer att framstå som en logiskt korrekt följd av dem. De normer och värdesatser som ingår i den premissmängd av vilken av-

görandet följer brukar då vara generella. Man försöker således formulera en klar prejudikatsregel.

Den rättsvetenskapliga metoden förekommer ofta i Tyskland men är inte heller sällsynt i svenska hovrätter eller i HD.

HD:s majoritet har t ex uttalat en omstridd och generell princip i NJA 1977 s 176: "I mål om utomobligatoriskt skadestånd råder inte sällan tvist om vad som orsakat den aktuella skadan. Ofta kan olika händelseförlopp vara fullt tänkbara och ettvart av varandra oberoende sakförhållanden framstå som möjlig skadeorsak. I sådana fall kan full bevisning i uttryckets egentliga bemärkelse knappast någonsin åstadkommas. Detta bör dock inte i och för sig utgöra hinder för bifall till skadeståndstalan. Om det sålunda i betraktande av samtliga i målet förekomna omständigheter framstår som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat har utgjort skadeorsaken, bör den skadelidandes påstående om händelseförloppet läggas till grund för domstolens avgörande..."

Jfr även NJA 1981 s 622. Även regeringsrätten har i vissa fall uttalat klara prejudikatsregler, se exempelvis RÅ 1978:1:19.

I det sammanhanget kan man även nämna det norska rättsfallet Rt 1975 s 290 då Höyesterett genom angivande av en klar prejudikatsregel nyskapade patients rätt att få ta del av sin sjukjournal.

Om inte övervägande skäl talar däremot är endast en både generell och utförlig motivering den korrekta, eftersom den i hög grad uppfyller kraven på sammanhängande motivering.

Man skall emellertid inte tro att en generell och utförlig motivering skänker avgörandet någon oemotståndlig kraft. Oavsett hur utförlig motiveringen är, följer ett avgörande av ett svårt rättsfall inte av en premissmängd som endast omfattar säkra satser och de satser som tas för givna inom det juridiska paradigmet. Man behöver även andra slags rimliga premisser. Om dessa kan man blott säga, att det inte är klart osannolikt, att de logiskt följer av ett antal satser som är inbördes förenliga och väl sammanhängande. Det är fullt möjligt att både en viss sats och dess negation är rimliga i denna bemärkelse.

5.5.2. Inte allt är möjligt

Hade såväl domstolarna som deras arbetsvillkor varit helt perfekta, skulle man kunna kräva att alla domar motiveras i enlighet med de ovan behandlade motiveringskraven, dvs såväl generellt som utförligt. I det verkliga livet talar emellertid följande skäl för att en mindre samman-

hängande motivering i vissa fall bör tillåtas.

1. En dom är korrekt endast om man kan anta att *några* personer, inte nödvändigtvis domarna själva, kan motivera den med en utförlig mängd generella premisser. En domare i prejudikatsinstansen kan ibland helt riktigt vara övertygad om att domen är rättvis, rimlig och klok, utan att han för den skull kan motivera övertygelsen. I vissa fall litar han mera på själva avgörandets korrekthet än på domskälen. Ur psykologisk synvinkel är det helt naturligt, eftersom en del av en människas handlingsskäl är omedvetna. En skicklig beslutsfattare kan följaktligen vara mindre klargörande än en rättsvetenskapsman på så sätt, att han inte själv kan formulera den bästa motiveringen.

2. Även om en domare försöker uttala sig så klart som möjligt kan en generell motivering skapa en alltför vidsträckt prejudikatsregel, tillämplig på vissa oförutsedda fall, vilka av andra skäl borde avgöras på ett annorlunda sätt.

3. En domare anser ofta att det inte ingår i hans uppdrag, utan i lagstiftarens, att formulera generella värderingar och normer.

4. I kollegiala domstolar kan det vara nödvändigt att finna en kompromissformulering, om vilken majoriteten kan ena sig. Inte sällan måste en sådan formulering vara en tämligen vag "hatt" och inte någon klar och utförlig motivering.

5. Domaren har slutligen på grund av sin arbetsbörda inte alltid tid att prestera en utförlig motivering.

Sådana praktiska skäl talar sålunda för den rättsteoretiska tesen, att en mindre sammanhängande domsmotivering i vissa fall bör tillåtas. De talar emellertid inte mot den generella teorin om sammanhängande motivering. Även den rättsteoretiska tesen måste nämligen *motiveras* i anslutning till motiveringskraven. Närmare bestämt måste det förhållandet att domskälen är mindre sammanhängande motiveras på ett sammanhängande sätt.

5.5.3. Varför bör domen motiveras?

I det moderna samhället finns en rad faktorer som pekar på att domskälen ändå bör vara tämligen utförliga och generella.

1. Det moderna samhället präglas av en minskad tro på auktoritet. Parterna är inte längre nöjda med att få en dom å Guds, konungens eller folkets vägnar utan vill ha *omedelbar tillgång till generella och utförliga skäl* som visar att domen är korrekt.

2. Domens utförliga och generella motivering säkrar överensstämmelsen mellan rättspraxis och lagen. Därmed främjas *demokratin*. En demokrati kan nämligen fungera endast om den lagstiftande församlingens beslut blir normerande för rättspraxis.

3. En utförligt motiverad dom uppfyller på ett direkt sätt kravet på *kontrollerbarhet*. Man vet m a o på vilka grunder den kan kritiseras. Kontrollerbarhet främjar domens objektivitet och därmed dess rättssäkerhet. Dessutom medför den att domaren själv kan kontrollera det egna resonemangets korrekthet.

4. Om domen således motiveras på ett sätt som möjliggör kritik och ändå inte vederläggs av kritiken, vinner den följaktligen stor tyngd som *prejudikat*. Motiveringens generalitet medför dessutom, att prejudikatet i relativt stor utsträckning blir vägledande. Därmed främjas ordning och *sammanhang* i regelsystemet.

5. En utförlig och generell motivering hjälper dessutom *parterna* att omedelbart avgöra om domen bör överklagas och gör det lättare att få rättelse om det är befogat.

Kapitel 6
Rättskälleläran

6.1. Sakskäl och auktoritetsskäl. Rättskällor

6.1.1. Sakskäl

Juridiska sakskäl utgörs av de satser vars innehåll kan stödja en juridisk slutsats. Stödet beror endast på dessa satsers innehåll, inte på andra omständigheter, sådana som att en viss person eller institution anfört dem. Juridiska sakskäl kan vara teoretiska satser, t ex om fakta i målet, eller praktiska satser, t ex etiska värdesatser.

Vissa juridiska sakskäl säger att en viss handling eller situation har värdefulla kausala följder. Det är t ex värdefullt att införa ett obligatorium för bilbälten och därmed minska antalet trafikolyckor.

6.1.2. Auktoritetsskäl

Om en argumentation endast bygger på sakskäl, utan att någon auktoritet — t ex lagens — vare sig åberopas eller åtminstone tas för given, är denna argumentation definitionsmässigt inte juridisk. Juridiken är oupplösligt förbunden med auktoritet.

Juridiska auktoritetsskäl utgörs av de satser som kan stödja en juridisk slutsats eftersom en viss auktoritet väger tyngre än enbart satsernas innehåll ger vid handen. Man kan t ex hävda att en lag skall följas oberoende av dess innehåll, därför att den har meddelats av riksdagen.

En juridisk slutsats följer i sådana fall av en premissmängd som anger ett visst *auktoritetsgrundande faktum*. Auktoritet kan t ex tillskrivas en bestämd människa men då måste det sägas varför hon skall anses ha en sådan auktoritet.

Auktoritetsskäl kan m a o stödjas på några djupare skäl. Dessa kan vara sakskäl eller ytterligare auktoritetsskäl.

— En människas auktoritet kan alltså grunda sig på ett sakskäl, t ex att hon besitter vissa *etiska kvaliteter.*

— En människas auktoritet kan också grunda sig på något ytterligare auktoritetsskäl, t ex på att ifrågavarande person har en viss *tjänsteställning* såsom domare. Då auktoritet tillskrivs en tjänsteställning krävs det ofta att befattningshavaren följer en viss *procedur*, t ex rättegångsföreskrifterna.

Ytterst kan auktoritetsskäl *alltid* stödjas med sakskäl. Den som t ex åberopar en doms auktoritet kan tillfrågas "varför skall man rätta sig efter domar?". Svaret på denna fråga kan åberopa en annan auktoritet, t ex lagens, men även denna kan ifrågasättas. Till slut måste ett sakskäl anföras eller förutsättas, sådant som "genom att följa lagar undviker man kaos".

Sådana bakomliggande sakskäl tas ofta för givna av juristerna. Det finns t ex sakskäl för slutsatsen att man skall följa grundlagen, men juristerna tar denna slutsats för given, utan någon som helst argumentering.

6.1.3. Rättskällor

Litteratur

S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, kap 15 (s 289 ff). J W F Sundberg, *Fr Eddan t Ekelöf*, Repetitorium om rättskällor i Norden, Stockholm 1978, avsnitt 6 (s 24 ff). T Eckhoff, *Rettskildelaere*, 2 uppl, Tano 1987, kap 1 (s 11 ff). H T Klami, *Introduktion till rättsteorin*, 4 uppl, Helsingfors 1987, 7 § (s 49 ff). J Bjarup, Retskildelaere, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1974, s 145 ff.

A. Källor till rättslig auktoritet

Källor till rättslig auktoritet ("materiella rättskällor") omfattar alla skäl som ger normer en rättslig auktoritet och rättslig innebörd.

— Rättslig auktoritet hos en viss norm kan t ex grunda sig på lagstiftarens vilja. Det är m a o korrekt att säga att lagstiftaren ville skapa denna norm. *Se* avsnitt 6.6.2 nedan!

— Rättslig auktoritet hos en norm kan även grunda sig på att det föreligger vissa seder och bruk.

— Slutligen kan rättslig auktoritet hos en norm grunda sig på att olika relevanta rättspolitiska och andra etiska sakskäl stödjer normen.

B. Begreppet formella rättskällor

Det är inte alltid lätt att fastställa innebörden hos en källa till rättslig auktoritet. Man kan t ex inte direkt iaktta lagstiftarens vilja. Det krävs m a o vissa skäl för att anta att lagstiftaren ville skapa den ifrågavarande normen. Därför behövs också formella rättskällor.

Formella rättskällor omfattar allt *material*

— som kan anses ha en upprinnelse i källor till rättslig auktoritet och

— som skall, bör eller åtminstone får beaktas (tas hänsyn till) i juridisk argumentation, t ex i den del av domskälen eller annan beslutsmotivering som berör rättsfrågor.

Ordet "beaktas" används i detta kapitel i följande mening.

Ett visst material har beaktats i ett resonemang om ett av följande alternativ föreligger:

1) Materialet har uttryckligen anförts, eller

2) Materialet har

— "tyst" förutsatts (tagits för givet) inom resonemanget, och

— det hade varit korrekt att anföra det.

Det senare alternativet innebär att materialet är relevant för resonemanget. M a o hade materialet kunnat anföras på ett korrekt sätt.

Detta material består först och främst av vissa *texter.* En lagtext, ett prejudikat eller ett uttalande i lagens förarbeten är en formell rättskälla.

Formella rättskällor omfattar också allt material som

— utgör ett bevis för innehållet i folkets *sedvänjor* och

— skall, bör eller åtminstone får beaktas i juridisk argumentation.

Vissa sedvänjor utgör alltså källor till rättslig auktoritet, medan ett material som auktoritativt visar deras innehåll utgör en formell rättskälla.

C. Rättskällebegreppets vaghet

För att undvika missförstånd måste följande påpekas. Begreppet "formell rättskälla" är vagt. Det kan bl a beteckna :

— enbart de texter som skall beaktas;

— de texter som skall eller bör beaktas;

— de texter som skall eller bör beaktas och *vissa* texter som får beaktas (t ex inhemsk doktrin men inte utländsk rätt);

— alla texter som skall, bör eller får beaktas; eller

— alla texter och annat material som skall, bör eller får beaktas.

Vi har valt den sista, mest vidsträckta preciseringen av det vaga uttrycket "formell rättskälla".

D. Informations- och kunskapskällor

Såväl källor till rättslig auktoritet som formella rättskällor är något annat än informations- och kunskapskällor om rättsreglers innebörd. De sistnämnda ger besked om källor till rättslig auktoritet och vidare om rättsreglernas innebörd. En viss text, t ex ett uttalande i lagens förarbeten, kan vara en formell rättskälla och, på en och samma gång, en informationskälla om såväl lagstiftarens vilja som lagens innebörd.

Begreppet "informationskälla" är emellertid mera vidsträckt än "formell rättskälla". Information om källor till rättslig auktoritet kan inhämtas inte endast av lagen, prejudikat och andra formella rättskällor utan även från massmedia, rättssociologiska undersökningar eller olika slags expertuttalanden, t ex av ekonomer. Informationskällans värde beror dels på dess sammanhang med annan information, dels på den ställning som informatören (såsom journalist, sociolog eller ekonom) har i samhället. Informationskällans värde är särskilt stort då informationen kommer från en person som har ett uppdrag inom lagstiftningsapparaten, t ex som sakkunnig.

De informationskällor som lagrats i datorer (t ex RI i Sverige och Finlex i Finland) behandlas inom rättsinformatiken.

I det följande diskuteras endast formella rättskällor och deras roll i juridisk argumentation.

6.2. Formella rättskällor

Litteratur

F Schmidt, Domaren som lagtolkare, *Festskrift f Herlitz*, Stockholm 1955, s 263 ff. A Peczenik, *Juridikens metodproblem*, Stockholm 1974 (2 uppl 1980), avsnitt 2.10 (s 48 ff). J Hellner, *Rättsteori*, Stockholm 1988, kap 5 (s 50 ff).

6.2.1. Inledning om rättskällenormer. Rättskällor som skall, bör, respektive får beaktas

I Sverige och Finland är rättskälleläran mycket flexibel i motsats till t ex den franska s k exegetiska skolan på 1800-talet, som förespråkade upp-

fattningen att alla rättsfrågor borde besvaras genom hänvisning till lagtexten.

Vissa *rättskällenormer* bestämmer olika rättskällors ställning i juridisk argumentation. I en dom från Skånska hovrätten uttrycktes kort och klart domstolarnas syn på rättskällelära och rättskällenormer:

"Domstols avgörande skall grundas på lag. Vid lagens tillämpning har domstol att fästa vikt vid motivuttalanden som riksdagen har godkänt. Kravet att rättskipningen såvitt möjligt skall vara enhetlig leder till att högsta domstolens avgöranden, om än ej formellt bindande, bör vägleda övriga domstolar..."

De viktigaste rättskällenormerna har följande innebörd.

(Rättskällenorm 1) *Lagar och andra föreskrifter skall* beaktas i juridisk argumentation.

Se t ex 1 kap 1 § 3 st regeringsformen och 1 kap 11 § den finska rättegångsbalken.

Rättskällenormen 1 utesluter inte att man i vissa fall får sätta en lag respektive en föreskrift ur spel och betrakta den som obsolet eller t o m sedvanerättsligt upphävd.

Även vissa andra rättskällor *skall* beaktas i juridisk argumentation, men endast om i lag eller annan föreskrift så påfordras.

a) Det material som auktoritativt visar innebörden av *sedvänjor*, särskilt handelsbruk, skall beaktas. I Finland gäller det generellt och i Sverige med avseende på vissa sedvänjor. Jfr t ex 1 § och 10 § 2 st avtalslagen och 1 § kommissionslagen.

b) Även *avtal* skall beaktas; jfr 1 § avtalslagen. Särskilt betydelsefulla är standardavtal, vilka ibland jämförs med ett helt rättssystem för sig. Stor betydelse har även kollektivavtal; jfr 1 § lagen om rättegång i arbetstvister.

(Rättskällenorm 2) Följande rättskällor *bör* beaktas inom den juridiska argumentationen:

a) *prejudikat*;

b) lagars *förarbeten*;

c) i Sverige det material som auktoritativt visar innebörden av vissa *sedvänjor* som är mycket väl förankrade i samhället, uttrycker generella rättsgrundsatser och/eller godtas av myndigheterna;

d) internationella *konventioner* som ligger till grund

för inhemsk lagstiftning liksom förarbetena och andra till respektive konventioner hörande tolkningsdata.

Jfr NJA 1983 s 3 (Tsesismålet), som rörde tolkningen av lagen (1973:1198) om ansvarighet för oljeskada till sjöss.

(Rättskällenorm 3) Följande rättskällor *får* beaktas inom den juridiska argumentationen:

a) olika slags *institutionella rekommendationer*, såsom följande:

— sådana generella rekommendationer som i Sverige riksskatteverkets anvisningar (men se även anmärkningen efter rättskällenormen 1), bokföringsnämndens anvisningar, konsumentverkets riktlinjer och bankinspektionens etikmeddelanden;

— vidare vissa rekommendationer som i Sverige uttalas av allmänhetens pressombudsman, pressens opinionsnämnd, radionämnden, näringslivets börskommitté, Sveriges advokatsamfund m fl;

b) olika slags *beslut*, såsom följande:

— domar, domstolsbeslut och olika myndigheters beslut vilka ej utgör prejudikat;

— prejudikat som inte direkt berör den tolkade lagtexten men ger besked om värderingar på angränsande rättsområden;

c) olika slags *material som står i samband med lagstiftning*, nämligen:

— förarbeten som inte direkt berör den tolkade lagtexten men ger besked om värderingar på angränsande rättsområden;

— lagförslag;

— upphävda lagar, i den mån de ger besked om värderingar som inte förlorat sin aktualitet;

d) den rättsvetenskapliga *litteraturen*;

e) *utländsk rätt*; dock med vissa begränsningar såsom hänsynen till svensk *ordre public*;

f) olika slags *informellt material*, däribland följande:

— material som visar innebörden av vissa *sedvänjor* förutom sådant som skall respektive bör beaktas; se rättskällenormerna 1 och 2;

— annat material som utvisar de inom olika samhällsgrupper härskande värderingarna; som sådan "bevisning" kan i begränsad omfattning tillåtas t ex olika slags uttalanden av personer som deltagit i lagstiftningsarbetet;

— olika slags sakskäl, däribland "sakens natur"; vissa etiska grundsatser; historisk kunskap om relevanta omständigheter vid lagens tillkomst osv.

Sakskälens relevans grundar sig i första hand på deras innehåll och inte på deras auktoritet. De besitter emellertid en viss auktoritet till följd av att rättsordningen tillåter att de *får* beaktas i juridisk argumentation. De kan därför betecknas som ett slags rättskällor.

6.2.2. Varför har vi en tredelning av rättskällor?

Tredelningen av de formella rättskällorna i sådana som skall, bör respektive får beaktas återspeglar rättskälleläror i många länder. Den tar nämligen hänsyn till följande omständigheter.

1. Vissa texter är formella rättskällor, andra är det inte. Visserligen kan man tänka sig ett rättssystem utan några formella rättskällor, dvs utan några texter som skall beaktas i juridisk argumentation. Men ett sådant system måste vara mycket primitivt. Ingen skriven lag skulle finnas i en sådant samhälle, inte heller skulle domar nedtecknas.

2. Vissa formella rättskällor är rättsligt bindande, andra är det inte. I Sverige och Finland är i princip endast den skrivna lagen bindande. Vi säger att de bindande rättskällorna *skall* beaktas inom den juridiska argumentationen.

Man kan tänka sig ett rättssystem i vilket endast en kategori rättskällor finns. Låt oss t ex anta att rättssystemet endast innehåller bindande lagar. Men med tiden skulle ett sådant system berikas med de andra kategorierna rättskällor, t ex prejudikat och doktrin.

Visserligen skulle alla skrivna rättskällor kunna uppfattas som bindande, men då skulle t ex den juridiska litteraturen likställas med lagen och kunna medföra vissa tvivelaktiga konsekvenser för demokrati och rättssäkerhet.

Det följer att åtminstone två slags rättskällor behövs, bindande och inte bindande.

3. Vissa formella rättskällor — fastän inte bindande — har en särskilt

stor auktoritet, som kommer nära den bindande lagens. De är s a s vägledande direktiv för rättstillämpningen. Vi säger att de *bör* beaktas inom den juridiska argumentationen. En sådan stark ställning har t ex prejudikat och lagars förarbeten.

Man kan tänka sig ett rättssystem, i vilket endast två kategorier formella rättskällor fanns, varav den ena t ex omfattade bindande lagar och den andra innehöll såväl prejudikat som den juridiska litteraturen. Men i många moderna stater har man i stället åberopat ett antal skäl för att ytterligare nyansera rättskälleläran, t ex genom att ge prejudikaten en något starkare ställning än litteraturen.

Det följer att åtminstone tre slags rättskällor behövs, bindande, vägledande och övriga; dvs sådana som skall, bör respektive får beaktas.

Rättskällelärans alltmer invecklade karaktär återspeglar samhällets växande komplexitet. Den moderna staten behöver många styrmedel.

6.2.3. Vad menas med "skall", "bör" och "får"?

Orden "skall", "bör" och "får" har i detta sammanhang en komplex innebörd, vilken delvis belyses av följande kommentarer.

1. De rättskällor som skall beaktas är bindande. Andra är det inte.

I Sverige och Finland kan åsidosättande av bindande rättskällor anses som tjänstefel. Åsidosättande av andra rättskällor har inte den konsekvensen.

2. De rättskällor som bör beaktas är inte bindande men om en domstol åsidosätter en sådan rättskälla kommer domen antagligen efter överklagande att ändras.

3. De rättskällor som skall beaktas är viktigare än de som bör beaktas. De sistnämnda är i sin tur viktigare än de som blott får beaktas. Begreppet "viktigare" innebär följande.

a) En viktigare rättskälla är ett *starkare juridiskt auktoritetsskäl* än en mindre viktig sådan.

En lag t ex är ett starkare auktoritetsskäl än en juridisk lärobok.

b) Rättskällehierarkin i denna mening är endast *provisorisk, prima-facie.*

Om en kollision uppstår mellan en viktigare rättskälla och en mindre viktig sådan, har den förra företräde, om inte övervägande skäl föreligger som kastar om denna prioritetsordning. Om någon sätter en mindre viktig rättskälla före en viktigare sådan, måste han följaktligen ge goda juridiska argument för detta.

Sådana skäl krävs t ex för att följa ett antal prejudikat i stället för lagens ordalydelse.

c) En *prima-facie* viktigare rättskälla kan emellertid väga lättare än ett *stort antal* mindre viktiga sådana.

Ett antal samverkande prejudikat *kan* t ex i vissa fall väga tyngre än lagtexten.

d) Ett motskäl som motiverar åsidosättande av en viktigare rättskälla måste vara starkare än det som räcker för att motivera åsidosättande av en mindre viktig.

Det är således lättare att t ex frångå lagens förarbeten än att åsidosätta lagtexten.

6.2.4. Mer om rättskällenormer

Litteratur

S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 2.1.3 (s 26 ff) och 10.4.6 (207 ff) om "hanteringsregler".

A. Rättskällenormers funktioner

Vi har nu behandlat vissa rättskällenormer. Dessa normer har följande funktioner:

1. De bestämmer olika rättskällors ställning i juridisk argumentation.

2. På så vis bidrar de till att göra argumentationen fullständig. I många fall är den juridiska argumentationen inte logiskt korrekt, eftersom den bygger på ofullständiga premisser. Genom att tillägga en rättskällenorm kan man ofta förvandla argumentationen till en logiskt korrekt slutledning.

3. Härmed bidrar rättskällenormerna till den juridiska argumentationens kontrollerbarhet, dvs till att en jurist kan kontrollera en annans argument och slutsatser.

— Den ene kan sålunda förvissa sig om den andre resonerar korrekt eller inte.

— Om olika jurister resonerar korrekt men ändå kommer till motstridiga slutsatser beror skillnaden på att de utgår från oförenliga premisser. Genom att framställa båda sidors argumentation som fullständig och logiskt korrekt kan man förvissa sig om vad oenigheten avser.

B. Rättskällenormers prima-facie *karaktär*

Rättskällenormerna har *prima-facie* karaktär: Varje rättskällenorm kan sättas ur spel i ett konkret fall om tillräckligt starka skäl motiverar det.

C. Vissa fakta bakom rättskällenormerna

1. Under sin studietid och framför allt i sin praktiska verksamhet möter varje jurist ständigt *exempel* på juridisk argumentation. Exemplen bildar ett underlag för generella hypoteser om hur rättskällorna faktiskt behandlas. Sådana hypoteser bekräftas av rättspraxis: För att kunna förstå juristernas argumentation måste man förutsätta att de rättar sig efter rättskällenormerna. I denna mening följs rättskällenormerna i argumentationspraxis.

2. Rättskällorna är dessutom relaterade till *begreppet* "juridisk argumentation". Det går inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dem och ändå argumentera *juridiskt*.

D. Rättskällenormernas motivering

Vissa rättskällenormer har en *sedvanerättslig ställning*. Därmed är de gällande rättsnormer.

Deras innehåll skiljer sig emellertid från andra slags rättsnormer: Rättskällenormerna säger hur man bör, skall eller får behandla olika rättskällor, däribland sådana som innehåller andra slags gällande rättsnormer. De kan därför kallas för rättsnormer om rättsnormer.

En norms giltighet är emellertid alltid beroende av en annan norm. För att meningsfullt tala om att en rättskällenorm är gällande måste man tänka sig en "övernorm" som bestämmer dess giltighet. Vilka normer bestämmer då att rättskällenormerna själva är gällande?

Antag t ex att någon säger följande: Rättskällenormen "prejudikat bör beaktas i juridisk argumentation" är sedvanerättsligt gällande. Frågar man "varför?" erhåller man följande svar "...eftersom juristerna brukar argumentera som om de hade rättat sig efter denna rättskällenorm". Förutsätter man då inte en annan rättskällenorm, nämligen "juristernas faktiska benägenhet att argumentera på ett visst sätt bör beaktas i juridisk argumentation"? Varför är sistnämnda norm gällande? Leder inte ett sådant synsätt till en oändlig regress?

Man måste därför anta att blott vissa rättskällenormer har sedvanerättslig karaktär. De yttersta normerna måste m a o grunda sig på något annat än gällande sedvanerätt. De kan t ex motiveras genom att man hänvisar till deras roll för demokrati och rättssäkerhet. Tradition och dyrköpt historisk erfarenhet spelar här en viktig roll.

E. De sedvanerättsliga rättskällenormernas dignitet inom rättsordningen

När det gäller de rättskällenormer som har sedvanerättslig karaktär kan frågan ställas om deras dignitet inom rättssystemets "avsatsbyggnad". Svaret på denna fråga är invecklat. Man måste skilja mellan följande synvinklar.

1. En *logisk synvinkel*. De sedvanerättsliga rättskällenormerna befinner sig "en trappa högre upp" än lagen och andra rättskällor. De är nämligen "hanteringsnormer", som bestämmer hur rättskällorna bör användas.

2. En *lagstiftningssynvinkel*. Genom en lagändring kan rättskällenormerna ändras. En lag kan t ex förbjuda åberopande av förarbeten. På så vis måste rättskällenormernas dignitet uppfattas som lägre än vanliga lagars.

3. En *argumentationssynvinkel*. Å andra sidan kan rättskällenormerna användas till att på ett mer djupgående sätt motivera lagars ställning såsom en rättskälla som skall beaktas inom de juridiska argumentationen. Med andra ord kan lagars giltighet stödjas på rättskällenormerna. Sålunda betraktad är rättskällenormernas ställning högre än lagens.

Självfallet stöder grundlagen slutsatsen att lagar skall beaktas (jfr 1 kap 1 § 3 st regeringsformen). Inom det juridiska paradigmet tas grundlagens giltighet för given; man behöver då inte några rättskällenormer för att motivera lagars ställning. Men då man går över till juridikens djupgående, moralpolitiska rättfärdigande, måste man även besvara frågan varför grundlagarna skall följas. På denna nivå måste man åberopa eller förutsätta den s k grundnormen (se avsnitt 2.6.2 ovan!) vilken kan uppfattas som en särskild rättskällenorm.

6.3. Lagar och andra föreskrifter

Litteratur

U Bernitz, L Heuman, M Löfmark, H Ragnemalm, C M Roos, P Seipel och A Victorin, *Finna rätt — Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Stockholm 1985, kap 3 (s 65 ff). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, kap 16 (s 302 ff).

Rättskällenorm 1 kräver att lagar och andra föreskrifter *skall* beaktas i juridisk argumentation; jämför 1 kap 1 § 3 st i den svenska regeringsformen: "Den offentliga makten utövas under lagarna".

Uttrycket "andra föreskrifter" betecknar de normer som enligt grundlagen meddelas

a) av regeringen, främst i fråga om verkställighet av lag eller med stöd av riksdagens bemyndigande;

b) av kommuner; och

c) av underordnade myndigheter med stöd av regeringens delegation.

I vissa fall får t ex det svenska *riksskatteverket* med lagstöd meddela bindande föreskrifter, vilka skall beaktas. Motsvarande kan gälla andra centrala myndigheter inom deras respektive kompetensområden.

Lagstiftningens dominerande ställning kan motiveras i anslutning till begreppen *demokrati* och *rättsstat*. Lagar skapas sålunda av den demokratiskt valda riksdagen. Dessutom uppvisar de följande egenskaper som är relevanta för *rättsstaten*:

— De innehåller generella handlingsregler som bestämmer rätt exakt vad som är påbjudet, tillåtet eller förbjudet.

— Deras giltighet är i princip oberoende av utomrättsliga regler och giltighetskällor.

— De skapar vissa institutionella fakta, sådana som t ex rättsligt bindande avtal, äktenskap, medborgarskap m m.

— Lagar bidrar till en hög grad av formell rättssäkerhet, d v s rättsliga beslut som subsumeras under en lagregel är förutsebara och inte godtyckliga. Förutsebarheten främjas av det faktum att lagreglerna offentliggörs och tillämpas på ett öppet sätt.

— Lagar tolkas ofta av professionella jurister som använder särskilda begrepp och argumentationsmetoder.

Rättsstaten kan inte existera utan generella regler, rättsliga institutioner, formell rättssäkerhet och juridiska begrepp. Lagstiftningen är det bästa medlet för att skapa dessa betingelser för en rättsstat.

6.4. Sedvana

Litteratur

U Bernitz, L Heuman, M Löfmark, H Ragnemalm, C M Roos, P Seipel och A Victorin, *Finna rätt — Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Stockholm 1985, avsnitt 6.3 (s 144 ff). J Hellner, *Rättsteori*, Stockholm 1988, avsnitt 8.3 (s 88 ff). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 11.3.2 (s 216 ff). J W F Sundberg, *Fr Eddan t Ekelöf*, Repetitorium om rättskällor i Norden, Stockholm 1978, avsnitt 56 (s 170 ff). T Eckhoff, *Rettskildelaere*, 2 uppl, Tano 1987, kap 10 (s 209 ff). H T Klami, *Introduktion till rättsteorin*, 4 uppl, Helsingfors 1987, s 56—60. H T Klami, *Föreläsningar över juridikens metodlära*, 2 uppl, Uppsala 1989, avsnitt IV.3 (s 87 ff).

Rättskällenormerna 1—3 kräver som sagt att vissa sedvänjor skall, bör eller åtminstone får beaktas i juridisk argumentation. Sedvanerätten utgör samhällets äldsta försvar mot det kaos som lätt kan uppstå till följd av olika intressekonflikter. Medborgarnas etiska omdöme är tyvärr inte tillräckligt som ett ordningsskapande medel.

Sedvanan ökar förutsebarheten i samhället, då den behandlar likartade fall på samma sätt, och därför kan inte endast lagstiftningen utan även sedvanerätten bidra till att skapa olika betingelser för såväl demokrati som rättsstat.

Sambandet med demokratin är visserligen inte klart. Under medeltiden kunde sedvanerätten emellertid ofta skydda medborgarna mot överhetens förtryck. Den har inte gett folket all makt men väl förhindrat dess totala maktlöshet. Det är naturligt att olika moderna diktaturer kännetecknats av djup misstro mot folkets sedvänjor.

Sambandet med rättsstaten är inte heller uppenbart men följande måste beaktas: Sedvanerättens giltighet är i princip oberoende av utomrättsliga regler och giltighetskällor, t ex religiösa sådana. Den har under lång tid skapat olika institutionella fakta, såsom t ex rättsligt bindande avtal, äktenskap m m. Rättsliga beslut som följer sedvanan är förutsebara och inte godtyckliga. Förutsebarheten främjas av det faktum att sedvanan är allmänt känd.

Men vilken sedvana bildar en sedvane*rätt*? För att besvara denna fråga måste man skilja mellan följande företeelser:

A1. Sedvana i en vidsträcktare mening består i allt slags *regelbundet mänskligt handlande*.

A2. Sedvana i en snävare mening består i endast ett sådant regelbundet handlande som uttrycker eller motiverar en *övertygelse om att man bör* handla på just det sättet.

Vi intresserar oss endast för den senare typen av sedvana.

Sedvanans rättsliga betydelse står i samband med domstolars och myndigheters praxis. Därför behöver man följande distinktion:

B1. Sedvanerätt i egentlig mening består i *de enskildas sedvana* i den mån den skall eller bör beaktas i juridisk argumentation. I denna mening uppstår sedvanerätten bland enskilda medborgare. Sedvanan blir sedvane*rätt* då den genom praxis godtas av domstolar och andra myndigheter. Den hör då till den officiella rättsliga ideologin i samhället.

B2. Sedvanerätt i en annan mening består i alla slags *fast praxis*, utbildad inom domstolar och andra myndigheter. Sedvanerätt i denna bemärkelse skapas av myndigheterna. Ett sådant språkbruk lanserades bl a inom uppsalaskolan. Vi kommer emellertid inte att kalla en sådan praxis för sedvanerätt utan helt enkelt för "praxis".

Sedvanans ställning är inte enhetlig.

a) Som sagt finns det i svensk lag exempel på *lagstöd* för slutsatsen, att vissa sedvänjor, särskilt handelsbruk, *skall* beaktas i juridisk argumentation (se avsnitt 6.2.1 ovan). I Finland stadgar 1 kap 11 § rättegångsbalken att domaren skall döma efter sedvana om det inte finns någon tillämplig lagbestämmelse och om sedvanan är rimlig.

b) Dessutom *bör* man ta hänsyn till framför allt tre sorters sedvana:

— en sådan som är både rimlig och väl förankrad i samhället, vissa yrkesgrupper eller delar av landet;

— en sådan som uttrycker vissa generella etiska principer; och

— en sådan som i myndigheternas fasta praxis behandlas som ett auktoritetsskäl.

Dessa olika arter av sedvanerätt är självfallet inte oberoende av varandra. En väl förankrad sedvana brukar sålunda både uttrycka vissa etiska grundsatser och godtas av myndigheterna.

c) Vissa slags sedvänjor *får* beaktas i juridisk argumentation. Det är emellertid svårt att säga något generellt om deras karaktär och innehåll.

Slutligen finns det säkerligen sedvänjor som inte alls får beaktas (såsom beteenden inom vissa kretsar med anknytning till 8 kap brottsbalken).

Den normativa frågan varför sedvanerätten bör beaktas kan besvaras genom etisk argumentation, vilken bl a tar hänsyn till att medborgarna väntar sig att en väl förankrad och rimlig sedvana respekteras. Sedvanans auktoritet ökar dessutom då den bekräftas av lagen, jfr t ex 1 kap 11 § i finska rättegångsbalken. En institutionell fastställelse av sedvanans innehåll kan också bidra till dess auktoritet. Förekomsten av handelsbruk t ex fastställs efter utredning av Svenska handelskammarför-

bundets responsnämnd.

En särskild fråga avser rättskällenormer. Dessa är förankrade både i juristernas sedvana och juridiska begrepp. Vi har redan behandlat frågan huruvida de kan uppfattas som ett särskilt slag av sedvanerätt.

6.5. Prejudikat

Litteratur

U Bernitz, L Heuman, M Löfmark, H Ragnemalm, C M Roos, P Seipel och A Victorin, *Finna rätt — Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Stockholm 1985, kap 5 (s 109 ff). J Hellner, *Rättsteori*, Stockholm 1988, kap 7 (s 74 ff). G Bergholtz, *Ratio et Auctoritas*. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål, Lund 1987, kap 5 (s 359 ff). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, kap 18 (s 333 ff). J W F Sundberg, *Fr Eddan t Ekelöf*, Repetitorium om rättskällor i Norden, Stockholm 1978, avsnitt 31 (s 90 ff), 35 (s 105 ff), 52 (s 152 ff) och 83 (s 255 ff). T Eckhoff, *Rettskildelaere*, 2 uppl, Tano 1987, kap 7 och 8 (s 133 ff). W E v Eyben (red), *Juridisk grundbog 1 — Retskilderne*, 4 uppl, Köpenhamn 1988, § 3 (s 64—101). H T Klami, *Föreläsningar över juridikens metodlära*, 2 uppl, Uppsala 1989, avsnitt IV 3 (s 87—100).

6.5.1. Inledning

Ett prejudikat är ett avgörande av ett konkret fall, som blir ett auktoritativt mönster för framtida avgöranden.

Följande rättskällenorm är godtagbar inom den svenska och finska rättskälleläran:

(Rättskällenorm 4)

a) De högsta domstolsinstansernas avgöranden (såsom högsta domstolens, regeringsrättens, arbetsdomstolens, bostadsdomstolens, marknadsdomstolens och försäkringsöverdomstolens) *bör* beaktas i juridisk argumentation i väsentligt liknande fall, såväl i rättspraxis som inom rättsvetenskapen.

b) Sådana domstolars avgöranden som hovrätternas, kammarrätternas, försäkringsrätternas m fl *får* beaktas vid all slags juridisk argumentation i väsentligt liknande fall.

c) Dessutom *bör* ett sådant avgörande (punkt b ovan) beaktas i framtida, väsentligt likartade mål inför den

domstol som fällt avgörandet, liksom inom rättsvetenskapen.

Se även kollisionsnorm 10 (avsnitt 6.9.2 nedan) om rangordning av olika prejudikat!

6.5.2. Ratio decidendi

Hur är det då möjligt, att en rättsordning som grundar sig på en ständig kopiering av gamla avgöranden ändå kan ändras?

Självfallet kan rättsordningen ändras genom lagstiftning, men det finns även exempel på att praxis ändrats utan lagstiftningsmaktens ingripande. En ändring kan också ske medelst en särskild procedur (pleniavgörande jämlikt 3 kap 5 § rättegångsbalken), men de flesta ändringar inträffar utan att denna procedur tillämpas.

Frågan kan besvaras genom påpekandet, att ett prejudikat endast bör följas om det avser ett likartat fall, och intet fall är helt likt ett annat.

Ett rättsfall (NJA 1937 s 1) stöder t ex grundsatsen att skulder i främmande myntslag kan infrias enligt sitt nominella värde oavsett inflationen, förutsatt att de främmande sedlarna (i detta fall dollar) i myntlandet utgör lagligt betalningsmedel. I ett annat fall (NJA 1952 s 382) ansåg däremot HD polska zloty — vilka enligt polsk lag var lagliga betalningsmedel — under vissa omständigheter inte utgöra betalningsmedel i Sverige. Det sistnämnda fallet stöder sålunda inte den nominalistiska grundsatsen utan dess motsats, den valoristiska. Såsom skäl angavs bl a att zloty inte, enligt polska lagar, fick införas till Polen. Det djupare skälet måste ha varit att zloty till följd av utförselförbudet inte utanför Polen kunde avyttras enligt den officiella växelkursen. Läget är självfallet ett helt annat när det gäller dollar.

Vilken mening har då normen att prejudikat bör följas? Kan man ändå alltid undgå att följa ett prejudikat? Givetvis inte. Prejudikat bör följas i de efterföljande fall som *väsentligen* liknar prejudikatsfallet.

Med en anglosachsisk terminologi kan man säga, att de väsentliga egenskaperna hos prejudikatsfallet utgör dess *ratio decidendi*; övriga domskäl utgör *obiter dicta*. *Ratio decidendi* omfattar således de skäl som är nödvändiga för prejudikatsfallets utgång. M a o skulle utgången blivit annorlunda om de hade ändrats. Varje användning av ett prejudikat som ett mönster för framtida avgöranden är egentligen en generalisering av prejudikatet till en prejudikatsregel som säger att alla fall med samma

ratio decidendi bör avgöras på samma sätt.

Vad bör då betraktas som prejudikatsfallets väsentliga egenskaper? Inget generellt svar på denna fråga kan ges utan man måste i det konkreta fallet utföra en avvägning mellan följande slags *rationes decidendi*:

— Ett anfört *ratio decidendi* omfattar de omständigheter som anförts i prejudikatets domskäl.

— Ett konstruerat *ratio decidendi* omfattar de omständigheter som (a) inte anförts i prejudikatets domskäl men borde ha anförts och (b) är såtillvida nödvändiga för prejudikatsfallets utgång, att denna skulle varit annorlunda om de hade ändrats. Ett konstruerat *ratio decidendi* framgår ofta bäst då man sammanställer en serie prejudikat, helst tillkomna under en längre tidsperiod.

Denna avvägning ställer sig olika i olika fall, inte minst på skilda rättsområden och i olika tider, beroende bl a på etiska värderingar, processrättsliga regler mm. Ett enkelt exempel från AD anförs nedan.

I rättsfallet AD 1976 nr 101 hade, i ett anställningsavtal mellan ett schweiziskt bolag och en svensk arbetstagare avseende arbete åt bolaget i Sverige, parterna i en särskild (prorogations)klausul anvisat domstol i en schweizisk stad som forum för alla ur avtalet framgående stridigheter. Sedan arbetstagaren, som var oorganiserad, blivit uppsagd, väcktes talan mot bolaget i tingsrätt med yrkande bl a om ogiltigförklaring av uppsägningen. Fråga uppkom då om tingsrätten på grund av prorogationsklausulen saknade behörighet att ta upp målet till prövning. Arbetsdomstolen, som efter fullföljd prövade frågan, yttrade i sina domskäl:

"Parterna är ense om att punkt... i anställningsavtalet har den innebörden att tvisten i målet skall hänskjutas till schweizisk domstol och att part skall vara hindrad att få tvisten prövad vid domstol i Sverige. Arbetsdomstolen har med hänsyn härtill att pröva huruvida anställningsavtalet i den ifrågavarande delen har denna verkan. Enligt svensk rätt gäller som princip på det internationellt processrättsliga området att ett avtal varigenom domstol i utlandet görs ensam behörig att avgöra framtida tvist som rör visst rättsförhållande (ett s k prorogationsavtal) i allmänhet tillerkänns verkan och innebär rättegångshinder i Sverige. Bestämmelsen i 2 kap 2 § arbetstvistlagen att i arbetstvist i allmänhet arbetsgivaren får sökas vid tingsrätten i den ort där arbetstagaren har sitt hemvist medför inte att prorogationsavtal i tvist om tillämpning av anställningsskyddslagen skulle vara ogiltigt enligt 3 § första stycket anställningsskyddslagen.

I detta fall föreligger emellertid omständigheter som enligt arbetsdomstolens mening bör föranleda avsteg från huvudregeln om prorogationsavtals rättsliga verkan. Arbetstagaren är *svensk medborgare* som är *bosatt i Sverige* och som anställts och faktiskt utfört arbete på en *arbetsplats här i landet*. Det föreligger alltså stark anknytning till svensk arbetsmarknad, medan nämnvärd anknytning till Schweiz saknas. Tvisten rör *tvingande* bestämmelser i anställningsskyddslagen. Denna lag utgör en *social skyddslagstiftning*. Dess bestämmelser har tillkommit för att ge arbetstagaren trygghet i anställningen. Ar-

betstagarens skyddsintresse blir enligt arbetsdomstolens mening inte tillgodosett i tillräcklig utsträckning enbart genom att anställningsskyddslagens materiella regler tillämpas på tvisten. Ytterligare krävs att arbetstagaren har möjlighet att få tvisten prövad vid domstol här i landet. Arbetsdomstolen finner därför att tingsrätten är behörig att handlägga tvisten."

Arbetsdomstolen fäste vikt vid vad som kursiverats ovan:

1. Svensk medborgare
2. Bosatt i Sverige
3. Arbetsplats här i landet
4. Tvingande bestämmelser
5. Social skyddslagstiftning.

Utgörs nu *ratio decidendi* av alla dessa fem faktorer, d v s skulle utgången nu blivit densamma om en eller flera av dessa omständigheter saknats? Ja, nog måste man väl tro att faktor 1, att arbetstagaren var svensk medborgare var utan betydelse. Alla arbetstagare som är bosatta i Sverige bör väl ha samma rättsskydd. Således skulle den omständigheten vara ett *obiter dictum* och inte ett nödvändigt skäl för utgången. Detta är då en enkel illustration på skillnaden mellan *ratio decidendi* och *obiter dictum*.

6.5.3. Vissa skäl för och mot att prejudikat bör följas

Följande sakskäl talar för att prejudikat bör följas.

1. Prejudikat bör följas eftersom man därigenom bidrar till rättstillämpningens *uniformitet* och därmed ökar dess rättssäkerhet, dvs både förutsebarhet och etiska godtagbarhet.

2. Genom att följa prejudikat kan domstolen vidare undvika att på nytt behöva bedöma alla skäl för och mot ett visst avgörande.

Ytterligare sakskäl talar för att *de högsta instansernas* prejudikat bör följas.

3. Den högsta instansen förfogar över högklassig kompetens, rimlig tid och bra underlag, såsom t ex revisionssekreterarnas förberedande arbete och underinstansernas utredning.

4. Det är rätt sannolikt att en dom som strider mot en högsta instans' tidigare avgörande överklagas och ändras.

Vissa sakskäl talar emellertid *mot* en mycket stark prejudikatbundenhet.

1. Genom prejudikat kan de högsta domstolsinstanserna faktiskt skapa generella rättsregler och därigenom beröva lagstiftaren en del av hans makt.

2. Den sålunda ökade domarmakten kan i extrema fall uppfattas som mindre demokratisk, eftersom yrkesdomare inte är folkvalda.

3. En klar lagregel ger ett bättre underlag än ett prejudikat för den rättsäkra förutsägelsen av framtida avgöranden.

I dagens Sverige och Finland väger skälen för att följa prejudikat tyngre än motskälen. Ingen fara föreligger för att balansen mellan den dömande och den lagstiftande makten rubbas till den förstnämndas fördel.

6.5.4. Prejudikatens roll

Prejudikat är inte juridiskt bindande men bör beaktas i juridisk argumentation (jfr rättskällenorm 2 ovan). Prejudikat följs regelbundet i svensk rättpraxis och har stor betydelse för rättsvetenskapen. En lägre rätt går emot den högsta instansens prejudikat i princip endast då den vill ge överinstansen en möjlighet att ompröva sin praxis, t ex därför att det ifrågavarande prejudikatet anses strida mot en lag, mot dess förarbeten eller mot något annat av den högsta instansen uppställt prejudikat.

Tesen att prejudikat inte är bindande uttalades i Sverige i följande sammanhang. Då JO anmärkt mot en underrättsdomare som inte följt ett plenaravgörande, uttalade riksdagens första lagutskott år 1947 att "endast tyngden av de skäl, som av HD åberopats till motivering för domsluten bör vara avgörande för HD:s inflytande på rättstillämpningen i de lägre instanserna".

En livlig debatt följde, varvid *Folke Schmidt* uttalade följande: "Den svenska domaren följer prejudikaten just därför att de härrör från högsta domstolen. Detta gör han även när han menar att ett annat avgörande i och för sig skulle ha varit lämpligare. Endast om starka grunder tala för att han bör döma i saken på ett annat sätt än prejudikatet anvisar, aktualiseras frågan att pröva *tyngden* av de skäl som av högsta domstolen åberopas."

Prejudikatets roll i den svenska rättskälleläran är i viss utsträckning lagreglerad. Enligt 54 kap 10 § rättegångsbalken samt 36 § förvaltningsprocesslagen meddelas prövningstillstånd först och främst, om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas av HD respektive regeringsrätten. Av förarbetena till dessa stadganden framgår att man velat förstärka de högsta instansernas prejudikatbildande funktion. 3 kap 5 § rättegångsbalken och 5 § 1971 års lag om allmänna förvaltningsdomstolar ger dessutom en möjlighet — fastän ingen skyldighet — att hålla plenarsammanträde med HD respektive regeringsrätten i dess helhet eller med tolv ledamöter, då någon avdelning uttrycker en mening som avviker från en rättsgrundsats eller en lagtolkning som förut varit

antagen av domstolen. De avgöranden som tillkommit i plenum bör *prima-facie* utöva ett större inflytande än andra prejudikat.

Prejudikatens roll har sina historiska anor. I den romerska rätten spelade sedan 200-talet före Kristus pretorns edicta en avgörande roll för rättsutvecklingen. I kanonisk rätt var både påvens personliga domar och fast rättspraxis bindande. I den svenska 1600-talsstaten tillerkändes ännu prejudikaten en betydande roll, måhända större än tidigare. Senare inträdde dock en tid av prejudikatfientlighet. I Danmark sades år 1672 att "praejudicatum gör ingen lov", och i Sverige uttalades år 1803 att rättskipningen "bör vara grundad på beskrivna lagar, men ej på tillfälliga domslut". I preussiska lanträtten från 1794 fanns det ett uttryckligt förbud mot att taga hänsyn till prejudikat.

Men under 1900-talet har prejudikatens roll återigen blivit större. I de flesta europeiska länder är prejudikat vägledande, ehuru inte bindande. Avgöranden som fattats av landets högsta domstols plenum har en särskilt stor betydelse t ex i Västtyskland och Polen. I de anglosachsiska länderna är prejudikat som bekant bindande. I England har således lägre domstolar en skyldighet att följa domar från House of Lords och Court of Appeal, även om House of Lords (sedan 1966) inte längre har någon absolut skyldighet att följa sina egna avgöranden.

Rättsläget i Finland liknar det svenska. Fastän det har inträffat, om också sällan, att åtal väckts till följd av att en domstol inte följt prejudikat anser man inte dessa bindande. Prejudikatens auktoritet varierar dessutom beroende på rättområde. Medan de spelar en stor roll i t ex skatterätten, är deras betydelse inom civilrätten något mindre.

Även i Danmark och Norge är läget ganska likartat; jfr t ex den danska domen U 1984, 848, som uttryckligt motiverades med hänvisning till höjesteretsdomen i U 1981, 473 H. Det senaste norska fall, då en lägre domstol medvetet avvikit från ett prejudikat från Höyesterett är en dom från Kristiania overrett i Rt 1910 s 476.

6.6. Förarbeten

Litteratur

U Bernitz, L Heuman, M Löfmark, H Ragnemalm, C M Roos, P Seipel och A Victorin, *Finna rätt — Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Stockholm 1985, kap 4 (s 87 ff). J Hellner, *Rättsteori*, Stockholm 1988, avsnitt 6.3.4 (s 66 ff) och 8.2 (s 87—88). F Schmidt, Domaren som lagtolkare, *Festskrift f Herlitz*, Stockholm 1955. S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, kap 17 (s 319 ff). J W F Sundberg, *Fr Eddan t Ekelöf*, Repetitorium om rättskällor i Norden, Stockholm 1978, avsnitt 77—80 (s 232 ff). H T Klami, *Föreläsningar över juridikens metodlära*, 2 uppl, Uppsala 1989, avsnitt IV 2 (s 82—87). T Eckhoff, *Rettskildelaere*, 2 uppl, Tano 1987, kap

3 (s 57 ff). P Bratt och H Tiberg, Domare och lagmotiv, *Svensk Juristtidning* 1989, s 407 ff. Å Lögdberg, Betydelsen av uttalanden i en lags förarbeten, *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1986, s 228 ff. S Bergström, Hur bör förarbeten användas vid tolkning av skattelag, *Skattenytt* 1984, s 309 ff. U Bernitz, För korta utredningar, *Affärsrätt* 1/1984, s 17. W E v Eyben (red), *Juridisk grundbog 1 — Retskilderne*, 4 uppl, Köpenhamn 1988, § 2 (s 22—63). K Olivecrona, *Rättsordningen*, 2 uppl, Lund 1976, s 100 ff. J Evers, *Argumentationsanalys för jurister*, 2 uppl, Lund 1976, s 47 ff ("Intentionstolkning").

6.6.1. Inledning

Lagförslag åtföljs av och propositioner innehåller i regel motivuttalanden, som närmare utvecklar grunderna för lagstiftningsprodukten i fråga. Betänkanden och propositioner innehåller i regel en allmän del med allmän motivering och en specialmotivering med motivuttalanden till enskilda bestämmelser.

Ett djupgående skäl för att inom juridisk argumentation beakta lagens förarbeten är att de uttrycker "lagstiftarens vilja" eller, mera korrekt uttryckt, belyser lagens ändamål (*ratio legis*).

Idéen att lagtolkningens huvudsyfte är att ur lagens ord utläsa lagstiftarens vilja uttalades bl a år 1750 av C H Eckhardus: "Tolkning är inget annat än att deklarera författarens mening på grund av hans ord och åsikter". Under 1800-talets första hälft uttrycktes denna idé av bl a Thibaut och Savigny; under seklets andra hälft av bl a Windscheid och i början av 1900-talet av Bierling.Intentionstolkningen baserade sig emellertid ofta på andra grunder än lagens förarbeten. Före första världskriget var förarbetenas betydelse ganska ringa.

6.6.2. Är intentionstolkningen möjlig?

Innan förarbetenas betydelse behandlas närmare, måste man ta ställning till den klassiska kritik som riktats mot intentionstolkning över huvud taget.

1. Man kan inte förstå begreppet "lagstiftarens vilja" på så sätt, att lagstiftaren skulle vara identisk med *en* enda individ, som med sin vilja på en och samma gång omfattar hela rättsordningen; det finns väl inte någon sådan individ.

2. Lagstiftningsmakten utövas som bekant i första hand av riksdagen. Ändå beaktas kommittébetänkanden och promemorior i högre grad än

anförandena i riksdagsdebatten eller diskussioner i utskottsbetänkandena. Kritikerna anser det vara anmärkningsvärt, att just de förra uppfattas som ett uttryck för lagens ändamål.

Kritiken kan bemötas på följande sätt. "Lagstiftarens vilja" är ett teoretiskt begrepp, inte ett psykologiskt sådant. Ordet "vilja" används inte i en bokstavlig bemärkelse. Det räcker att lagens ändamål härleds ur en premissmängd som innehåller en hypotes om olika i lagstiftningsprocessen deltagande personers viljor.

3. En annan invändning är följande. I vissa undantagsfall kan bevis finnas för att förarbeten inte stämmer överens med sina författares verkliga avsikter. Men även i sådana fall betraktar juristerna förarbetena som ett bevis för lagens ändamål. Kritikerna hävdar därför att "lagens ändamål" i dessa fall är en fiktion.

Förarbeten bör emellertid beaktas i juridisk argumentation, därför att de *i regel* uttrycker de verkliga avsikterna hos de i lagstiftningsarbetet deltagande personerna. Med hänsyn till rättssäkerheten bör man därför *alltid* utgå från att så är fallet, om inte klara skäl talar för motsatsen. Om någon gör gällande att förarbetena inte uttrycker de verkliga åsikterna, har han argumentationsbördan.

6.6.3. Lagens ändamål

Lagens ändamål är sålunda inte uttryck för någons vilja utan en rationell konstruktion som kan ha stöd i lagens förarbeten.

— Lagens ändamål är *inte identiskt* med någon av de i lagstiftningsprocessen deltagande personernas avsikter.

— Å andra sidan *härleds* ändamålet ur en komplicerad premissmängd som kan innehålla vissa förarbeten tillsammans med en hypotes om att dessa uttrycker olika sådana intentioner.

— *Närmare bestämt måste lagens ändamål i denna bemärkelse definieras som den mest rationella, dvs den mest sammanhängande och sakliga tolkningen av en datamängd vilken kan omfatta såväl förarbetena som en sådan hypotes om intentioner.*

Slutsatsen om lagens ändamål i denna bemärkelse följer av en mängd olika premisser, nämligen

a) vissa uttalanden i förarbetena;

b) vissa rättskällenormer som anger om förarbetena bör beaktas inom den juridiska argumentationen;

c) vissa hypoteser om att lagars förarbeten brukar uttrycka de i lag-

stiftningsprocessen deltagande personernas vid olika tillfällen förekommande avsikter; samt till sist

d) motiverings- och saklighetskrav vars avvägning bestämmer vad som är en rimlig tolkning av ifrågavarande förarbeten.

6.6.4. Är lagens rimliga ändamål förenligt med demokrati?

Definieras lagens ändamål som en rationell konstruktion som kan ha stöd i lagens förarbeten, måste man bemöta en annan invändning. Innebär inte *demokrati*, att lagar motsvarar verkliga intentioner av de förtroendevalda? Får dessa ersättas av en rationell rekonstruktion?

Demokrati är emellertid inte detsamma som en tillfällig majoritetsuppfattning. Den innebär inte endast ett hänsynstagande till riksdagens majoritet utan även en avvägning mellan flera kännetecken på ett statsskicks demokratiska karaktär, bl a den materiella rättssäkerheten. Demokratin kan inte fungera utan en relativt hög uppfyllelse av rättsstatens krav. I detta sammanhang måste hänsyn tas till följande.

1. Rättsstaten uppvisar en hög grad av formell rättssäkerhet, d v s den förutsätter att rättsliga beslut är förutsebara. Det bästa sättet att se till att förutsebarhetskravet uppfylls är inte att söka lagens ändamål i riksdagsledamöternas tillfälliga intentioner utan att definiera det på så sätt att det kan fastställas genom en rimlig tolkning av förarbetena.

2. Demokratin kräver materiell rättssäkerhet vilken innebär att rättsliga beslut baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den således på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska hänsyn.

3. De sistnämnda kan bedömas som mer eller mindre riktiga, beroende på olika motiverings- och saklighetskrav:

— Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det norm- eller värdesystem det korrekta som har den mest sammanhängande motiveringen.

— Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det norm- eller värdesystem det korrekta som bäst följer reglerna om en saklig debatt, dvs en debatt som är uppriktig, öppen; fri från inslag av tvång; osv.

Demokrati innebär alltså att lagtolkningen motsvarar de förtroendevaldas rationellt rekonstruerade intentioner, inte deras av olika partipolitiska och andra skäl dikterade tillfälliga avsikter. En sådan rationell rekonstruktion måste ta hänsyn till lagens förarbeten.

6.6.5. Bör man beakta förarbetena?

Följande skäl talar för att lagstiftaren får skriva relativt kortfattade lagar och komplettera dem med utförliga förarbeten.

1. Om förarbetena uppfyller högt ställda kvalitetskrav, gäller följande. Genom att lagen är kortfattad och överlämnar detaljer för lösning i förarbetena, kan man ge ett mer omfattande underlag för juridisk argumentation än vad som skulle vara möjligt att ge om endast lagtexten publicerades. Förarbetena skapar ett slags dialog. Olika deltagare i lagstiftningsarbetet kan ha uttalat olika sinsemellan konkurrerande värderingar. Den person som argumenterar juridiskt får därmed ett allsidigt underlag för en avvägning mellan skäl och motskäl. Därigenom kan han komma fram till en väl motiverad slutsats.

2. Genom att skriva kortfattade lagar och överlämna detaljer till sådana i dialogform skrivna förarbeten kan man också ge rättsordningen den önskvärda flexibiliteten. Lagreglerna kan inte i samma mån som förarbetena beakta de sinsemellan konkurrerande skälen och motskälen.

Om utförliga och väl genomtänkta förarbeten finns kan man ange följande skäl för att hänsyn till dessa bör tas.

1. Vid i övrigt oförändrade förhållanden bör vid lagtolkning beaktas en så stor mängd data som möjligt; se ovan om motiveringskravet 9. Anledning saknas att avstå från att vid lagtolkning begagna alla de hjälpmedel som står till buds, bl a förarbeten, förutsatt att rättssäkerhetskravet uppfylls.

2. Lagtolkning bör beakta lagens ändamål. Förarbetena har samband med detta; se strax ovan.

3. Förarbetena bör beaktas, eftersom de är en produkt av den demokratiska lagstiftningsprocessen.

4. Hänsynen till rättvisa och rättssäkerhet kräver att lagar tolkas uniformt. Uniformitetskravet följer även av ett motiveringskrav på generalitet. Uniformiteten främjas genom att alla som tolkar lagen beaktar samma förarbeten, förutsatt att dessa har ett rikare innehåll än själva lagen.

5. Om de i lagstiftningsarbetet engagerade är experter, vilka arbetat under lång tid och med stor omsorg, kan man förmoda att deras förslag är väl motiverade.

6. De i lagstiftningen engagerade räknar med att förarbetena beaktas. Med hänsyn därtill kan följande sägas:

— Lagtexten formuleras ofta rätt kortfattat, eftersom eventuella oklarheter kommenteras i motiven. Det skulle vara mindre lämpligt att

i detta läge avstå från att beakta förarbetena.

— Om domstolarna ställde sig kallsinniga till förarbeten skulle de riskera att riksdagen måhända begränsade deras kompetens på lagtolkningens område.

Man måste emellertid även beakta skälen mot åsikten att förarbeten bör tillmätas stor vikt.

1. Förarbetenas alltför stora roll vid lagtolkningen kan äventyra rättssäkerheten. Närmare bestämt gäller följande:

— Lagtexten är ett sammanhängande system, medan förarbetena utgör ett slags dialog. Vid i övrigt oförändrade förhållanden bildar följaktligen lagtexten en fastare grund för förutsebara beslut än förarbetena.

— Förarbetena är ibland mindre klara än lagtexten. Deras stora roll kan därför orsaka tolkningsproblem som minskar beslutens förutsebarhet.

— Lagtexten är mer koncentrerad, mer lättöverskådlig och mer lättillgänglig än förarbetena. De sistnämndas stora roll kan även av denna anledning minska beslutens förutsebarhet.

— Lagstiftaren behöver inte bekymra sig alltför mycket om lagens kvalitet, eftersom han alltid kan förklara sig i förarbetena. Men då förarbeten inte är lika tillgängliga som lagar, kan medborgarna få problem med att få del av dessa förklaringar. På så sätt minskar de rättsliga avgörandenas beräknelighet och därmed rättssäkerheten.

— Rättssäkerheten äventyras ytterligare genom att det inte är klart i vilka fall prejudikat äger företräde framför motsatta åsikter som uttalats i en lags förarbeten.

2. Genom att förarbeten tillmäts stor vikt blir rättstillämpningen ytlig och fragmentarisk. Man följer lagmotiv i stället för att beakta övergripande principer, värden och sammanhang.

3. Genom att tillmäta förarbeten stor vikt påverkar man den demokratiska maktdelningen.

— Förarbeten begränsar domarnas tolkningsfrihet och kan i vissa fall få företräde framför prejudikat. Följaktligen ökar lagstiftarens makt på domstolarnas bekostnad.

— Endast motivuttalanden om de allmänna värden och principer som ligger till grund för lagstiftningen kan anses vara godkända av riksdagen. Däremot är det inte realistiskt att anta att riksdagen accepterat sådana motivuttalanden som rör specifika lagtolkningsfrågor. I förarbeten, som inte underkastas någon ingående parlamentarisk debatt, kan följaktligen de politiker och tjänstemän som stöder regeringen uttrycka tankar som måhända inte gillas av riksdagens majoritet. På så sätt ökar

regeringens makt på riksdagens bekostnad.

4. Förarbeten kan inte ändras i efterhand. Vill man ändra rättspraxis, som noga följer förarbetena, måste man ändra själva lagen, även om det i och för sig inte finns någon anledning till det.

In abstracto är det svårt att väga förarbetens för- och nackdelar mot varandra. Men i den konkreta situationen i Sverige är det numera säkert att förarbeten till en relativt ny lagstiftning bör beaktas vid lagtolkning. Skälen därför är följande.

1. Den snabba lagstiftningstakten gör det svårt för lagstiftaren att skapa ett motsägelsefritt, exakt och fullständigt regelsystem. Det är lättare att författa omfattande förarbeten, som skrivs i en dialogform och därför inte behöver uppfylla dessa krav.

2. Den snabba lagstiftningstakten gör det svårt för rättsvetenskapsmän att hinna med att författa kommentarer och läroböcker. Därför saknar man nödvändiga hjälpmedel för lagtolkning i svåra fall. Förarbeten fyller denna lucka.

3. Snabba förändringar i samhället minskar samtidigt juristernas förtroende för sedvanan. Även förtroendet för rättsvetenskapen har minskat något, bl a till följd av uppsalaskolans kritik. Därmed förvärras bristen på hjälpmedel vid lagtolkning. Även denna lucka fylls av förarbeten.

4. Den politiska stabilitet som länge rått i Sverige ger domstolarna förtroende för dem som uttalat sig i förarbetena.

6.6.6. Förarbetens ställning i svensk rätt. Inledning

Förarbetenas roll varierar från ett land till ett annat. Kap 1:12 i den italienska civillagen och 6 § av den österrikiska (ABGB) kräver uttryckligen, att lagtolkningen skall fastställa lagstiftarens intention, men man är ofta benägen att finna intentionen i själva lagtexten, inte i några förarbeten. Även i fransk rätt stöder man uppfattningen om lagstiftarens vilja på själva lagtexten, medan förarbeten också där anses ha mindre betydelse. Enligt den traditionella engelska doktrinen bör förarbeten över huvud taget inte användas vid lagtolkningen. Denna uppfattning har måhända försvagats men förarbetenas betydelse är fortfarande rätt liten. I USA liknade traditionen länge den engelska, men förarbetenas betydelse har där ständigt ökat. En större roll spelar de numera i bl a Tyskland och Schweiz.

Inom Norden tillmäts förarbetena en större betydelse än i övriga länder. Fram till slutet av 1970-talet brukade dessutom de svenska förarbetena i regel vara mera omfattande än i grannländerna. I Norge har emellertid de rätt koncisa förarbetena ändock lyckats fånga det väsentliga i lagstift-

ningen. Förarbetenas roll i Danmark har sedan några årtionden ökat så mycket, att de har blivit "naest efter lovens klare ord — den vigtigste retskilde overhovedet".

I Finland har förarbetena ofta varit mer kortfattade än t ex i Sverige. Det har inte heller förts en sådan debatt om förarbetenas betydelse för domsmotiveringen som i andra nordiska länder. Det finns olika skäl till detta. Under autonomitiden (1809—1917) var många gamla svenska lagar alltjämt gällande i Finland. Deras förarbeten kunde av naturliga skäl inte åberopas i domstolspraxis. Under självständighetstiden var många centrala lagar också tämligen gamla och förarbetena förlorade betydelse med tiden. Det fanns därför ingen naturlig tradition att värdera förarbetena så högt som t ex prejudikat. Delvis kan också den snäva legalismen och maktdelningsprincipen i Finland ha verkat mot förarbetena. Högsta domstolen har känt sig oberoende av förarbetena som inte haft samma formella giltighet som lagar. Under de senaste tio åren har attityden så småningom förändrats. Bundenhet till nya förarbeten är tämligen hög men innebär inte att högsta domstolen slaviskt följer dem. Det har hänt att högsta domstolen avgjort ett fall klart mot entydiga förarbeten.

De svenska förarbetena är vägledande för juridisk argumentation, men de är inte bindande. M a o *bör* de beaktas.

Tanken att förarbetena borde ha en lika betydelsefull ställning som prejudikaten uttalades bl a i *Folke Schmidts* klassiska uppsats "Domaren som lagtolkare" (1955). Uppsatsen har påverkat den senare utvecklingen av den svenska rättskälleläran.

Man kan finna otaliga exempel på lagtolkning som uttryckligen stöds på förarbeten. Å andra sidan kan man också finna exempel på att domstolarna med stöd av övervägande motskäl gått emot förarbeten.

I NJA 1985 s 659 jämställde HD:s majoritet tomträtt med äganderätt till fastighet med stöd av ett uttalande i förarbetena. Minoriteten kom till motsatt ståndpunkt med hänvisning till att i andra lagar tomträtt nämnts uttryckligen i lagtexten när en sådan rätt skulle jämställas med äganderätt till fastighet.

I NJA 1981 s 920 följde HD förarbetena till trafikskadelagen. Enligt propositionen får 12 § avseende jämkning av "ersättning till efterlevande" likaledes tillämpas på begravningskostnader. Man kan ifrågasätta domstolens uppfattning att denna tolkning är förenlig med lagbestämmelsens ordalydelse.

I RÅ 1974 Fi 850 följde regeringsrätten lagförarbetena i stället för lagens ordalydelse. Regeringsrådet Reuterswärd framhöll att en tolkning enligt ordalagen framstod som egenartad och irrationell. Rättsfallet har emellertid kritiserats i litteraturen.

I några fall har HD visat en stor självständighet gentemot förarbeten. Jämför t ex NJA 1978 s 581: "Vad som sagts om motivuttalandena... kan inte tillmätas sådan betydelse att

det motiverar ett frångående av den... på ordalagen i bestämmelserna grundade tolkningen" (s 588). I NJA 1972 s 296 har HD tagit avstånd från en serie uttalanden av departementschefen i förarbetena till skadeståndslagen.

I NJA 1976 s 483 har HD tagit avstånd från förarbetena till 4 kap 7 § JB: "Självfallet är det önskvärt att ett stadgande får tolkas på det sätt som efter vad som synes framgå av lagförarbetena kan antagas vara avsett. Stadgandet... innebär emellertid föreskrift om fatalietid... I fråga om ett lagrum av sådan karaktär, där sålunda rättsförlust av allvarlig art kan komma att tillfogas den som anses ej ha iakttagit vad som föreskrives, ter det sig särskilt angeläget att ej utan tvingande skäl tolka lagrummet på annat sätt än som närmast framgår av dess ordalydelse. Det får bli en uppgift för lagstiftaren att, om så anses erforderligt, bringa lagtexten i klar överensstämmelse med vad som ursprungligen avsetts."

Jämför även NJA 1977 s 273.

Förarbetenas betydelse varierar från ett rättsområde till ett annat. Särskilt betydelsefulla är de inom skatterätten. Inom civilrätten spelar de också en stor roll. På straffrättens område är deras betydelse något mindre; den straffrättsliga legalitetsprincipen har länge ansetts motivera bokstavstolkningens företräde.

I NJA 1980 s 94 har HD emellertid fört en ingående diskussion i anslutning till bl a lagrådets och departementschefens uttalanden i förarbetena till lagen (1976:56) om ändring av 11 kap 4 § brottsbalken; därmed fick domstolen underlag för att klarlägga innebörden av det vaga laguttrycket "otillbörligt syfte".

6.6.7. Förarbetens ställning i svensk rätt. Vissa rättskällenormer

Följande rättskällenormer kan sägas vara godtagbara inom den svenska rättskälleläran med avseende på förarbeten.

(Rättskällenorm 5)) Följande slags förarbeten *bör* beaktas i juridisk argumentationen: utredningsbetänkanden, regeringskommissioners promemorior, departementspromemorior, remissinstansers svar; lagrådets utlåtanden; departementsförslag inklusive departementschefens anföranden; riksdagens utskottsbetänkanden; riksdagsledamöters motioner.

Utredningsdirektiv och anföranden i riksdagsdebatten *får* beaktas.

Se även kollisionsnorm 11 (avsnitt 6.9.2 nedan) om rangordning av olika uttalanden i förarbeten!

(Rättskällenorm 6) Ålderdomliga förarbeten *får* beaktas.

M a o medför åldern att förarbetenas auktoritet försvagas. Moderna förarbeten bör man ta hänsyn till medan äldre således får beaktas.

Ibland åldras förarbeten fort. I propositionen 1932:106 med förslag till bl a lag om inteckning i jordbruksinventarier hade departementschefen uttalat följande. (NJA 1932 II s 223): Endast sådana inventarier, som tillhöra gäldenären, omfattas av förmånsrätten. Denna kan således icke göras gällande i inventarier, som köpts på avbetalning." Tjugo år senare (NJA 1952 s 195) utsträckte dock HD förmånsrätten (vid förlagsinteckning) till att omfatta även inventarier som köpts på avbetalning.

(Rättskällenorm 7) Avseende bör fästas endast vid de förarbeten som är allmänt tillgängliga, dvs i huvudsak sådana som publicerats i tryck.

(Rättskällenorm 8) Uttalanden i förarbeten som avser frågor som faller utanför ramen för den lagstiftning som är under behandling bör i princip inte tillmätas någon betydelse.

Från denna norm finns det följande undantag:

a) Om ett och samma utredningsorgan behandlar fler lagar och i samband med ett lagförslag uttalar sig om ett tidigare behandlat annat lagförslag bör ett sådant uttalande beaktas.

b) Uttalanden i förarbetena till nya lagar bör beaktas vid tolkningen av ålderdomliga lagar som reglerar ett närliggande område.

Det ålderdomliga stadgandet i 1 kap 5 § handelsbalken bör alltså kommenteras med hjälp av nyare utredningar; jämför SOU 1965:14 s 37 ff.

(Rättskällenorm 9) Uttalanden i förarbeten som inte berör någon norm som finns i själva lagtexten, bör beaktas endast i undantagsfall.

I vissa fall förekommer emellertid s k lagstiftning genom förarbeten. Så sker då 1) förarbetena har anspråk på ett slags företräde framför lagtexten; 2) förarbetena preciserar en extremt vagt utformad lag; eller 3) för-

arbetena innehåller normer, som över huvud taget inte har något lagstöd.

Man kan studera följande exempel.

1) 36 § avtalslagen lyder

"Avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt...

Vid prövning enligt första stycket skall särskilt hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållanden."

Departementschefen har till denna generalklausul tillfogat följande riktlinjer (jämför proposition 1975/76:81 s 118 ff): Villkor som ger den ena parten ensam beslutanderätt bör kunna åsidosättas, särskilt då de förekommer i formulär som bearbetats av en överlägset starkare part. Detsamma gäller villkor som strider mot gott affärsskick inom en viss bransch. Å andra sidan behöver ett villkor inte godtagas enbart därför att det överensstämmer med branschens uppfattning om vad som utgör gott affärsskick osv.

Givetvis ger själva lagbestämmelsen mycket litet stöd för dessa riktlinjer.

2) 4 kap 19 § JB nämner inte något om att köparen har en undersökningsplikt vid fastighetsköp, men HD har vid ett flertal tillfällen yttrat att så är fallet. Jfr bl a NJA 1978 s 301 där domstolen utgick från "den undersökningsplikt, vilken eljest enligt förarbetena till JB utgör utgångspunkten för bedömningen av säljarens felansvar (se prop 1970:20 Del A s 396)."

(Rättskällenorm 10) Uttalanden i förarbeten, som söker ändra eller påverka praxis utbildad i anslutning till ett tidigare lagstadgande, bör beaktas endast i undantagsfall.

(Rättskällenorm 11) Helt oklara förarbeten bör inte beaktas.

De rättskällenormer som avser kollisioner mellan olika slags förarbeten eller mellan förarbeten och andra rättskällor kommer att behandlas senare.

6.6.8. Avslutande synpunkter om förarbetenas roll

Ulf Bernitz har påpekat att under senare år en utveckling skett som på sikt kan äventyra förarbetenas ställning som rättskälla. Omkring år 1978 började man nämligen ersätta en systematisk presentation av remissvar med ett rätt kaotiskt bihang, som ofta endast kunde erhållas i stencil. På

1980- talet har man i samma anda nöjt sig med en mycket komprimerad och tämligen intetsägande sammanfattning av remissyttrandena; jämför t ex proposition 1981/82:40 om hemförsäljningslagen och proposition 1983/84:16 om mäklarverksamheten. Samtidigt har även kvaliteten på kommittébetänkandena försämrats genom att man numera ofta utelämnar den tidigare sedvanliga redovisningen avseende utländsk rätt, hänvisningar till litteratur och en djupare motivering över huvud taget. Denna utveckling medför följande faror.

1. Ett viktigt skäl för att förarbeten bör beaktas är, att de kan anses som en fortlöpande dialog, i vilken utredningen, remissinstanserna, departementschefen, lagrådet och andra deltar och därvid uttalar skäl för och emot en viss lösning, vilket allt kan bilda underlag för den förnuftiga avvägning som myndigheter och rättsvetenskapsmän gör i olika slags fall. Underlagets värde beror självfallet på dess fullständighet, och denna kan nu sättas i fråga.

2. Spridda uttalanden i de publicerade förarbetena kan aningslöst utnyttjas i juridisk argumentation utan att man vet om att remissinstanserna kommit med tungt vägande invändningar.

3. Remissynpunkter som av departementet kanske uppfattas som obekväma kan helt enkelt döljas för offentligheten.

Samtidigt har förarbetenas auktoritet paradoxalt nog ökat, bland annat till följd av lagstiftningens otillräcklighet och domstolarnas större benägenhet att utnyttja allt tillgängligt material som kan vara till hjälp vid en utförlig domskrivning.

Det uppkomna läget är instabilt. Man kan inte förvänta sig att på en gång kunna behålla en ökad utförlighet i domsmotiveringar, en minskad utförlighet i lagens förarbeten och ett ökat inflytande av de senare på de förra.

6.7. Doktrin

Litteratur

U Bernitz, L Heuman, M Löfmark, H Ragnemalm, C M Roos, P Seipel och A Victorin, *Finna rätt — Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Stockholm 1985, kap 7 (s 165 ff). J Hellner, *Rättsteori*, Stockholm 1988, avsnitt 8.5 (s 90—91). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 24.4 (s 454 ff). J W F Sundberg, *Fr Eddan t Ekelöf*, Repetitorium om rättskällor i Norden, Stockholm 1978, avsnitt 31 (s 90 ff), 62 (s 185 ff) och 85—87 (s 262 ff). H T Klami, *Föreläsningar över juridikens metodlära*, 2 uppl, Uppsala 1989, avsnitt IV 4 (s 101 ff). T Eckhoff, *Rettskildelaere*,

2 uppl, Tano 1987, kap 11 (s 233 ff). Jfr även litteraturen till avsnitt 5.4 ovan angående vissa teoretiska frågor.

Doktrinen utövar ett stort inflytande på den juridiska argumentationen. Ordet "doktrin" betecknar först och främst den *rättsdogmatiska litteraturen*, vilken systematiserar och tolkar gällande rätt.

Huvuduppgiften för den systematisering och tolkning som doktrinen genomför består i att framställa rättsordningen som ett sammanhängande system av normer. Detta sammanhang utgör som vi tidigare sagt kärnan i rationalitetsbegreppet. Att underkänna doktrinen som ett hjälpmedel i juridisk argumentation vore därför detsamma som att underkänna rationaliteten.

Att underkänna doktrinen skulle följaktligen äventyra den på rationaliteten uppbyggda rättsstaten. Sambandet med rättsstatsidealet ger doktrinen dess ställning som en rättskälla som får beaktas.

De svenska domstolarna brukar i vissa fall åberopa den rättsvetenskapliga litteraturen. Oftast återger de endast den härskande meningen utan angivande av författarnamn. Men en domstol kan även referera vissa mera personliga rättsvetenskapliga åsikter, t ex genom att i domskälen ta in rättsvetenskapliga expertutlåtanden (jfr t ex NJA 1966 s 210) eller namnge en rättsvetenskaplig författare (se NJA 1987 s 61).

Följande faktorer ökar behovet av en väl utvecklad juridisk doktrin:

1. Ju mera omfattande rättskällorna är, t ex lagar, prejudikat, förarbeten osv, desto större är faran för att juristerna inte omedelbart uppfattar meningssammanhang dem emellan, varvid doktrinen kan utgöra ett viktigt hjälpmedel.

2. Ju mindre sammanhängande dessa rättskällor är, desto större är behovet av att de underkastas en sådan rättsvetenskaplig omarbetning.

3. Ju snabbare lagar och andra rättskällor ändras, desto större är faran att sammanhanget mellan dem brister. Därför behövs deras rättsvetenskapliga bearbetning.

Helt andra faktorer bestämmer emellertid *sannolikheten* för att doktrinen kan uppfylla sina uppgifter.

1. Ju *långsammare* ändringstakten är för lagar och andra rättskällor, desto mera tid ges rättsvetenskapsmannen att behandla dem på ett ordentligt sätt.

2. Ju större respekt beslutsfattarna har för rationell argumentation, desto större är utrymmet för doktrinens inflytande.

Den moderna rättsordningen behöver doktrinens hjälp, men det är inte så lätt för rättsvetenskapen att fylla behovet.

6.8. Utländsk rätt

Litteratur

U Bernitz, L Heuman, M Löfmark, H Ragnemalm, C M Roos, P Seipel och A Victorin, *Finna rätt — Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Stockholm 1985, avsnitt 7.5 (s 175 ff). J Hellner, *Rättsteori*, Stockholm 1988, avsnitt 8.4 (s 89—90). T Eckhoff, *Rettskildelaere*, 2 uppl, Tano 1987, kap 12 (s 248 ff).

Utländsk rätt kan självfallet utöva ett inflytande på den inhemska juridiken. Utländsk rätt kan dessutom visa sig vara nyttig som ett pedagogiskt hjälpmedel. I utlandet kan det t ex finnas mera renodlade och mera intressanta rättsfall.

Man kan emellertid inte endast beskriva det faktiska inflytandet utan även ställa frågan huruvida utländsk rätt *får* respektive t o m *bör* beaktas inom den inhemska juridiken. Utländska *distinktioner och frågeställningar* får sålunda beaktas. Vidare får de *sakskäl* som åberopas i utländska domar, utländsk rättslitteratur m m utnyttjas. Självfallet gäller det olika *empiriska* inslag, t ex rörande kausalsammanhang. Kausalsammanhangets natur skiftar ju inte från ett land till ett annat. Frågan om de utländska *moralskälens* tillämplighet är mer komplicerad men man kan naturligtvis finna att en etisk diskussion i ett annat land är riktig, rättvis och rimlig. En sådan bedömning är ju också en avvägningsfråga.

I vissa fall kan utländsk rätt utnyttjas som ett *auktoritetsskäl*. Så är fallet först och främst tack vare vissa särskilda omständigheter som t ex följande:

1. Till följd av att vissa inhemska rättsområden har anknytning utåt, t ex internationell privaträtt och internationell straffrätt, måste domstolarna i viss mån direkt tillämpa utländsk rätt.

2. Inhemsk lagstiftning kan ha påverkats av internationella konventioner som i sin tur påverkats av utländsk rätt. Den sistnämnda kan då få en viss betydelse vid lagtolkning.

I NJA 1983 s 3 ("Tsesis-fallet"), som rörde bl a konsekvenserna av en internationell konvention om oljeskador, har HD utrett engelsk rättspraxis rörande en engelsk lagtolkningsregel kallad "eiusdem-generis".

3. Ett internationellt eller regionalt lagstiftningssamarbete — t ex inom Norden — kan leda till att samma lagregler får giltighet i flera stater. Även där uppstår frågan om en uniform tolkning av en uniform lagstiftning inom skilda jurisdiktioners ram.

4. En viss anpassning av lagstiftningen kan ske även om man inte strävar efter att olika stater anammar identiska lagar; jfr det nordiska rådets rekommendation av 1974.

5. Utländsk rätt kan dessutom vinna auktoritet på de rättsområden som präglas av intensiva internationella kontakter, t ex i sjörättsliga sammanhang.

Även om sådana särskilda omständigheter inte föreligger får man skänka en viss uppmärksamhet åt utländska lagar och domar som åtnjuter högt anseende. En sådan överföring av utländska mönster till den inhemska juridiken förutsätter emellertid att den utländska och den inhemska rätten i någon mån liknar varandra beträffande normer, begrepp och argumentationssätt. Det går således i regel bra att beakta alla nordiska rättskällor.

Norsk rättspraxis har således uppenbarligen påverkat utgången av NJA 1966 s 210, rörande skada för tredje man till följd av att annan tillhörig elektrisk ledning skadats.

Man kan även ha en stor nytta av att beakta den tyska rätten och rättsvetenskapen. Anglosachsiska rättsfall visar sig ofta mycket inspirerande, men den anglosachsiska doktrinens användbarhet i Sverige är begränsad, bl a till följd av en rätt annorlunda begreppsbildning.

6.9. Lösning av kollisioner mellan rättsnormer

Litteratur

U Bernitz, L Heuman, M Löfmark, H Ragnemalm, C M Roos, P Seipel och A Victorin, *Finna rätt — Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Stockholm 1985, kap 4 (s 87 ff) och avsnitt 5.1 (s 109 ff). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 10.4 (s 202 ff). H T Klami, *Föreläsningar över juridikens metodlära*, 2 uppl, Uppsala 1989, avsnitt III 5 (s 68 ff). T Eckhoff, *Rettskildelaere*, 2 uppl, Tano 1987, kap 13 (s 270 ff). Å Frändberg. *Rättsregel och rättsval*. Stockholm 1984, kap 3—6 (s 84 ff). M Aarbakke, Harmonisering av rettskilder, *Tidskrift for Rettsvitenskap* 1966, s 499 ff. F Schmidt, Domaren som lagtolkare, *Festskrift f Herlitz*, Stockholm 1955, s 263 ff.

6.9.1. Kollision mellan regler och kollision mellan principer

Rättskälleläran måste till sist innehålla några normer om en "lösning" av kollisioner mellan rättsregler.

En sådan lösning förutsätter att det föreligger en "kollision", dvs (1) att vissa rättsregler är oförenliga, eller (2) att vissa rättsprinciper måste vägas mot varandra.

A. Logiskt, empiriskt och värderingsmässigt oförenliga regler

Två regler är *logiskt* oförenliga om:

— den ena förbjuder en handling som den andra påbjuder (en *konträr* logisk oförenlighet); eller

— den ena förbjuder en handling som den andra tillåter (en *kontradiktorisk* logisk oförenlighet).

En särskild form av logisk oförenlighet förekommer vid kvalifikationsregler. Två sådana är logiskt oförenliga om den ena bestämmer och den andra bestrider att något utgör ett (nödvändigt, tillräckligt mm) villkor för att en viss rättslig effekt skall uppstå. Den ena bestämmer och den andra bestrider t ex att ett visst slags avtal är bindande endast om det är skriftligt.

Om två regler är logiskt oförenliga kan de inte samtidigt följas.

Två regler är *empiriskt* oförenliga om de inte är logiskt oförenliga men likväl, av en annan anledning, inte samtidigt kan följas. Den ena förpliktar t ex Per att dagligen arbeta från kl 04 till 16 och den andra att arbeta från kl 16 till 04. Arbetstagaren kan ju inte arbeta utan vila.

Två regler är *värderingsmässigt* oförenliga om de inte är vare sig logiskt eller empiriskt oförenliga men deras samtidiga efterlevnad likväl antingen är olaglig eller etiskt förkastlig. Den ena förpliktar t ex Per att dagligen arbeta från kl 08 till 16 och den andra att arbeta fr kl 16 till 24. Arbetstagaren kan arbeta 16 timmar per dygn, men arbetsrätten förbjuder det.

I det norska fallet Rt 1953 s 1469 åtalades en fiskare för att utan att betala den av jaktlagen bestämda avgiften ha skjutit en säl i havet. Han hade emellertid betalat en annan avgift enligt lagen om fångande av säl. Dessa lagar var så till vida värderingsmässigt oförenliga, att det är etiskt klandervärt att kräva dubbla avgifter.

B. Total och partiell oförenlighet

Oförenlighet mellan regler — logisk, empirisk eller värderingsmässig — kan vara mer eller mindre fullständig, beroende på om deras tillämpningsområden helt eller delvis sammanfaller.

En *total* oförenlighet förekommer om de oförenliga reglerna har samma tillämpningsområde; t ex är regeln "bridgespelare får söka medlemskap i schackklubben" totalt oförenlig med regeln "bridgespelare får inte söka medlemskap i schackklubben".

En *partiell* oförenlighet förekommer i följande två fall:

— En regel har ett snävare tillämpningsområde än en annan; t ex är regeln "bridgespelare får inte söka medlemskap i schackklubben" således partiellt oförenlig med regeln "kortspelare får söka medlemskap i schackklubben".

— Två oförenliga regler har tillämpningsområden, vilka delvis sammanfaller. Ingen av dessa regler faller i sin helhet innanför den andra; t ex är regeln "bridgespelare får inte söka medlemskap i schackklubben" således partiellt oförenlig med regeln "kortspelare av internationell klass får söka medlemskap i schackklubben".

C. Kollision mellan principer

Kollision mellan principer har en annan karaktär än kollision mellan regler.

Det är sällsynt att två principer inte i någon mån kan följas samtidigt. Oförenligheten kan dock bestå i följande samband: ju mer den ena beaktas desto mindre utrymme finns det för den andra. Antag återigen att den ena kräver frihet och den andra jämlikhet. I vissa lägen kan som sagt en ökad jämlikhet orsaka en minskad frihet och vice versa.

6.9.2. Kollisionsnormer

När en icke-jurist, t ex en språkvetare, uppmärksammar att två rättsnormer är oförenliga kan han beskriva och kritisera men inte harmonisera normerna. Endast en *juridisk* tolkning har den sistnämnda uppgiften. Genom sådan tolkning ökar rättsordningens inre sammanhang.

Följande kollisionsnormer hjälper jurister att harmonisera oförenliga rättsnormer.

A. Huvudregler

(Kollisionsnorm 1) Om två rättsnormer är oförenliga bör det problemet lösas, antingen genom att de omtolkas (och därmed harmoniseras) eller genom att den ena ges företräde framför den andra.

(Kollisionsnorm 2) En harmonisering respektive rangordning av de ifrågavarande rättsnormerna bör ske med stöd av universella skäl, vilka även är tillämpliga vid övriga normkollisioner och även i andra sammanhang.

Denna kollisionsnorm uttrycker ett viktigt motiveringskrav, nämligen generaliteten.

B. Harmoniseringsregler

(Kollisionsnorm 3) Om möjligt bör olika rättskällor tolkas så att de blir förenliga med varandra. Lag-, rättsfalls- och förarbetstolkning bör anpassas ömsesidigt.

En harmonisering är således ofta viktigare än en rangordning.

(Kollisionsnorm 4) Om tillämpning av olika lagtolkningsmetoder på samma situation i och för sig leder till oförenliga resultat, bör en nytolkning ske. Om möjligt bör då de olika metoderna användas på så sätt, att deras resultat harmoniseras.

C. Prioritetsregler

(Kollisionsnorm 5) Om starka skäl talar mot en harmonisering av olika rättskällor bör följande rangordning beaktas. De rättskällor som skall beaktas (t ex lagen) har *prima facie* företräde framför dem som enbart bör beaktas (t ex prejudikat) och dessa framför dem som blott får beaktas (t ex doktrinen). Endast starka skäl kan motivera avsteg från denna prioritetsordning.

Man måste således anföra starka skäl för att t ex ge prejudikat företräde framför lagens klara ordalydelse. Inga skäl behövs däremot för att t ex sätta en klar lagtext före lagförarbeten.

(Kollisionsnorm 6) Om en norm av lägre dignitet strider mot en norm av högre dignitet skall den senare följas.

En särskild betydelse har domstolarnas lagprövningsrätt. Denna förekommer i stor utsträckning i USA, jfr det viktiga prejudikatet *Marbury v Madison*, (1803), I Cranch (US Supreme Court Reports) 137. Lagprövningen förekommer även i Västtyskland, jfr Art 100 Abs 1 S 1 *Grundgesetz* men t ex inte i England.

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

I Norge har lagprövningsrätten erkänts i stor utsträckning, bl a i rättsfallet Rt 1918 I s 401. I Danmark är domstolarnas lagprövningsrätt principiellt erkänd men utövas restriktivt.

(Kollisionsnorm 7) Om en tidigare lagregel är oförenlig med en senare bör den senare tillämpas.

(Kollisionsnorm 8) En mindre generell lagregel bör uppfattas som ett undantag från en mer generell, med denna oförenlig lagregel.

En "falskdeklarant" svarar således enligt 2—4 §§ skattebrottslagen, inte enligt 9 kap 1 § brottsbalken, trots att en bokstavstolkning av den sistnämnda bestämmelsen omfattar skattebedrägeri.

Ibland är det emellertid svårt att bestämma vilken lag som är mer generell. Ömsom besvaras frågan uttryckligen av lagens ordalydelse genom användning av sådana ord som "dock", "med mindre", "bortsett från" och liknande. Ibland är läget säkert, även om sådana ord inte används. Så är fallet främst då den ena lagens tillämpningsområde helt omfattas av den andra. Således är t ex 3 kap 3 § brottsbalken (om barnadråp) ett undantag från mordparagrafen (3 kap 1 §). I andra fall är förhållandet mer osäkert.

Gäldenär som då konkurs är förestående betalar eller ställer säkerhet för borgenärs fordran och därigenom avsevärt förringar övriga borgenärers rätt, dömes jämlikt 11 kap 4 §

brottsbalken. Men en arbetsgivare, som underlåtit att inbetala skatt som innehållits för annan, dömes jämlikt 81 § uppbördslagen. Är då brottsbalkens bestämmelse ett undantag från uppbördslagens eller tvärtom?

(Kollisionsnorm 9) Om en tidigare men mindre generell lagregel är oförenlig med en senare tillkommen men mer generell sådan bör den tidigare tillämpas.

Växellagen från 1932 är alltså ett undantag från skuldbrevslagen från 1936, eftersom växel är ett slags skuldbrev. Vid kollision går således växellagen före den senare tillkomna skuldbrevslagen.

Kollisionsnormen (8) är på så vis viktigare än (7). Men vissa skäl kan ändå medföra en omvänd prioritetsordning.

(Kollisionsnorm 10) Om det inte är möjligt att harmonisera olika prejudikat bör deras prioritetsordning bestämmas, varvid följande hänsyn bör tas:

— HD:s domar har en högre dignitet än de lägre instansernas.

— Bland HD:s avgöranden är de viktigast som fattas i plenum.

— Notisfall har lägre dignitet än refererade fall.

— Ett publicerat hovrättsfall har i princip en större betydelse än ett opublicerat.

— En serie avgöranden, som utgör stadgad praxis, har större betydelse än enstaka prejudikat.

— Gamla prejudikat, som inte bekräftats av nya, har i princip lägre dignitet än nya.

— Ett prejudikats värde är relativt mindre, om meningarna inom domstolen varit delade eller om prejudikatet starkt kritiserats.

— Ett prejudikats värde är relativt större, om det finns ett starkt behov att få en rättslig reglering på det ifrågavarande området, om lagstiftning t ex saknas.

Alla dessa hänsyn har en *prima-facie* karaktär, dvs de bör tas om inte andra skäl väger tyngre.

(Kollisionsnorm 11) Om det inte är möjligt att harmonisera olika delar av lagförarbeten bör följande prima-facie prioritetsordning antas:

— Riksdagsutskottets betänkande och departementschefens anförande går före övrigt material.

— Oförenligheten försvagar auktoriteten hos alla de oförenliga uttalandena i förarbetena; den största betydelsen har således de icke emotsagda uttalandena.

Kapitel 7
Juridiska argumentationsmetoder

7.1. Lagtolkning i svåra fall

Litteratur
J Hellner, *Rättsteori*, Stockholm 1988, kap 6 (s 58 ff). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, kap 21 (s 379 ff). H T Klami, *Föreläsningar över juridikens metodlära*, 2 uppl, Uppsala 1989, kap III (s 53 ff).

Ett rutinfall föreligger när en klar rättsregel problemfritt kan tillämpas på klara fakta. För att få fram en logiskt korrekt lösning av ett *svårt fall* måste man däremot tillägga något mer. Fallets lösning följer av en satsmängd som förutom en etablerad rättsregel och en faktabeskrivning omfattar ett tillägg som är rimligt men kan ifrågasättas. Tillägget kan t ex bestå av en norm- eller en värdesats.

I fortsättningen kommer vi att behandla *lagtolkning i svåra fall*. Om ett fall är svårt på grund av ett lagtolkningsproblem är lagtolkningen kreativ, inte endast beskrivande.

I. En *beskrivande* tolkning innebär att en lagbestämmelses innebörd fastställs i enlighet med lagens ordalydelse. På så vis kan man konstatera att lagen inte är klar, men man kan inte göra den klarare.

II. En *kreativ* tolkning åter är antingen utfyllande eller korrigerande.

1. En *utfyllande* tolkning innebär ett val mellan en lagbestämmelses olika tolkningar, m a o en precisering av en mångtydig eller vag lagtext, men den strider inte mot lagbestämmelsens ordalydelse.

2. En *korrigerande* tolkning tillskriver lagtexten en ny innebörd som strider mot dess ordalydelse.

a. En korrigerande tolkning kan medföra att en bestämmelse *reduceras*, dvs får en ny, snävare mening.

b. En korrigerande tolkning kan även innebära att bestämmelsen helt *elimineras* ur rättsordningen.

c. Vidare kan en korrigerande tolkning innebära att *en ny, mer generell norm tillskapas*.

d. Ett specialfall föreligger då man *löser en kollision* mellan oförenli-

ga bestämmelser, t ex genom att den ena erhåller företräde framför den andra.

Lagtolkning i svåra fall stödjer sig på olika slags premisser, m a o olika skäl, såsom analogislut, motsatsslut osv. Vissa av dem avslöjar att en mer övergripande *tolkningsmetod* används, t ex bokstavstrogen, logisk, systematisk, historisk, komparativ eller teleologisk tolkning. Tolkningsmetoderna kännetecknas av att man tar hänsyn till skilda *tolkningssammanhang*.

Vid en systematisk tolkning betraktar man en lagregel i sitt sammanhang med sådana tolkningsdata som andra lagregler, lagens systematik och rättsdogmatiska teorier.

Vid en historisk tolkning beaktas de fakta och åsikter som påverkat lagstiftningen.

Vid en komparativ tolkning av en inhemsk lag tar man hänsyn till utländsk rätt.

Vid en teleologisk lagtolkning blir olika slags data angående lagens ändamål relevanta.

Den juridiska argumentationen är i viss mån reglerad av *argumentationsnormer*, däribland lagtolkningsnormer. Argumentationsnormerna har en liknande natur som de ovan behandlade rättskällenormerna:

— Argumentationsnormerna har *prima-facie* karaktär: Varje argumentationsnorm kan sättas ur spel i ett konkret fall om tillräckligt starka skäl motiverar det.

— Å andra sidan går det inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla argumentationsnormer och ändå argumentera *juridiskt*.

— Under sin studietid och framför allt i sin praktiska verksamhet lär sig varje jurist ett stort antal exempel på korrekt juridisk argumentation. Juristerna argumenterar ofta som om de hade rättat sig efter argumentationsnormerna. Vissa argumentationsnormer har följaktligen en sedvanerättslig ställning.

7.2. Logisk, bokstavstrogen och systematisk tolkning

Litteratur

A Peczenik, *Juridikens metodproblem*, Stockholm 1974 (2 uppl 1980), kap 5 (s 69 ff). J Hellner, *Rättsteori*, Stockholm 1988, avsnitt 6.4 (s 69 ff). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 22.2 (s 397 ff) och 16.4.2 (s 308 ff). Å Frändberg, *Rättsregel och rättsval*, Stockholm 1984, avsnitt 5.3.5 och 5.3.6 om retroaktivitet.

7.2.1. Logisk lagtolkning. Subsumtionens betydelse

Den *logiska* lagtolkningen innebär att man drar logiska slutsatser av lagen. Bl a konstateras om lagen är motsägelsefri. Motsägelsefrihet är det mest fundamentala rationalitetskravet och ett nödvändigt villkor för lagtolkningens sammanhängande karaktär.

Eftersom lagen ofta är vag kan den framstå som motsägelsefri vid en tolkning och motsägelsefull vid en annan. Har man då fastställt att lagen är motsägelsefull går det, bl a genom att följa vissa kollisionsnormer, att avlägsna motsägelsen.

Ett särskilt problemområde inom den logiska lagtolkningen gäller frågor om subsumtion. Subsumtionens betydelse framgår av följande argumentationsnorm:

(Argumentationsnorm 1) Såväl varje juridiskt avgörande av ett konkret fall som varje rättsvetenskapligt förslag till ett sådant avgörande måste följa logiskt av åtminstone en generell norm jämte vissa tillagda premisser. En sådan generell norm kan antingen vara en skriven lagregel, en prejudikatregel eller en annan norm som har stöd av någon rättskälla.

Denna argumentationsnorm uttrycker kravet på generalitet och motsvarar sålunda ett viktigt krav på sammanhängande motivering. Samtidigt främjar den de rättsliga beslutens förutsebarhet.

7.2.2. Kvasilogiska maximer

I detta sammanhang kan man nämna vissa *kvasilogiska maximer*, vilka kan ha betydelse för lagtolkningsfrågor. Dessa maximer är vaga och kan antingen tolkas som sedvanerättsliga respektive etiska normer eller som logiska satser. Låt oss ange endast tre av dem.

(Argumentationsnorm 2) Ingen har en skyldighet att göra det omöjliga.

Om ordet "skyldighet" tolkas som "lagstadgad skyldighet" uttrycker denna maxim inte någon logisk nödvändighet, utan blott en sedvanerättslig eller etisk norm. Det kan finnas lagar vilka kräver det omöjliga.

Men denna "skyldighet" måste vara *oetisk*. Om ordet "skyldighet" uppfattas som "etisk skyldighet" kan man följaktligen invända, att en "skyldighet" att göra det omöjliga definitionsmässigt inte är någon (etisk) skyldighet. Det är språkligt lika omöjligt som det är för en "ungkarl" att vara "gift". Så uppfattad är maximen en logisk sats.

(Argumentationsnorm 3) Ingen kan överlåta fler rättigheter än han själv har.

Naturligt tolkad uttrycker denna maxim ingen logisk nödvändighet utan en norm, som kan rättfärdigas genom att man betonar rättighetsinnehavarens behov av rättssäkerhet.

Tolkad på ett annat sätt uttrycker maximen ett slags logisk nödvändighet. Ordet "överlåta" förutsätter att en person endast kan överlåta det han har. Ingen kan hälla ut två liter vatten ur en kanna som blott innehåller en liter. Inte heller kan en icke-ägare överlåta äganderätt. Så uppfattad är "överlåtelsen" ingen överlåtelse alls utan endast ett otjänligt försök till överlåtelse.

(Argumentationsnorm 4) Lagen kan ej verka i det förflutna.

Visserligen kan inte ens lagen ändra det förflutna. Men inte heller denna maxim uttrycker, naturligt tolkad, någon logisk nödvändighet. Man kan väl tänka sig en retroaktiv lagstiftning, vilket t ex många skattebetalare vet. En lag, antagen idag, kan användas i morgon för att bedöma gårdagens handlingar. Men en retroaktiv lag är i princip oetisk, eftersom den kan utsätta de berörda för oförutsedda förluster.

Tolkad på ett annat sätt som torde härstamma från naturrättsläran, uttrycker maximen ändå ett slags logisk nödvändighet: Man kan hävda att en retroaktiv lag är så pass oetisk att den inte kan vara etiskt bindande. Det etiska språket anses därmed utesluta allt tal om bindande retroaktiva lagar. Uttrycket "en etiskt bindande och retroaktiv lag" kan m a o anses vara lika onaturligt som uttrycket "en gift ungkarl".

Dessa maximers tolkning som logiska satser är visserligen något onaturlig. Men det faktum att denna tolkning över huvud taget är möjlig visar hur pass väl förankrade de är i vår kultur. Deras etiska rättfärdigande är så starkt att man lätt kan uppfatta dem som logiskt nödvändiga.

7.2.3. Bokstavstrogen tolkning. Vissa krav på språklig konsekvens

Bokstavstolkning innebär en beskrivning av textens språkliga innebörd. Den är aldrig korrigerande, inte ens utfyllande. En lags språkliga innebörd kan belysas genom att man bl a beaktar följande material:

— legaldefinitioner och andra förklaringar, som själva lagen innehåller, beträffande innebörden av vissa ord och uttryck;

— ordböcker, språkvetenskap m m;

— det sätt på vilket ord och uttryck som förekommer i lagen används i andra rättskällor och i vardagsspråket; samt

— stilistiska egenskaper hos och egendomligheter i lagtexten eller t o m andra texter som skrivits av de i lagstiftningsarbetet deltagande personerna osv.

Bokstavstolkning förenas ofta med att man använder följande tolkningsnormer, som utgår från att lagen bör vara *språkligt konsekvent.* M a o bör den vara ett *så perfekt styrmedel som möjligt* och därmed uppfylla kravet på *målrationalitet* (se avsnitt 2.1.1 ovan).

(Argumentationsnorm 5) Samma ord och uttryck som förekommer på skilda ställen i en och samma lag får inte tolkas på olika sätt, om inte goda skäl finns för deras olika tolkningar.

Om lagen är ett perfekt styrmedel innefattar den inga ord vars tolkning ställer sig olika beroende på ordens placering i lagen. En inkonsekvent tolkning är dessutom svårförenlig med generalitetskravet, vilket utgör ett viktigt motiveringskrav.

Mer tveksamt är om en uniform tolkning bör krävas avseende samma ord som förekommer i *olika* lagar. Man ställer säkert inte något sådant krav om de aktuella lagarna tillhör olika rättsområden. Begreppet "tomt" t ex har en betydelse i straffrätten och en annan i fastighetsrätten. T o m ordet "samlag" tolkas i straffrätten annorlunda än i föräldrabalken.

(Argumentationsnorm 6) Om olika ord och uttryck förekommer i en och samma lag bör man anta, att också deras mening är olika, om inte goda skäl finns för att anta motsatsen.

Om lagen är ett perfekt styrmedel innefattar den inga vilseledande inkonsekvenser.

(Argumentationsnorm 7) En lagbestämmelse får inte tolkas så att några delar av den blir överflödiga, om det inte finns goda skäl för det.

Om lagen är ett perfekt styrmedel innefattar den inte någonting som inte behövs för att styra människors handlande.

(Argumentationsnorm 8) Ord och uttryck som förekommer i lagen, får inte tolkas i strid med vanligt språkbruk, om inte goda skäl finns för en sådan tolkning.

(Argumentationsnorm 9) Men: om ett ord eller ett uttryck, som förekommer i lagen, har en etablerad mening i lagens eller juristernas fackspråk och ett annat i vanligt språkbruk, har den förra företräde.

Om lagen är ett perfekt styrmedel måste den vara begriplig. Därför betonar man det allmänna språkbrukets betydelse. Men goda skäl kan finnas för att genom facktermer öka lagspråkets precision.

7.2.4. Systematisk tolkning

Den *systematiska* lagtolkningen omfattar bl a följande tolkningsargument:

1) användning av en lagbestämmelse för tolkning av en annan lagbestämmelse;
2) tolkning påverkad av lagtextens systematik;
3) tolkning påverkad av ett annat slags begreppsanalys; och
4) tolkning påverkad av olika rättsdogmatiska teorier.

(Argumentationsnorm 10) Vid tolkning av en lagbestämmelse bör hänsyn också tas till andra bestämmelser som hjälper läsaren att förstå lagen.

Följande exempel belyser denna tolkningsnorm:

— För att t ex kunna tillämpa en straffsats i brottsbalken måste hänsyn tas till lagbestämmelserna om ansvarsfrihetsgrunder m fl.

— En gammal lag kan tolkningsvis anpassas till den nya, som behandlar liknande fall. De kvarvarande reglerna i 1734 års handelsbalk anpassas således till avtalslagen, köplagen och andra moderna lagar.

(Argumentationsnorm 11) Vid tolkning av en lagbestämmelse får hänsyn tas till

a) lagens rubriker och

b) lagbestämmelsens placering i en viss del av rättsordningen, i en viss lag eller i en viss del av denna.

I samband med 3 kap 9 § brottsbalken om framkallande av fara för annan ifrågasattes t ex lagbestämmelsens tillämpning på de fall då någon gjort sig skyldig till en farlig gärning utan att veta vem som utsatts för faran. Tveksamheten orsakades av att gärningen i brottsbalkens systematik placerats bland brotten mot enskild. Denna tolkning har emellertid avvisats av flera författare, vilka angivit både sakskäl och analogier till andra bestämmelser som stöd för sin uppfattning.

(Argumentationsnorm 12) Vid tolkning av en lagbestämmelse får hänsyn tas till begreppsanalys, däribland till logiska relationer mellan olika begrepp och begreppens funktion i olika teorier, normativa system och praxis.

(Argumentationsnorm 13) Vid tolkning av en lagbestämmelse får hänsyn tas till rättsdogmatiska teorier.

Jfr avsnitt 5.4.1 ovan, främst om teorier rörande äganderättens övergång.

Genom att beakta sådana hänsyn som inbördes samband mellan olika uttryck, lagens systematik, begreppsanalytiska rön och rättsdogmatiska teorier ökar man lagtolkningens interna sammanhang. Sammanhanget ökar ytterligare tack vare det faktum att den systematiska lagtolkningens olika former hänger samman och stöder varandra: Begreppsanalysen belyser sambandet mellan olika uttryck och de rättsdogmatiska teorierna utnyttjar begreppsanalysen. Dessutom bidrar den systematiska lagtolkningen till att man skapar generella juridiska begrepp, vilket uppfyller det ovan berörda motiveringskravet 7. Därmed tillgodoses också rättvisekravet på att "lika behandlas lika".

7.3. Reducerande, restriktiv, extensiv och analogisk tolkning

Litteratur

J Hellner, *Rättsteori*, Stockholm 1988, avsnitt 6.4.2 (s 71 ff). T Eckhoff, *Rettskildelaere*, 2 uppl, Tano 1987, kap 5 (s 100 ff).

En mer nyanserad lagtolkning kan leda till att man utvidgar eller inskränker en lagregels tillämpningsområde i förhållande till dess språkliga lydelse. Sålunda kan följande fastslås:

Både en reducerande och en restriktiv tolkning innebär att det slutgiltiga tillämpningsområdet för en regel, bestämt med hjälp av olika lagtolkningsmetoder, blir snävare än vad dess tillämpningsområde skulle ha varit om det hade fastställts blott och bart genom bokstavstolkning.

Både en analogisk och en extensiv tolkning innebär att det slutgiltiga tillämpningsområdet för en regel, bestämt med hjälp av olika lagtolkningsmetoder, blir vidsträcktare än vad dess tillämpningsområde skulle ha varit om det hade fastställts blott och bart genom bokstavstolkning.

Låt oss beakta följande fiktiva regel: "alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben". Regeln kan tolkas på olika sätt:

1. En *bokstavstolkning* innebär att alla de personer som spelar schack, och inga andra, får söka medlemskapet.

2. En *restriktiv tolkning* innebär t ex att endast de schackspelare som erhållit det nationella schackförbundets "ratingstal", fastställande deras spelstyrka, får söka medlemskap. M a o tillämpas regeln endast på "kärnan" av sitt tillämpningsområde, dvs på de fall som utan minsta tvekan omfattas av detta. Den tillämpas däremot inte på de fall som troligen, men inte helt säkert, ingår i tillämpningsområdet, dvs bildar en "periferi" i förhållande till detsamma. En sådan restriktivitet är i exemplets fall i viss mån märklig, eftersom man utesluter dem som regelmässigt spelar schack mot sina grannar m fl. Men det är inte desto mindre språkligt fullt möjligt att endast kalla de officiellt godkända spelarna för "schackspelare".

3. En *reducerande tolkning* innebär t ex att regeln tillämpas ännu mera restriktivt, så att endast stormästare får söka medlemskap. Regeln tilllämpas således inte ens på hela "kärnan" av sitt tillämpningsområde. Språkligt sett finns det ju många schackspelare som inte har någon stormästartitel. Det är språkligt otänkbart att likställa orden "schackspelare" och "stormästare". Den reducerande tolkningen beror i detta fall inte på den tolkade regelns innebörd utan t ex på klubbens utomordentligt

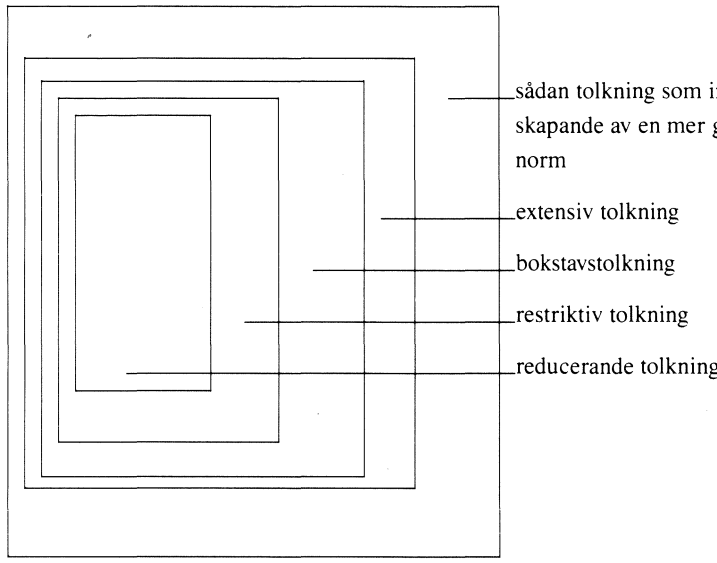
höga ambitionsnivå.

4. En *extensiv tolkning* innebär t ex att alla de personer som en gång lärt sig schackreglerna får söka medlemskap, oavsett om de någonsin spelat ett schackparti. M a o tillämpas regeln inte blott på "kärnan" av sitt tillämpningsområde utan även på de fall som bildar dess "periferi". En sådan generositet är i viss mån märklig, men det är språkligt sett fullt möjligt att kalla alla de personer som kan schackreglerna för "schackspelare".

5. Man kan till sist tänka sig att det *tillskapas en ny, mer generell regel* som innebär t ex att även bridgespelare får söka medlemskap i schackklubben. Regeln tillämpas således också på de fall som ligger klart utanför dess tillämpningsområde, t o m utanför dess "periferi" i nyss angiven bemärkelse. Det är språkligt otänkbart att kalla bridge för "schack". Det vanligaste sättet att tillskapa en ny, mer generell regel är genom *laganalogi*, se avsnitt 7.4 nedan.

I vissa fall nöjer man sig inte med en reducerande tolkning utan *eliminerar* helt och hållet den ifrågavarande regeln ur rättsordningen, t ex därför att den är obsolet. En schackklubb kan t ex successivt ändra karaktär. Först godtages även bridgespelare. Sedan avvisas alla som inte håller en mycket hög klass i något av spelen. Till sist utträder alla schackspelare, och klubben blir en elitförening i bridge. Någon kanske minns regeln "alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben" men tar den inte på allvar.

Indelningen i reducerande, restriktiv, extensiv och normskapande lagtolkning sker i princip efter tolkningsresultatet, inte efter den tolkningsmetod som kommit till användning. Det viktiga är att en regels tillämpningsområde utvidgas eller inskränks, inte vilken metod som lett till detta resultat. Indelningen belyses av följande diagram:



De rent språkligt tänkbara tolkningsformerna, dvs en extensiv, en bokstavlig och en restriktiv tolkning kan alla betraktas som en *precisering* av den ifrågavarande rättsregeln. En reducerande tolkning och ett skapande av en mer generell norm är däremot specialfall av en korrigerande tolkning.

Valet mellan de olika tolkningssätten beror på en avvägning av olika sak- och auktoritetsskäl.

7.4. Analogislut

Litteratur

J Hellner, *Rättsteori*, Stockholm 1988, avsnitt 8.6.3 (s 94). S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 22.3 (s 406 ff). Å Frändberg, *Om analog användning av rättsnormer*, Stockholm 1973, kap 4 och 5 (s 121 ff).

7.4.1. Inledning

En *laganalogi* innebär att

1) det ifrågavarande fallet ligger utanför det språkligt naturliga till-

lämpningsområdet för den ifrågavarande lagbestämmelsen, dvs både utanför dess kärna och dess periferi; men

2) fallet bedömes ändå med stöd av lagbestämmelsen, eftersom

3) lagbestämmelsen reglerar några andra fall, vilka väsentligen liknar det aktuella.

Laganalogi definieras således dels efter ett tolkningsresultat, nämligen en drastisk utvidgning av en lagbestämmelses tillämpningsområde, dels efter ett tolkningssätt, dvs ett beaktande av en väsentlig likhet mellan vissa fall.

Den för analogislutet karakteristiska likhetsbedömningen innebär ofta en avvägning av olika slags skäl och motskäl.

Jfr NJA 1981 s 1050 (avsnitt 5.1.1 ovan) där HD har gjort en allsidig jämförelse mellan retentionsrätt i olika fall, angett skäl för och mot en laganalogi och konstaterat följande: "På grund av det ovan anförda framstår ett utövande av retentionsrätt i överlämnat räkenskapsmaterial som olämpligt och det bör inte kunna komma ifråga att genom analogi från bestämmelser som de förut omnämnda medge sådan rätt...".

Laganalogin uttrycker principen "lika skall behandlas lika" och därmed hänsynen till såväl rättvisan som lagtolkningens inbördes sammanhang.

7.4.2. Luckor i lagen

Ofta använder man en laganalogi då det ifrågavarande komplexet av bestämmelser innehåller en slags *lucka*. Med en lucka menas att ett fall antingen alls inte är reglerat av rättsnormerna eller inte är reglerat på ett tillfredsställande sätt. Man skiljer mellan följande typer av luckor.

1. *Egentliga* luckor föreligger då den ifrågavarande mängden av rättsregler (a) alls inte reglerar det aktuella fallet eller (b) visserligen reglerar det men innehåller en logisk motsägelse.

a. Förstnämnda situation föreligger t ex i följande fall.

— En (högre) bestämmelse kan stadga att en viss norm av lägre dignitet skall meddelas. Normen kan inte skapas utan att man vet vem som äger kompetens att göra det och vilken procedur som skall tillämpas. Det vet man emellertid inte, eftersom kompetens- eller procedurfrågan inte reglerats.

— En bestämmelse av högre dignitet kan även förplikta ett statsorgan att meddela en norm av lägre dignitet och föreskriva normgivningsproceduren. Denna norm av lägre dignitet meddelas dock inte. Författning-

en säger t ex att riksdagen skall meddela en viss lag och hur det skall gå till, men lagen antas av någon anledning aldrig.

— Vidare kan en rättsnorm bestämma att vissa rättshandlingar skall utföras, t ex att vissa tjänster skall inrättas. Man vet emellertid inte vem som skall utföra handlingen eller hur det skall gå till.

I sådana fall kan man analogivis "hämta" direktiv från ett angränsande område. På så vis kunde t ex vissa rättegångsbestämmelser tillämpas på förvaltningsrättsliga frågor.

b. Den andra typen av egentliga luckor uppstår då de rättsnormer som reglerar det aktuella fallet innehåller en logisk motsägelse. En norm bestämmer t ex att en viss handlings giltighet kräver skriftlig form, medan en annan norm säger att skriftlig form inte krävs för handlingens giltighet. Sådana motsägelser resulterar i en lucka, eftersom de logiskt oförenliga normerna slår ut varandra. Luckan kan emellertid ibland fyllas ut genom att man analogivis tillämpar regler som hämtats från ett annat rättsområde.

2. *Oklarhetsluckor* föreligger då den ifrågavarande mängden av normer innehåller mångtydiga eller vaga ord. Även sådana luckor kan i vissa fall fyllas ut genom att man hämtar lösningar från ett annat område.

3. *Värdemässiga* luckor föreligger då den ifrågavarande normmängden reglerar det aktuella fallet men man anser att en annan reglering skulle vara bättre. I sådana fall är utrymmet för laganalogi mycket begränsat. Innan den föreliggande lagstiftningen sätts ur spel för att bereda platsen för analogier måste den bedömas som obsolet eller ogiltig.

7.4.3. Rättsanalogi och juridisk induktion

Förutom laganalogi förekommer s k "rättsanalogi", som innebär att man tillämpar allmänna och oskrivna normer härledda ur ett antal bestämmelser. Detta resonemang har följande struktur:

1) En generell norm motiveras genom att flera bestämmelser så mycket liknar varandra, att de kan uppfattas som specialfall av denna generella norm.

2) Det aktuella fallet F ligger utanför det språkligt sett naturliga tillämpningsområdet för dessa bestämmelser.

3) Å andra sidan omfattas det ifrågavarande fallet av den generella norm som motiveras av bestämmelserna.

4) Därför bedöms fallet i fråga med stöd av denna generella norm.

Som ett exempel kan man ange den s k nordiska rättsstridighetsläran, enligt vilken man inte bör vara vare sig straffrättsligt ansvarig eller skadeståndsskyldig för en handling vars nytta väger tyngre än risken att den skall framkalla skada. Ansvarsfrihetsgrunder såsom nöd, nödvärn, samtycke eller tjänsteplikt kan sålunda uppfattas som olika specialfall av denna generella och oskrivna grundsats. Den som t ex till följd av en tjänsteplikt eller i ett nödläge tvingas till att vålla en skada förhindrar ofta en annan, ännu större skada.

Antag t ex att A inte blev straffrättsligt ansvarig för att handgripligen ha kört ut B som störde en sammankomst (jfr NJA 1915 s 511). A:s ansvarsfrihet kan motiveras med att han gjort mer nytta än skada.

Jfr NJA 1962 s 31. Ett kreditupplysningsföretag hade till några kunder oriktigt uppgivit, att en person, B, varit inblandad i olagliga affärer. B krävde skadestånd på grund av ärekränkning. Företaget invände att kreditupplysningsföretagen för att fylla sin funktion måste tillåtas ta risken att meddela även oriktiga kreditupplysningar. HD biföll emellertid talan. (Till följd av senare lagstiftning har fallet numera endast ett teoretiskt intresse; se 20 § kreditupplysningslagen).

Rättsanalogi utgör ett specialfall av s k juridisk induktion; se avsnitt 5.4.2 ovan. Ett annat specialfall utgörs av en generalisering utifrån ett antal *rättsfall* som liknar varandra. Rättsfallens utgång uppfattas som ett uttryck för en generell norm. Ett nytt rättsfall kan sedan bedömas med stöd av denna generella norm.

Den juridiska induktionen rättfärdigas på samma sätt som laganalogin: den uttrycker principen "lika skall behandlas lika" och därmed såväl rättvisan som kravet på argumentationens inre sammanhang.

7.4.4. Motsatsslut

Om man bestämmer sig för att inte använda analogislutet kan en annan juridisk slutledning i stället följas, nämligen *motsatsslutet* (argumentet *e contrario*). Vi skiljer mellan ett svagt och ett starkt motsatsslut.

Ett *svagt* motsatsslut föreligger då man anser att skäl för att använda ett analogislut inte är tillräckliga. Följande exempel belyser denna situation:

Premiss	Alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben.
Slutsats	Ingen tillräcklig grund föreligger för att hävda, att också bridgespelare får söka medlemskap i schackklubben.

Ett *starkt* motsatsslut föreligger då följande villkor är uppfyllda: Det aktuella fallet regleras inte av någon rättsnorm. Det behandlas därför på motsatt sätt jämfört med de av denna norm reglerade fallen.

Följande exempel kan anges:

Premiss	Alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben.
Slutsats	Inga bridgespelare får söka medlemskap i schackklubben.

Det starka motsatsslutet kan framställas som bestående av ett värderande och ett logiskt steg. Det värderande steget är följande:

Premiss	Alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben.
Slutsats	*Endast* schackspelare får söka medlemskap i schackklubben.

Det logiska steget är detta:

Premiss	Endast schackspelare får söka medlemskap i schackklubben.
Slutsats	Inga bridgespelare får söka medlemskap i schackklubben.

Som sagt utgör rättviseprincipen "lika skall behandlas lika" den huvudsakliga grunden för analogislutet. Motsatsslutet stöder sig å andra sidan på respekt för lagen. Valet mellan analogislut och motsatsslut innebär således en avvägning mellan rättviseskäl och respekten för lagen. Eftersom myndigheternas benägenhet att följa lagen gör rättsliga avgöranden förutsebara, kan man säga att detta val bestäms av en avvägning mellan rättvise- och förutsebarhetskraven, och därmed mellan två olika *rättssäkerhetsaspekter.*

7.4.5. Valet mellan analogi och motsatsslut

Enligt främst Alf Ross är analogislut och motsatsslut inte några metodiska redskap. Domaren når först det resultat han finner rimligt och anger sedan tillämplig metod. Metoden väljs i efterhand efter önskat resultat. Kritiken är befogad såtillvida att domaren inte effektivt kan motivera sina avgöranden genom att kort och gott säga: här har jag använt analogi, eller: här har jag använt motsatsslut. Ett sådant påstående har ett mycket begränsat värde om domaren inte därutöver låter förstå varför analogin valdes i stället för motsatsslut, eller tvärtom.

På en punkt lär dock kritiken vara överdriven. Analogislut och motsatsslut är visserligen inga fullständiga argument, men inte heller är de tomma etiketter. De anger inte själva skälen för valet, men väl den riktning i vilken skälen kan sökas. Analogislutet innebär att man argumenterar för att med stöd av några likheter utvidga en rättsnorm och motsatsslut innebär att man argumenterar mot en sådan utvidgning. De är m a o *argumentformer*, s a s "lådor" som måste fyllas med innehåll.

Följande argumentationsnormer är till hjälp vid valet mellan analogi- och motsatsslut:

A. Väsentlighetsnormen

(Argumentationsnorm 14)	Endast om en likhet mellan skilda fall är väsentlig utgör den en tillräcklig grund för ett analogislut.

B. Normer som främjar beslutsfattandets förutsebarhet

(Argumentationsnorm 15)	Bestämmelser som anger *tidsfrister* får inte användas analogiskt. Inte heller får de tolkas extensivt, om inte synnerligen starka skäl talar för en sådan tolkning.
(Argumentationsnorm 16)	Bestämmelser som uttrycker tillräckliga villkor för att en viss generell norm *undantagsvis* inte skall följas får inte tolkas vare sig analogiskt eller extensivt, om inte starka skäl talar för en sådan tolkning.

Denna norm är nästan identisk med den kända men något omstridda maximen "undantag är inte till för att utsträckas". Bestämmelser som utgör undantag från mer allmänna rättsnormer får inte tolkas vare sig analogiskt eller extensivt, om inte starka skäl talar för en sådan tolkning.

"Den, som avgivit en viljeförklaring, vilken i följd av felskrivning eller annat misstag å hans sida fått annat innehåll än åsyftat varit, vare icke bunden av viljeförklaringens innehåll, där den, till vilken förklaringen är riktad, insåg eller bort inse misstaget" (32 § 1 st avtalslagen). Det vore onaturligt att genom en extensiv eller analogisk tolkning dra slutsatsen, att viljeförklaringen inte heller vore bindande när mottagaren varken ägt eller bort äga kännedom om misstaget. I förarbetena (Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar..., 1914, s 140) ansågs emellertid en sådan tolkning som tänkbar, men blott i särskilda fall.

(Argumentationsnorm 17) Endast starka skäl kan motivera ett analogislut som leder till slutsatsen, att ett *fel* skulle föreligga i en lagtext.

(Argumentationsnorm 18) Allt som *inte är förbjudet* av lagen skall anses vara *tillåtet*, om inte starka skäl talar för motsatsen.

Denna liberala norm innebär att förbudsstadganden i princip skall tolkas genom motsatsslut och således inte analogiskt.

(Argumentationsnorm 19) Bestämmelser som motiverar att en person *straffas eller pålägges bördor* får inte tolkas vare sig analogiskt eller extensivt, om inte synnerliga skäl talar för en sådan tolkning.

Följande två specialfall är av största vikt.

a) Den straffrättsliga legalitetsprincipen innebär att ingen gärning får anses som ett brott och inget straff åläggas utan stöd av lag; jfr 2 kap 10 § 1 st den svenska regeringsformen.

I vissa fall har dock den svenska HD tillämpat straffbestämmelser analogiskt.

NJA 1959 s 254. Två män som på arbetsplatsen vårdslöst lämnat en iridiumisotop obevakad dömdes för att de framkallat "allmän fara... genom att... sprida gift eller dylikt" (19 kap 7 § strafflagen; numera 13 kap 7 § brottsbalken). Att *lämna* isotopen utan bevakning bedömdes analogiskt med dess *spridande*.

NJA 1956 C 187. Ett hot som av den hotade felaktigt uppfattats som innebärande trängande fara likställdes med ett hot som verkligen inneburit sådan fara.

b) Den skatterättsliga principen "ingen skatt utan lag" talar mot en analogisk och extensiv tolkning av bestämmelser som ålägger en person skatt.

C. Skillnaden mellan analogi och extensiv lagtolkning

(Argumentationsnorm 20) Inte alla skäl som kan åberopas för en extensiv lagtolkning är tillräckligt starka för att motivera ett analogislut.

D. Normer som främjar beslutsfattandets uniformitet

(Argumentationsnorm 21) Analogislut får tillämpas *i dispositiva civilrättsliga fall*, om inte klara skäl talar för motsatsen.

Med hänsyn till civilrättens rika innehåll är det emellertid svårt att formulera några mer exakta argumentationsnormer.

(Argumentationsnorm 22) Endast i undantagsfall får en oskriven prejudikatsregel tolkas genom motsatsslut.

Prejudikaten utgör oftast underlag för endast vaga prejudikatsregler. Vaghet medför alltid tveksamhet om det berättigade i ett motsatsslut.

E. Slutsatser

Normerna om valet mellan analogislut och motsatsslut är visserligen vaga. Ändå bidrar de till en optimal avvägning mellan hänsyn till beslutsfattandets förutsebarhet och dess uniformitet. Den sistnämnda egenskapen är väsentlig ur såväl rättvisesynvinkel — lika skall behandlas lika — som förnuftssynvinkel: uniformiteten ökar rättens inre sammanhang. Därmed finner både analogislut och motsatsslut sin plats i den juridiska argumentationen. De är argumentformer som måste fyllas med innehåll. Formerna måste nämligen innefatta åberopande av skäl som återspeglar rättssäkerhetskravet på en förnuftig avvägning mellan beslutsfattandets förutsebarhet och dess etiska godtagbarhet.

7.4.6. Valet mellan flera analogier

Ett aktuellt fall kan likna de fall som omfattas av en regel, samtidigt som det ur en annan synvinkel kan likna andra fall, reglerade av en annan regel. Om laganalogi är påkallad men reglerna i fråga är oförenliga, måste man välja mellan (åtminstone) två analogier.

NJA 1950 s 650. En person påkördes av en bil och skadades så att han blev arbetsoförmögen under en tid. Kort därefter drabbades han av magsår, som inte hade något samband med olyckan, och blev arbetsoförmögen även av denna anledning. Fallet gällde ett val mellan olika tolkningar av 2 kap 1 § skadeståndslagen. ("Var och en som... vållar person- eller sakskada skall ersätta skadan..."). Bestämmelsen kan antingen tolkas så att den (1) föreskriver skadeståndsskyldighet vid alla slags skadeorsaker, såväl tillräckliga som nödvändiga, eller att den (2) blott stadgar skadeståndsskyldighet vid nödvändiga skadeorsaker. Fallets utgång har påverkats av valet mellan två möjliga analogier: den mellan sjukdom och en "normal" omständighet å ena sidan och den mellan sjukdom och en tredje parts vållande å andra sidan. Om man analogivis jämställer magsåret med en sådan normal omständighet som t ex pensionsålderns inträde, "blir resultatet att den skadeståndsskyldige ej skall utge ersättning för förlorad arbetsförtjänst under den tid som magsåret verkar. Om man å andra sidan anser att situationen bör jämställas med den när båda orsakerna går tillbaka på vållande... leder analogien till motsatt resultat: den omständigheten att den ytterligare orsaken (magsåret) i detta fall är kasuell bör visserligen medföra att den skadelidande ej har mer än en skadevållare att hålla sig till, men den bör ej medföra att han saknar rätt att hålla sig till denne."

Valet mellan olika analogier bör styras av samma väsentlighetsbedömning som gör sig gällande vid användningen av *en* analogi. Man bör först och främst väga samman skäl för och mot tillämpning av varje analogi för sig. Därmed bestäms hur väsentliga de aktuella analogierna är. Sedan bör man väga dessa mot varandra. Vid en samlad avvägning bör hänsyn tas till alla relevanta juridiska sak- och auktoritetsskäl.

7.4.7. Argument a fortiori

Följande argumentationsnormer uttrycker två former av det s k *a fortiori* argumentet:

(Argumentationsnorm 23)	Om lagen tillåter någon att göra mer, är det också tillåtet att göra mindre (*a maiori ad minus* argumentet).

(Argumentationsnorm 24) Om lagen förbjuder någon att göra mindre, är det också förbjudet att göra mer (*a minori ad maius* argumentet).

A fortiori argumentet utgör egentligen ett analogislut, förstärkt med en värdering avseende frågan vad som är "mer" respektive "mindre".

I ett fåtal fall kan förhållandet mer-mindre fastställas värderingsfritt medelst logisk deduktion eller empiriska iakttagelser. En dövstum är således mer handikappad än en stum person. Om dövstumma får utföra vissa rättshandlingar kan man därför dra slutsatsen, att även stumma (men inte döva) också får göra det med än större rätt.

Betydligt oftare är förhållandet mer-mindre beroende av en värdering, som antingen uttrycks i rättskällorna eller är helt "fri". Äganderätt kan t ex anses vara "mer" än bostadsrätt. Om en bostadsrättsinnehavare får disponera sin bostad på ett visst sätt, är det desto säkrare att också en villaägare får göra det.

En värderande slutledning *a fortiori* kan emellertid också slå fel. Enligt 20 kap 3 § 2 st brottsbalken svarar man för att oaktsamt röja en uppgift som man är pliktig att hemlighålla. Att meddela en sådan uppgift för pressen kan värderas som "mer" än att röja den för bestämda personer. Inte desto mindre är ett oaktsamt utlämnande av hemliga uppgifter för publicering straffritt, jfr 7 kap 3 § tryckfrihetsförordningen.

Som det sistnämnda exemplet visar, konkurrerar den värdering som bestämmer vad som är "mer" respektive "mindre" med andra värderingar, vilka kan stödjas på olika slags skäl. Den samlade bedömningen bestäms av avvägning mellan samma hänsyn som gör sig gällande vid andra former av analogislut.

7.5. Teleologisk lagtolkning

Litteratur

S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 23.2 (s 428 ff). J W F Sundberg, *Fr Eddan t Ekelöf*, Repetitorium om rättskällor i Norden, Stockholm 1978, avsnitt 88 (s 279 ff). H T Klami, *Föreläsningar över juridikens metodlära*, 2 uppl, Uppsala 1989, avsnitt II 3 (s 45—52). T Eckhoff, *Rettskildelaere*, 2 uppl, Tano 1987, kap 4 (s 86 ff). P O Ekelöf, *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?*, Lund 1951. P O Ekelöf, *Rättegång 1*, 5 uppl, Stockholm 1977, § 1.10 ("Tillämpning av processuella stadganden"). I Agge, Abstrakt norm och konkret verklighet, *Festskrift t Eberstein*, Stockholm 1950, s 7 ff. K Grönfors, Ändamålsförskjutning

och rättssäkerhet, *SvJT* 1960, s 12 ff. Ph Hult, Lagens bokstav och lagens andemening, *SvJT* 1952, s 579 ff. Å Malmström, Till frågan om lagtolkningsmetoderna, *SvJT* 1952, s 657 ff. A Ross, *Om ret og retfaerdighed*, Köpenhamn 1953, s 159 ff. H Thornstedt, Legalitet och teleologisk metod i straffrätten, *Festskrift t Herlitz*, Stockholm 1955, s 319 ff. F Schmidt, Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen, *Festskrift t Ekelöf*, Stockholm 1972, s 569 ff. S Strömholm, Teleologisk metod och likformig argumentation, *Festskrift t Ekelöf*, Stockholm 1972, s 671 ff.

7.5.1. Strukturen

Genom teleologisk lagtolkning fastställs lagens ändamål. Teleologisk tolkning utgör ett specialfall av en *konsekvensinriktad ("målrationell") argumentation*, vars grundstruktur är följande:

Premiss 1	Ändamålet Ä bör förverkligas.
Premiss 2	Om man inte gör H kan Ä inte förverkligas.
Slutsats	Man bör göra H.

Handlingen H bör utföras eftersom dess konsekvens Ä utgör det påbjudna ändamålet.

Teleologisk lagtolkning kan schematiskt uttryckas på följande sätt:

Premiss 1	Ändamålet Ä bör förverkligas.
Premiss 2	Om lagbestämmelsen L inte tolkas på ett visst sätt, T, kan Ä inte förverkligas.
Slutsats	Lagbestämmelsen L bör tolkas på sätt T.

Det är naturligt att beakta lagens ändamål. Lagen består av normer, och en norms poäng är att tjäna ett ändamål. En norms mening är m a o sådan att den inte kan förstås på ett fullständigt sätt om hänsyn inte tas till det ändamål (eller den "vilja") som normen uttrycker.

7.5.2. Subjektiv och objektiv teleologisk lagtolkning

Den *subjektivteleologiska* lagtolkningen baserar sig på en uppfattning om lagstiftarens vilja. Denna uppfattning kan i sin tur stödja sig på lagens förarbeten. Den subjektivteleologiska lagtolkningens grundstruktur kan åskådliggöras på följande sätt:

Premiss 1	Lagbestämmelsen L bör tolkas enligt lagstiftarens vilja.
Premiss 2	Lagstiftaren vill att ändamålet Ä skall förverkligas.
Premiss 3	Om lagbestämmelsen L inte tolkas på ett visst sätt, T, kan Ä inte förverkligas.
Slutsats	Lagbestämmelsen L bör tolkas på sätt T.

Förarbetenas roll i detta sammanhang kan belysas av följande slutledning:

Premiss 1	Lagbestämmelsen L bör tolkas enligt lagstiftarens vilja.
Premiss 2	Lagstiftarens vilja uttrycks i lagens förarbeten.
Premiss 3	Förarbetena slår fast att ändamålet Ä skall förverkligas.
Premiss 4	Om lagbestämmelsen L inte tolkas på ett visst sätt, T, kan Ä inte förverkligas.
Slutsats	Lagbestämmelsen L bör tolkas på sätt T.

Premisserna 1 och 2 tas ofta för givna. Ibland glömmer man bort dem och utgår helt enkelt från att förarbetena bör följas.

Den *objektivteleologiska* lagtolkningens grundstruktur är däremot följande:

Premiss 1	Avvägning mellan olika juridiska sak- och auktoritetsskäl stödjer slutsatsen att ändamålet Ä bör förverkligas.
Premiss 2	Om lagbestämmelsen L inte tolkas på ett visst sätt, T, kan Ä inte förverkligas.
Slutsats	Lagbestämmelsen L bör tolkas på sätt T.

7.5.3. Den klassiska och den radikalteleologiska lagtolkningen

Har några andra tolkningsmetoder företräde framför den teleologiska? Det klassiska svaret på denna fråga är att den teleologiska lagtolkningen bör tillämpas först som den sista utvägen, sedan det trots användning av den bokstavstrogna, den logiska, den systematiska och den historiska metoden konstateras att den tolkade bestämmelsen kvarstår som vag.

En *radikalteleologisk* riktning kräver å andra sidan, att den teleologiska lagtolkningen används på alla tolkningsproblem, och från allra första början av tolkningsprocessen.

I finsk rättskipning och rättsvetenskap har den klassiska modellen i förening med *objektivteleologisk* tolkning uppfattats på följande sätt.

Då lagtexten medger två eller fler tolkningsalternativ, trots att de andra argumentationsstegen redan utförts, undersöker man de olika alternativens *hypotetiska konsekvenser.* En sådan konsekvens kan vara antingen empirisk (t ex mildare straff kan orsaka ökad brottslighet) eller analytisk, t ex en systematisk tolkning av en lagbestämmelse kräver en viss tolkning av en annan lagbestämmelse.

Sedan vägs de möjliga konsekvenserna och sätts i en viss preferensordning — t ex fastslås att konsekvens x är bättre än konsekvens y.

Till sist dras slutsatsen: Eftersom

— konsekvens x är bättre än y; och

— x utgör en följd av tolkning A medan y är en följd av B,

måste tolkning A föredras före tolkning B.

7.5.4. Ekelöfs lära. Inledning

Den radikalteleologiska lagtolkningen associeras i Sverige främst med namnet *Per Olof Ekelöf.* Hans åsikter kan sammanfattas på följande sätt.

1. Lagen skall utan vidare tillämpas på *ordinära* fall, vilka utan tvekan omfattas av dess *ordalydelse* enligt vanligt språkbruk.

2. Denna tolkning påverkar *utgången* av ordinära fall.

3. De ordinära fallens utgång kan tänkas leda till vissa samhälleliga *verkningar.*

Ekelöf kallar också dessa verkningar för lagens "faktiska funktion", "praktiska funktion" och "helhetsresultat".

4. En del av dessa verkningar utgör lagens *ändamål* (dvs de verkningar som lagen borde ha).

5. Ändamålet bör avgöra lagtolkningen i *säregna* fall.

I sådana fall bör rättstillämpningen inte känna sig bunden av lagens förarbeten, inte heller bör någon komplicerad, systematisk eller logisk tolkning utföras. I stället bör lagtolkningen anpassas till det sålunda fastställda ändamålet.

6. Ekelöf medger emellertid att även prejudikat — men inte förarbeten — utgör viktiga lagtolkningsdata. Om ett prejudikat finns som kan belysa lagtolkningen i det säregna fallet följer Ekelöf prejudikatet, även om han kanske skulle ha löst det fallet på något annat sätt om prejudikatet inte funnits.

Ekelöf anger följande exempel. 45 kap 5 § 1 st rättegångsbalken har följande lydelse:

"Väckt åtal må icke ändras. Åklagaren äge dock mot samme tilltalade utvidga åtalet att avse annan gärning, om rätten med hänsyn till utredningen och andra omständigheter finner det lämpligt."

Låt oss antaga att flera personer åtalas för att gemensamt ha begått ett antal stölder. En åtalas endast för delaktighet i en enda stöld. Omedelbart före huvudförhandlingens början ändrar dock åklagaren åtalet så att vederbörande inte längre åtalas för denna stöld utan i stället för delaktighet i en av de andra stölderna. Den tilltalade erkänner, och det föreligger också andra bevis för brottet. Är en sådan åtalsändring tillåten? Lagens ordalydelse talar mot denna slutsats. Ekelöf anser emellertid att ändringen bör tillåtas. Han frågar sig först till vilka verkningar en tillämpning av lagrummet leder i ordinära fall. Någon åtalas för ett brott, och senare utvidgas åtalet till att även avse ett annat brott. Båda behandlas i samma process. Alla inblandade spar tid, pengar och bekymmer, jämfört med vad som skulle orsakas av två processer. Ekelöf konstaterar att denna besparing utgör lagens ändamål. Till sist återkommer han till det ovan angivna, säregna fallet och slår fast att samma besparing uppstår även när någon under de angivna omständigheterna åtalas för ett brott *i stället* för ett annat. Alltså är åtalsändringen tillåten.

Ekelöfs metod har följande starka punkter.

1) Den beaktar lagens ändamål.

2) Den bidrar till att avgöranden i ordinära och säregna fall får samma

verkningar. Därmed ökar beslutsfattandets generalitet och, som vi tidigare sett, tillgodoses då rättvise- och motiveringskrav.

Metoden är alltså rimlig och bör tillämpas i vissa fall. Men vissa problem medför att den trots Ekelöfs högt ställda anspråk endast får komplettera, *men inte ersätta* andra, mer traditionella tolkningsmetoder.

7.5.5. Ekelöfs lära. Precisionsproblemet

Ekelöfs tolkningsmetod är inte mer exakt än de övriga metoderna. Oklarhet uppstår vid klargörande av a) ordinära fall, b) lagens verkningar och c) lagens ändamål.

a) Vilka fall är ordinära respektive säregna? Säregna är inte endast de fall som ligger utanför lagens bokstav utan även de mer sällan förekommande eller med speciella omständigheter förenade fall som ordalydelsen i sig omfattar. Ordinära åter är de fall som antingen har en mycket stor betydelse eller — som Ekelöf säger — är "så iögonfallande att lagens upphovsmän ej kan ha undgått att uppmärksamma dem". Dessutom kan samhällsförhållandena ändras efter lagens tillkomst, så att en ny typ av fall blir ordinära, trots att lagens upphovsmän inte kunde förutse dem. Man måste alltså till sist sätta sin lit till en avvägning mellan olika vaga kännetecken för att kunna skilja mellan ordinära och säregna fall.

b) Vilka är lagens faktiska verkningar i ordinära fall? I vissa fall kan frågan besvaras genom sociologiska undersökningar. I andra fall skulle Ekelöf troligen nöja sig med en plausibel hypotes om lagens sannolika verkningar. Men det kan finnas flera sådana hypoteser. Hur kan man välja bland dem?

c) Ännu svårare är det att på Ekelöfs sätt fastställa lagens ändamål. En del faktiska verkningar av lagens tillämpning på ordinära fall uppfattas av Ekelöf som identiska med ändamålet, dvs med de verkningar lagen *bör* ha. "En del" betyder dock inte "alla". På vissa motorväger har man t ex sänkt hastighetsbegränsningen till nittio kilometer i timmen. Vilka är verkningarna? Utsläpp av vissa miljöfarliga ämnen minskar något. Antalet laglydiga förare minskar likaledes. Till sist ökar antalet trafikolyckor, eftersom — som en taxiförare uttryckte saken — vi inte kan köra sovande. Hastighetsbegränsningens ändamål består självfallet i att skydda miljö och trafikanter, inte i att minska laglydnaden eller öka trafikfaran. Lagens ändamål är den verkan som enligt den tolkandes omdöme är av godo. Men vem vet med säkerhet vilka verkningar av t ex en komplicerad skattelagstiftning som är goda respektive onda?

Mycket ofta behövs en komplicerad avvägning mellan många olika skäl för att *på en gång* kunna besvara frågorna om identifiering av ordinära fall, lagens verkningar och lagens ändamål. En preliminär bestämning av ordinära fall hjälper vid ett preliminärt bestämmande av lagens ändamål. Det sistnämnda hjälper sedan vid ett mer nyanserat bestämmande av ordinära fall. På detta sätt kan man fördjupa insikten i lagens ändamål. Man resonerar fram och tillbaka, till dess man är nöjd med resultatet. En sådan avvägning förekommer självfallet även vid andra lagtolkningsmetoder. Ekelöfs metod intar ingen särställning.

7.5.6. Ekelöfs lära. Problemet med flera ändamål

Metoden är också svårtillämpad när det gäller stadganden med flera ändamål, vilka ofta står i ett motsatsförhållande till varandra.

Inom civilrätten konkurrerar således parternas olika intressen. Inom skadeståndsrätten konkurrerar t ex den skadelidandes kompensationsintresse med skadevållarens rättssäkerhet. Inom förvaltningsrätten måste myndigheter ofta göra en rätt komplicerad intresseavvägning. Vissa skatterättsliga normer åsyftar en avvägning mellan statens ekonomiska intressen, det allmänna rättssäkerhetsintresset, näringslivets effektivitetsintresse, den skattskyldiges rättssäkerhetsintresse och skattemyndigheternas arbetsekonomiska intressen. På straffrättens område erkänner man inte endast prevention, att hindra gärningsmannens återfall i brott och att avskräcka andra potentiella förbrytare, utan även vård — att bättra gärningsmannen — och vedergällning. T o m i Ekelöfs ovan anförda processrättsliga exempel har man att göra med två motsatta ändamål. Bestämmelsen om åtalsändring åsyftar ju inte bara till att garantera de ovan beskrivna besparingarna. Om det vore så, skulle alla åtalsändringar vara tillåtna, bara de ledde till en minskning av kostnaderna för rättegången. Det konkurrerande ändamålet är självfallet att skydda den tilltalade mot helt oväntade åtalsändringar som skulle ge åklagaren medel att trakassera en misshaglig person och försvåra dennes försvar.

Man kan även skilja mellan direkta och indirekta ändamål. Ett skadeståndsrättsligt stadgande kan t ex direkt åsyfta att skadan kompenseras och indirekt ta sikte på den samhällsekonomiskt optimala fördelningen mellan skadeståndets och försäkringsväsendets uppgifter.

Vidare måste man skilja på 1) ändamålet med den ifrågavarande bestämmelsen; 2) ändamålet med andra bestämmelser som måste beaktas; 3) ändamålet med den del av rättsordningen till vilken bestämmelsen

hör; och 4) ändamålet med hela rättsordningen. Även om ett visst stadgande endast åsyftar billigare rättegångar, får man inte förbise att andra regler kan åsyfta att garantera den tilltalades rättssäkerhet. Bland de ändamål som är karakteristiska för en viss del av rättsordningen kan följande nämnas. Att skydda avtalsfriheten är ett typiskt ändamål för obligationsrätten. Syftet att göra rättsförhållandena så offentliga som möjligt är däremot typiskt för sakrätten. Prevention är typisk för straffrätten. Kompensation är typisk för skadeståndsrätten. Ändamålet att vidmakthålla rättssäkerheten är ett typiskt syfte för hela rättsordningen.

Då flera ändamål konkurrerar med varandra måste som sagt en avvägning göras. Därvid behöver man många skäl och motskäl, dvs en mer komplicerad tolkningsmetod än den som Ekelöf förespråkar. Slutsatsen måste bli att Ekelöfs metod innebär en alltför stor förenkling.

7.5.7. Ekelöfs lära. Problemet med den förenklade rättskälleläran

För enkelhets skull skar Ekelöf ned rättskällematerialet till ett minimum och godkände endast sin egen lagtolkningsmetod. Man bör i enlighet härmed i princip beakta bara lagen, dess verkningar och det egna omdömet, som säger vilka av dessa verkningar som är goda. Varför bör man inte också ta hänsyn till förarbetena eller de i den juridiska litteraturen etablerade argumentationsnormerna angående analogislutet och annat? Ekelöf hoppas på att denna förenkling gör hans metod mer objektiv, mindre beroende av personliga värderingar. Men som sagt är denna förhoppning orealistisk. Tvärtom förloras viktiga hjälpmedel, vilka skulle kunna begränsa utrymmet för värderingar.

Ekelöfs idé att sålunda skära ner juridikens källmaterial kan måhända ses som ett uttryck för den radikala optimism som bl a präglade femtiotalets reformistiska debatt. Han hävdar egentligen att beslutsfattarens omdöme är tillräckligt gott för att med lagtextens och det radikalt beskurna rättskällematerialets stöd fastställa lagstadgandets förnuftiga ändamål. Vår uppfattning är försiktigare. Det är över huvud taget svårt för både lagstiftare och beslutsfattare att räkna ut vad som är bäst för parterna och samhället. Vårt århundrade är ju den misslyckade samhällsplaneringens tid. Alla behöver traditionens hjälp för att ens närma sig den relativt bästa lösningen på mellanmänskliga konflikter, såväl generellt som i särskilda fall. Den hävdvunna juridiska metoden är den samhälleliga traditionens viktiga redskap. Man bör akta sig för att förkasta den.

7.5.8. Ekelöf och uppsalaskolan

Indirekt godkänner också Ekelöf den klassiska juridikens metod, då han inte vågar beröva beslutsfattaren *alla* sådana hjälpmedel. För Ekelöf är således prejudikat — men inte förarbeten — en rättskälla av beskaffenhet att böra beaktas vid sidan av lagen. Men varför ger han endast med sig när det gäller prejudikat? Varför skall man inte följa hela den hävdvunna rättskälle- och metodläran? Kanske har Ekelöfs bakgrund — dvs uppsalaskolans skepticism gentemot traditionell juridik — förhindrat honom att ta steget fullt ut och godkänna alla klassiska rättskällor och tolkningsmetoder?

Samma bakgrund förklarar måhända varför lagens ändamål enligt Ekelöf måste fastställas på en omväg, dvs endast på grund av dess verkningar. Här uppstår följande frågor.

— Antagandet att lagtolkning blott och bart bör bedömas efter sina verkningar hänger samman med den filosofiska uppfattningen, enligt vilken all förnuftig värdering av mänskliga handlingar måste bygga på en bedömning av deras verkningar. De förespråkare för uppsalaskolan som över huvud taget kunde tänka sig några förnuftiga värderingar hade en stark benägenhet att basera dessa på en konsekvensbedömning.

— Ekelöf litar tydligen mer på både rättssociologiska hypoteser om lagens verkningar och den enskilde beslutsfattarens intuitiva omdöme rörande verkningarnas likhet med ändamålet än på förarbetens klara ord. Måhända vill han till varje pris stödja lagtolkningen på rättssociologisk forskning, dvs på det enda som i detta sammanhang kan tänkas uppfylla uppsalaskolans vetenskapsideal. Men denna flykt till rättssociologin behövs inte, eftersom de vid den hävdvunna lagtolkningsmetoderna ofrånkomliga värderingarna *kan* stödjas på sammanhängande skäl.

7.5.9. Ekelöfs lära. Slutsatser

Trots Ekelöfs motsatta uppfattning kan man misstänka, att de traditionella juridiska lagtolkningsmetoderna totalt sett leder till större rättssäkerhet än Ekelöfs radikala förenkling. I den juridiska debatten har genom tiderna den komplicerade tolkningstraditionen om och om igen testats ur bl a rättssäkerhetssynvinkel. Kan allt detta verkligen ha varit värdelöst?

Ekelöfs metod bör tillämpas, men i begränsad utsträckning, såvida inte skäl finns för att använda andra tolkningsmetoder. Metoden förtjänar således ingen monopolställning.

Kapitel 8
Det enda rätta svaret på svåra rättsfrågor?

Litteratur

A Peczenik, *Rätten och förnuftet*, 2 uppl, Stockholm 1988, avsnitt 3.7 (s 169 ff). M Oker-Blom, En enda riktig lösning trots allt? — Dworkin mot finländsk bakgrund, *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1978, kap 9 (s 229 ff). R Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1977, kap 4 (s 81 ff). R Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, kap 1—3 och 6—7 (s 1—113 och 175—275. A Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/ Boston/ London 1989, avsnitt 5.8 (s 301 ff).

8.1. Utgångspunkt: rationalitet och rättssäkerhet

Vi har karakteriserat tre olika rationalitetskrav, nämligen kraven på logisk rationalitet, sammanhangsrationalitet och debattrationalitet. Inom juridiken spelar dessa krav följande roll.

— *Logisk rationalitet* innebär att en juridisk ståndpunkt, rörande t ex en lagtolkningsfråga, kan framställas som en logisk slutsats av vissa språkligt korrekta och logiskt motsägelsefria premisser.

— *Sammanhangsrationalitet* innebär att dessa premisser har en väl sammanhängande motivering.

— *Debattrationalitet* innebär slutligen att man kan föra en saklig och opartisk debatt om juridiska frågor.

Rationalitetskraven begränsar godtycke i juridisk argumentation. Begränsningen är rätt effektiv, eftersom juristerna förfogar över en stor mängd väl sammanhängande premisser för sina slutsatser. Så är fallet tack vare att vissa satser *förutsätts,* tas för givna inom juridiken. Det som tas för givet inom juridiken omfattar bl a antagandet om att den juridiska argumentationen baserar sig på gällande rätt; att vissa rättskällor, såsom lagen, är bindande; att den juridiska argumentationen inte får vara godtycklig; att den måste styras av vissa normer; och att rättstillämpningen bör vara etiskt godtagbar.

Kravet på att den juridiska argumentationen inte får vara godtycklig

innebär närmare bestämt att denna måste bidra till *materiell rättssäkerhet* vilken innebär att rättsliga beslut baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska hänsyn.

8.2. Dworkins teori

Låt oss anta att ett visst exempel på juridisk argumentation i hög grad uppfyller dessa rationalitetskrav. Garanterar då argumentationen att man alltid finner *ett enda rätt svar på en svår rättsfråga*?

Tesen om det enda rätta svaret har en stark och en svag version.

Den starka versionen förespråkades t ex av vissa extrema former av såväl naturrättsläran som den s k begreppsjurisprudensen. Den hävdade följande:

— *Det finns* ett enda rätt svar på varje rättsfråga; och
— det är alltid *möjligt att finna* det rätta svaret.

Den svaga versionen kan beskrivas på följande sätt:

— *Det finns* ett enda rätt svar på varje rättsfråga; men
— det är *inte* alltid *möjligt att finna* det rätta svaret.

Den berömda angloamerikanska rättsfilosofen *Ronald Dworkin* förespråkar den svaga versionen. Enligt Dworkin är domaren bunden såväl av rättsregler som av rättsprinciper. De sistnämnda uttrycker rättigheter. Domstolarnas uppgift består i att fastställa en parts rättigheter. Det finns ett enda rätt svar på varje rättighetsfråga, och detta alldeles oavsett hur svår frågan är. Visserligen kan en vanlig domare ha stora problem med att finna svaret, men den perfekte "domaren Hercules" skulle lyckas därmed. "Domaren Hercules" är en idealmodell som har följande egenskaper:

— obegränsad tid till förfogande,
— obegränsad frihet,
— obegränsad kunskap,
— obegränsad intelligens,
— inga fördomar, och
— ständig vilja att finna det bäst motiverade svaret på alla rättsfrågor.

"Domaren Hercules" skulle enligt Dworkin misslyckas med att finna det enda rätta svaret endast om skälen för och mot ett visst avgörande vägde exakt lika. Det finns emellertid så många rättskällor och etiska

sakskäl att en sådan jämvikt inte är sannolik. Därför finns det enligt Dworkin verkligen ett enda rätt svar på varje rättsfråga.

8.3. Olika juridiska skäl kan vara omöjliga att jämföra

Man kan likväl hävda att Dworkins tes om det enda rätta svaret är falsk. Dworkin räknar endast med följande tre möjligheter: (a) skälen väger tyngre; (b) motskälen väger tyngre; och (c) skälen och motskälen har samma tyngd. Han förbiser en fjärde möjlighet: (d) skälen och motskälen är ojämförbara, dvs man kan aldrig veta vilka som väger tyngre.

Möjligheterna (c) och (d) innebär att juridisk argumentation slutar med osäkerhet. Ännu större blir osäkerheten då *olika individer* försöker finna det gemensamma svaret på svåra rättsfrågor.

Det finns följande orsaker till detta.

1) Först och främst innehåller såväl det etiska som det juridiska språket många vaga, däribland värdeöppna ord.

Denna omständighet skulle emellertid inte övertyga Dworkin. Han vet givetvis att lagens ord kan vara lexikaliskt vaga. Han anser ändå att de är *kontextuellt* exakta, nämligen att den etiska argumentation som beaktar alla etiskt relevanta hänsyn ger ett tillräckligt stöd för deras exakta tolkning.

2) En mer djupgående anledning till att såväl etiska som juridiska skäl och motskäl kan vara ojämförbara hänger samman med vår *värderationalistiska uppfattning* om den roll som olika individers personliga preferenser spelar vid avvägning av dessa skäl. Det finns visserligen ett etablerat språkbruk och en etablerad kulturtradition som bestämmer att vissa fakta kan och bör beaktas som provisoriska (*prima facie*) skäl för praktiska satser. Definitiva (inte blott *prima facie*) etiska och juridiska slutsatser förutsätter emellertid en *slutgiltig avvägning* mellan olika sådana skäl. Vi har hävdat att denna avvägning ytterst vilar på betraktarens personliga och intuitiva preferenser (och "känslor").

Denna uppfattning skiljer sig som sagt både från värdenihilism, som endast betonar känslor, och från värdekognitivism, som underskattar de personliga preferensernas roll. Dworkin är emellertid värdekognitivist. Han skulle förneka, att den enskildes intuitiva preferenser spelar en så avgörande roll.

3) Därför måste man betrakta saken på ett ännu mer djuplodande sätt

och då kommer följande omständigheter in i bilden:

— Ytterst har alla människor en viss frihet att godta eller förkasta olika värdesystem. Visserligen föredrar en normal människa en väl motiverad (dvs väl sammanhängande) etisk och juridisk uppfattning framför en mindre väl motiverad. Den nödvändiga betingelsen för att en sådan slutsats är korrekt utgörs av att den så väl som möjligt uppfyller motiverings- och saklighetskrav. Men dessa krav är inte tillräckligt exakta för att tillförsäkra ett enda korrekt svar på alla värderande och normativa frågor. I de fall man inte kan bestämma vilket system som är mer och vilket som är mindre väl motiverat är man benägen att lita på intuitionen.

— Denna benägenhet förklaras genom att man inte förväntar sig samma objektivitet i praktiska frågor som i de teoretiska. En teoretisk sats kan inte vara sann för vissa personer och falsk för andra. Men i praktiska frågor förväntar vi oss inte samma objektivitet. En tavla kan vara vacker för vissa och ful för andra. En handling kan vara god för vissa och ond för andra. En lagtolkning kan vara korrekt för vissa och mindre korrekt för andra. Båda sidor kan från sin egen utgångspunkt ha rätt, förutsatt att de presterar en väl sammanhängande och saklig motivering. Kraven på motivering leder emellertid till att enighet oftast nås, eller i vart fall att skälen till oenighet klarläggs.

— Skillnaden mellan objektivitetskravet i det teoretiska och det praktiska sammanhanget kan till sist förklaras på följande sätt. Vi antar alla att det bara finns en enda värld, gemensam för oss alla. Empiriska satser beskriver denna värld. Därför måste det i princip finnas ett enda rätt svar på alla empiriska frågor. Antingen är den sats man uttalar sann — och då stämmer den överens med verkligheten — eller också är den falsk, och då stämmer den inte överens med verkligheten. Å andra sidan är det minst sagt omstritt om det finns objektiva värden, gemensamma för alla människor.

Den som inte tror på objektiva värden kan inte heller säga att etiska och juridiska värdesatser beskriver sådana värden. Därför kan man erkänna de personliga preferensernas roll vid en slutgiltig värdering. Följaktligen behöver man inte hävda att det blott finns ett enda rätt svar på varje värderingsfråga.

8.4. Den relativa rättssäkerheten räcker till

Den juridiska argumentationen är ett medel för att minska rättens ofrån-

komliga vaghet. Den förvandlar den vaga eller flertydiga, i rättskällorna givna, rätten till en mer exakt och mer entydig rätt. Men inte ens den tolkade rätten är helt exakt. Den juridiska argumentationen bidrar m a o till rättssäkerheten, men den kan inte göra beslutsfattandet helt rättssäkert.

Å andra sidan behöver en jurist inte känna förtvivlan. Som en praktisk människa har hon ingen anledning att eftersträva en absolut perfektion. Det är fullt tillräckligt att bedriva det rättssäkerhetsskapande arbetet så gott det går och förpassa domaren Hercules dit han hör hemma: till myternas, drömmarnas och de värdeobjektivistiska filosofernas himmel.

Sammanfattning

Vi har utvecklat en rättsteori vars centrala delar hänger samman på följande sätt.

UTGÅNGSPUNKT: RÄTTSSÄKERHET, RÄTTSSTAT OCH DEMOKRATI

Materiell rättssäkerhet innebär att rättsliga beslut baserar sig på en *förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska hänsyn* (avsnitt 2.12).

Kravet på materiell rättssäkerhet kan motiveras i anslutning till begreppen rättsstat (kap 1 och avsnitt 2.1) och demokrati (2.11).

Konsekvens: *Rätten står i ett intimt samband med etiken.*

PROBLEM 1. VAD ÄR GÄLLANDE RÄTT? FÖRHÅLLANDET MELLAN RÄTT OCH ETIK

Intern giltighet. En norm tillhör det gällande rättssystemet om den skapats i överensstämmelse med gällande rättsregler av högre dignitet. Rättsnormernas system omfattar även de principer som förklarar och motiverar innehållet i rättsreglerna (2.5).

Extern giltighet. Det finns olika kännetecken på att ett normsystem är ett gällande rättssystem. Ett normalt rättssystem omfattar bl a generella handlingsregler och konstitutiva regler. Det omfattar normer som gör anspråk på att systemet har tvångsmonopol, är överordnat andra slags normer och är fullständigt. Det består av olika nivåer, varvid de högre normerna bestämmer hur de lägre skall skapas. Det är effektivt och öppet. *Det är inte heller extremt förkastligt ur en etisk synvinkel.* Det är inte säkert att varje rättssystem måste ha alla de ovan angivna egenskaperna. Men det måste i stor utsträckning uppvisa många av dem (2.9).

Det finns en etisk *prima-facie* skyldighet att följa lagen och även att beakta andra etablerade rättskällor. Om någon har en viss rättslig skyldighet eller rättighet, så har denne en etisk *prima-facie* skyldighet eller rättighet av detta innehåll.

Konsekvens: ***Prima-facie** rätten är en del av **prima-facie** etiken.*

En etisk skyldighet att följa lagen kan motiveras på följande sätt. Ett etiskt förkastligt *kaos* skulle uppstå, om det i vårt samhälle inte längre existerade någon rättsordning. Ännu starkare skäl talar för att man bör lyda lagen i en demokratisk rättsstat (4.2).

I de fall där det finns en förnuftig tolkning av en etablerad *prima-facie* rättsnorm, är man etiskt bunden att följa denna tolkning. Om någon har en viss slutgiltig rättslig skyldighet eller rättighet, så har denne en slutgiltig etisk skyldighet eller rättighet av detta innehåll.

Konsekvens: *Den slutgiltigt bindande rätten är en del av den slutgiltigt bindande etiken.*

Rätten är emellertid inte identisk med etiken. En jurist måste argumentera för att ifrågavarande skyldighet respektive rättighet följer av den bästa möjliga avvägningen mellan de relevanta etiska sakskälen och de relevanta rättskällorna. Han behöver emellertid inte ständigt föra någon djupgående debatt om rättskällornas etiska relevans. *Rättskällornas etiska relevans tas för given en gång för alla, i och med att man bestämmer sig för att uppträda i en juristroll, dvs att argumentera juridiskt.* I en djupgående etisk debatt kan man sedan visa att det är bra med en juridisk argumentationsmetod (4.3).

PROBLEM 2. VAD ÄR KORREKT JURIDISK ARGUMENTATION?

För att få fram en logiskt korrekt lösning av ett *svårt fall* måste man förutom en etablerad rättsregel och en faktabeskrivning förutsätta ett tillägg som ofta består av en etisk norm- eller en etisk värdesats (3.1). Likväl gör juristerna *anspråk på att deras slutsatser är korrekta.*

Konsekvens: *En juridisk slutsats kan uppfattas som korrekt trots att den baserar sig på en etisk värdering.*

Men den etiska värderingen som stöder slutsatsen måste då vara riktig. (3.2)

A. EN GENERELL TEORI OM KORREKTA VÄRDERINGAR

Etiska värderingars riktighet bestäms av en förnuftig avvägning mellan kulturbestämda etiska prima-facie principer och värden (3.5). Man har en slutgiltig etisk skyldighet att följa den bästa *avvägningen* mellan så många relevanta värdeprinciper respektive värden som möjligt (3.6).

Vilken är den korrekta avvägningen? Med andra ord, vilket norm- eller värdesystem är det korrekta?

Huvudteser:

Ett korrekt norm- eller värdesystem måste vara logiskt motsägelsefritt.

Vid i övrigt oförändrade förhållanden är det norm- eller värdesystem det korrekta som har den mest sammanhängande motiveringen.

Om olika konkurrerande norm- eller värdesystem är lika väl sammanhängande är det system det korrekta som bäst följer reglerna om en saklig debatt, dvs en debatt som är uppriktig, öppen; fri från inslag av tvång m m (3.4.2 och 5.3).

Vid i övrigt oförändrade förhållanden beror sammanhanget hos en teoris motivering på sådana omständigheter som

— hur många av dess satser som stöds på skäl;
— hur långa argumentkedjor teorin innehåller;
— hur väl dessa argumentkedjor är sammanbundna med varandra t ex genom att flera kedjor av skäl stöder samma slutsats;
— hur många av skälen som är relevanta inom den ifrågavarande argumentationsformen;
— hur generella begrepp teorin innehåller;
— hur intimt sammanbundna dessa begrepp är med andra teorier; och
— hur många fall och livsområden teorin täcker (5.1).

Förhållandet mellan sammanhängande motivering och *sanningsbegreppet* behandlas i avsnitt 5.2.

B. DEN JURIDISKA METODEN

Den juridiska argumentationen är i viss mån reglerad av olika rättskällenormer och argumentationsnormer, däribland lagtolkningsnormer.

Vissa *rättskällenormer* bestämmer olika rättskällors ställning i juridisk argumentation. De viktigaste rättskällenormerna har följande innebörd. *Lagar och andra föreskrifter skall* beaktas i juridisk argumentation. Följande rättskällor *bör* beaktas i juridisk argumentation: prejudikat; lagars förarbeten; det material som auktoritativt visar innebörden av vissa sedvänjor; och internationella konventioner som ligger till grund för inhemsk lagstiftning liksom förarbetena och andra till respektive konventioner hörande tolkningsdata. Följande rättskällor *får* beaktas i juridisk argumentation: olika slags institutionella rekommendationer, såsom riksskatteverkets anvisningar m fl; olika slags domar, domstolsbeslut och olika myndigheters beslut vilka ej utgör prejudikat; olika slags material som står i samband med lagstiftning, t ex vissa förarbeten som inte direkt berör den tolkade lagtexten men som ger besked om värderingar på angränsande rättsområden; den rättsvetenskapliga litteraturen; utländsk rätt m m (kap 6).

Lagtolkning i svåra fall stödjer sig på olika slags *tolkningsmetoder*, t ex bokstavstrogen, logisk, systematisk, historisk, komparativ eller teleologisk tolkning (kap 7).

Poängen: *Rättskälle- och argumentationsnormerna gör juridisk argumentation mer sammanhängande än en etisk argumentation och hjälper juristerna att förvandla den vaga eller flertydiga, i rättskällorna givna, rätten till en mer exakt och mer entydig rätt* (6.2.4 och 7.1).

C. DET ENDA RÄTTA SVARET PÅ SVÅRA RÄTTSFRÅGOR?

Men ytterst har alla människor en viss frihet att godta eller förkasta olika värdesystem. I de fall man inte kan bestämma vilket system som är mer och vilket som är mindre väl motiverat måste man lita på personliga preferenser.

Den som inte tror på objektiva värden kan utan problem erkänna de personliga preferensernas roll vid en slutgiltig värdering (kap 8).

Rättsfallsregister

Svenska rättsfall

NJA

1875 s 489 137
1876 s 458 137
1877 s 334 137
1877 s 487 137
1915 s 511 193
1937 s 1 156
1950 s 650 59, 69, 198
1951 s 265 102
1952 s 195 169
1952 s 382 156
1954 s 268 136
1956 C 187 62, 196
1959 s 254 196
1962 s 31 193
1966 s 210 172, 174
1972 s 296 168
1976 s 483 168
1977 s 176 138
1977 s 273 168
1978 s 301 170
1978 s 581 167 f
1979 s 666 60, 95
1980 s 94 168
1981 s 622 138
1981 s 920 167
1981 s 1050 111 f, 191
1983 s 3 146, 173
1984 s 693 86 f
1985 s 226 113
1985 s 659 167
1987 s 61 172

RB

1978 38:78 137

RÅ

1974 Fi 850 167
1978:1:19 138

AD

1976 nr 101 157 f

Danska rättsfall

U 1981, 473 H 160
U 1984, 848 160

Norska rättsfall

Rt

1910 s 476 160
1918 I s 401 178
1953 s 1469 175
1975 s 290 138

Amerikanska rättsfall

Marbury v Madison (1803), I Cranch 137 178

Europadomstolen

Sporrong och Lönnroth mot Sverige, 1982 34

Sak- och personregister

Anmärkning: Författarnamn i litteraturlistorna har icke inkluderats.

a fortiori-argument 198 f
Alexy, Robert 114, 127 f
analogislut 62, 119, 190 ff, *se* även laganalogi, lucka i lagen, rättsanalogi
— val mellan flera analogier 198 f
Aquino, Thomas av 41
argumentation, *se* etisk argumentation, juridisk argumentation, lagtolkning, rationell diskurs, sammanhang, stöd, teori
argumentationsbörda 130 f
Aristoteles 40 f
aristotelism 41
auktoritetsskäl 141 f, 148
— och sakskäl 142
avtal, avtalsrätt 13, 82, 145
avvägning 80, 81 f, 84, 86 f, 104, 207 212, *se* även intresseavvägning
— egenskaper hos 88 f
— mellan principer resp. värden 86 f
— mellan regler 89 f
— mellan motiveringskrav 121 f

begreppsanalys 187
begreppsjurisprudens 209
Bernitz, Ulf 170
beslut
— som rättskälla 146 f
— domarens beslutsfattande 22 f
bevisning av fakta 64 f
Bierling 161
bindande rätt 40, 107 f
byråkrati 15 f, 22

civilrätt 131

data, juridiska 135
— och sammanhang 123
demokrati 16, 48 f, 55 f, 152, 163, *se* även rättsstat
— kännetecken 49 f, 104 f
— och lagstiftningsstat 14
— och rätt 48 f, 55 f, 104 f, 140, 213
doktrin 171 f
— och rättsstat 172
domarideologi (Ross) 27 f
"Domaren Hercules" 209 f, 212
domsmotivering 52 f, 110 ff, 136 ff, *se* även sammanhang: sammanhängande motivering
— dialogmetod 137
— enkel subsumtion 136 f
— faktametod 137
— *per incuriam* 111
— rättsvetenskaplig metod 137 f
— skenbar 136
— *sub silentio* 111
domstol 18, 22 f, 26 f, 138 f
Dworkin, Ronald 209 ff

Eckhardus, C.H. 161
e contrario se motsatsslut
Ekelöf, Per Olof 202 ff
ekonomi 9 f
elastisk norm 22
enda rätta svar 208 ff, 216
— Dworkins teori 209 f
— kritik mot Dworkin 210 f
— i teoretiskt v. praktiskt sammanhang 211
etisk argumentation 58 ff, 84 ff, *se* även etisk värdering, kritisk etik, skyldighet, stöd
— extern synvinkel i 84 f
— intern synvinkel i 84 f
— rimlighet i 91 f
— språng i 90 f, 92
— villkor 109
etisk kultur och språk 80 f
etisk sats, *se* även praktisk sats

— etisk *prima-facie* sats 78 f
etisk värdering 58 ff
— riktighet 65 f, 69 f
exegetisk skola 11, 144 f

folkstyre 49, 104
folksuveränitet 52
formalistisk v. substantiell rätt 12
formella rättskällor 143, 144 ff
— tredelning av (skall/bör/får beaktas) 143, 144 f, 147 f
forskningsprogram i rättsvetenskap 135
frihet 50, 51
frirättsligt tänkesätt 12
fristående imperativ 74
fullständighet 149
förarbeten 145, 160 ff, 216
— i svensk rätt 166 ff
— och lagstiftning 165, 169 f
— och lagtext 164 f
— och tolkning 164, 166
— roll i rätten 170 f
författning 38
förutsebarhet 12, 13, 54, 57, 104, 153, *se* även rättssäkerhet
förvaltning 15 f

generalitet 119 f, 128 f
— och likhet 119
— och universalitet 119
— strikt 119
generalklausul 13, 50
giltighet 36 f, 46
— och normernas innehåll 35 f
— och normernas ursprung 35
— rättsnormernas interna 35 f, 213
— rättssystemets externa 35, 36, 44 f, 213
godtycke 126
grundlag 38, 39 f, *se* även författning
grundnorm (Kelsen) 38, 39 f, 44, 151
gällande rätt 19 ff, 55 f, 134, 213 f
— begreppsinnehåll 47
— behov av teori om 25 f, 44
— komponenter av 24 f, 28 f
— och rättssäkerhet 55 f
— och tolkad rätt 28
— teorier om 24 f

Habermas, Jürgen 124
handlingsnorm 30 f, 33 f
Hart, H.L.A. 39 f
hermeneutik 27
hypoteser i juridik 133
Hägerström, Axel 26, 72 f
härskande uppfattning i juridik 135

identifikationsregel, *se* igenkänningsregel
ideologi 10
igenkänningsregel 39 f, 44
induktion, juridisk 132 f, 192 f
informationsfrihet 51, 56, 104
informationssamhälle 10
informellt material 146 f
institutionellt faktum 21, 31, 33, 34, 45, 76, 126, 152, 153, *se* även konstitutiv norm
— och materiellt (rått) faktum 34
institutionell rekommendation 146, 216
intentionstolkning 161 f
internationell konvention 145 f, 173, 216
internationell privaträtt 173
internationell straffrätt 173
intresseavvägning 205
intresserepresentation, politisk 50, 56, 104

juridisk argumentation 18, 54 f, 65 f, 95 ff, 109, 110 ff och passim, *se* även argumentationsbörda, etisk argumentation, lagtolkning, rationell diskurs, rättfärdigande, stöd, svåra fall
— argumentationsnormer 65, 134, 182
— konsekvensinriktad 200
— metoder 181 ff, 213
— och rättssäkerhet 209
— och vetenskaplig argumentation 133 f
— och värderingar 65 f

— rimlighet i 98, 104
— som en dialog (*pro et contra*) 95 f
— som en logisk slutledning 96 f
— som ett särfall av praktisk argumentation 102
— teori i, *se* teori
juridisk kultur 21, *se* även rättslig kultur
juridisk slutsats, *se* rättfärdigande
juridiskt arbetsprogram 135
juridiskt språk 44
juristprofession 21, 57
juristroll 109, 214
jämlikhet 10

kaos 104
— och tvång 46
kausalsammanhang 173
Kelsen, Hans 26, 37 f
koherent motivering, *se* sammanhang: sammanhängande motivering
kollision mellan rättsnormer 174 ff, 181 f, *se* även kollisionsnorm, oförenlighet
— mellan principer 176
— mellan regler 175 f
kollisionsnorm 176 f
— huvudregler 177
— harmoniseringsregler 177
— prioritetsregler 177 f
kompetens 32
konsekvens (rättslig) 200, 202
konsensus 14, 135
konstitutiv norm 21, 31 f, 45, 47, 56
— och handlingsregel 33 f
— och institutionellt faktum 31
konstitutiv regel, *se* konstitutiv norm
konsumentskyddslagstiftning 10
kontextuell exakthet 60, 210
kontrollerbarhet 140, 149
konventionalism, *se* rättskonventionalism
korporativism 15 f
korrekthet 122 ff
— hos praktiska satser 126
— i juridisk argumentation 214 f
— logisk 128
kritisk etik 85 f, 108 f

laganalogi 190 f
lagens ändamål 161, 162 f
— och demokrati 163
— och lagtolkning 162, 204 f, 205 f
lagstiftning 23, 28, 146, 216
— internationellt samarbete i 173
— retroaktiv 184
lagstiftarvilja 161 f
lagtext 143, 165
lagtolkning 12, 34, 57, 181 ff, 216, *se* även analogislut, *a fortiori*-argument, motsatsslut, teleologisk lagtolkning, tolkningssats
— beskrivande 181
— bokstavstrogen 185 f, 188
— extensiv 188, 189 f
— kreativ 181
— kvasilogiska maximer 183 f
— logisk 183
— normskapande 189 f
— och demokrati 53
— och djupgående argumentation 98
— och lagens verkningar 204 f
— och rättssäkerhet 163, 207
— och sammanhang 182, 187
— och värderingar 54
— reducerande 188 f
— restriktiv 188 f
— svåra fall 181 f
— systematisk 182, 186 f
— val mellan tolkningssätt 190
legalism 12
legitimitet 17 f, 25, 36
likhet inför lagen 20
logisk positivism (logisk empirism) 26, 27
lucka i lagen 191 f
Luhmann, Niklas 16

majoritetsprincip 49 f, 56, 104
makt 10 f, 16

maktdelning 22, 52, 56, 104
medborgarsamhälle 14
medeltidens rättsfilosofi 41
Montesquieu, C.L. de Secondat de 22
Moore, G.E. 70, 125
motivering, *se* även juridisk argumentation, sammanhang: sammanhängande motivering
— och jämkning 127
motsatsslut 193 f
— val mellan motsatsslut och analogi 195
målnorm 30 f

naturrättslära 37, 40 f, 43, 48, 184
— klassiska källor 40 f
— skolastisk 41
— modern 42 f
— om 'positiv' v. 'bindande' rätt 40, 43
— rätt och moral i 40 f
norm 67, *se* även konstitutiv norm, regulativ norm, rättsnorm
normsats 67
— och värdesats 76

objektivitet 211
obsolescens 64
offentlig rätt 131
oförenlighet 175 f
— empirisk 175
— konträr logisk 175
— kontradiktorisk logisk 175
— total och partiell 176
— värderingsmässig 175
Olivecrona, Karl 73, 74
ordinära fall 204

paradigm 134 f
— debatt mellan 134
— i juridiken 134 f, 151
Peczenik, Aleksander 114
planering 15
politiskt ansvar 53, 56, 105
positivism, *se* logisk positivism, rättspositivism
postindustriellt samhälle 14
praktisk argumentation 102, 126 ff, *se* även juridisk argumentation, rationell diskurs
praktisk diskurs, *se* även rationell diskurs
— Alexys regler för rationell praktisk diskurs 127 ff
praktisk sats 67, 68 f, 76 ff, 211, *se* även normsats, värdesats
— motivering av 77 f
— och teoretisk slutsats 80 f
— praktisk mening hos 76 f
— *prima-facie* v. slutgiltig 79 f, 93
prejudikat 140, 145, 155 ff, 216
— roll i rätten 159 f
prima-facie etik 78 ff, 92 f, 101 ff, 105
prima-facie rätt 92, 101 ff
primärnorm, *se* sanktionerad norm
princip
— avvägning mellan principer resp. värden 86 ff
— ideologisk-etisk 81 f
— och värde 81 f, *se* även värdeprincip
— positivrättslig 82
privaträtt 82
processrätt 131
prognosteori 26 ff

ramlag 22, 50
ratio decidendi 156 f
ratio legis, se lagens ändamål
rationalism 41, *se* även värderationalism
rationalitet 16, 17, 77 f, 172, 208
— debattrationalitet 77, 208
— formell rationalitet 19 f
— logisk rationalitet 77, 208
— målrationalitet 20, 23, 185, 200
— normrationalitet 20
— och praktisk mening 76 f
— sammanhangsrationalitet 77, 208
— värderationalitet 20, 23

rationell diskurs 14, 78, 126 ff
— argumentationsbörderegler 130 f
— förnuftsregler 129 f
— grundregler 128 f
— regler som utesluter positiv särbehandling 130
— öppenhet i 129
rationellt beslutsfattande 22
— och doktrin 172
reaktionsnorm, *se* sanktionsnorm
realism, *se* rättsrealism
regulativ norm 30 f
relevans 118
ren rättslära 37 ff
Ross, Alf 26 f, 195
rule of recognition, *se* igenkänningsregel
rutinfall 58, 89, 181
rätt och etik 20, 45 f, 58 ff, 95 ff, 101 ff, 213 f
— enligt Kelsen 37
— icke-identiska 109
— rätt, etik och politik 12
rättens autonomi 20 f, 57
rättens effektivitet 17, 21, 45, 56
rättens helhetsnatur 10
rättens kristendenser 14 f, 17 ff
rättens materialisering 21
rättens stabilitet och elasticitet 11 ff
rättfärdigande, *se* även stöd
— av juridisk slutsats 66 f
— djupgående 36, 66 f
— tillräckligt 66 f
rättighet 22 f, 51, 56, 83, 104
rättsanalogi 192 f
rättsbegreppet, *se* gällande rätt
rättsdogmatik 27, 66, 131, 172, *se* även doktrin
— och praktisk juridik 132
— tolkning och systematisering i 131 f, 172
rättsekonomi 132
rättshistoria 132
rättskonventionalism 74 f
rättskällor 52, 65, 101, 118, 134, 141 ff, *se* även auktoritetsskäl, doktrin, formella rättskällor, förarbeten, prejudikat, sakskäl, sedvana, utländsk rätt
— etisk relevans 214
— informations- och kunskapskällor 144
— kollision mellan 148 f
— källor till rättslig auktoritet 142
— lagar och andra föreskrifter 152
— och rättskällenormer 144 f, 149 f, 216
— och Ekelöfs lära 206
rättslig kultur 44, 92
rättsnorm 9 f, 28 ff, *se* även elastisk norm, handlingsnorm, konstitutiv norm, målnorm, regulativ norm, sanktionerad norm, sanktionsnorm
— generell 29
— individuell 29
— intern giltighet av 35 f
— kategorisk 29
— kompetensnorm 32 f
— konditional 29
— kvalifikationsnorm 32
rättsordning 9 ff
— enligt Kelsen 37 f
— och makt 9 f
— och rättssystem 17
— och tvång 46
— dess "oskrivna grundlag" (Hart) 39
rättspolitik 34
rättspositivism 11, 36 ff, 43 f, 47 f
rättsrationalism 47 f, *se* även värderationalism
— varken rättspositivistisk eller naturrättslig 47 f
rättsrealism 48
— amerikansk 26, 27
— skandinavisk 26, 72, 74 ff
rättsregel 11, *se* även rättsnorm
— Harts teori om rättsregler 39 f
rättsskydd 13
rättssociologi 131

rättsstat 13 ff, 19 ff, 45, 51, 55 f, 104 f, 152, 213
— egenskaper 19 ff
— etiska krav 23 f
— och demokrati 56 f, 104 f, 152, 163
— och rättssystem 56
— och välfärdsstat 57
rättssystem 17, 44 ff
— dess effektivitet 45, 47, 56
— dess giltighet 44 ff
— dess öppenhet 45, 47
rättssäkerhet 22, 51 f, 53 ff, 55 f, 140, 208 f, 213
— formell 22, 53, 104, 152, 163
— materiell 52, 53 f, 104, 134, 163 f, 209
— och rationalitet 208 f
— och rättsstat 55 ff
— rättssäkerhetskravets konsekvenser 54 f
rättstillämpning 13 f, 15, 22 f, 57, 65
— begreppsdefinition 58 f
rättsval
— val mellan olika lagbestämmelser 63
— val mellan olika rättsföljder 63 f
rättsvetenskap, *se* även doktrin, rättsdogmatik
— sammanhang och enighet i 131 ff
rättvisa 12, 187

"sakens natur" 147
saklighet 127 f
sakskäl 141, 147
sammanhang 110 ff, 140, 215
— och data 123
— och enighet 131 f
— och rimlighet 122 f
— och sanning 124 ff, 215
— sammanhangsteori 115
— sammanhängande motivering 110 ff, 113 f, 122 f, 127 f
sanktionerad norm 31
sanktionsnorm 31
sanning 122 ff
— koherensteori om 124
— konsensusteori om 124
— korrespondensteori om 124, 125
— pragmatisk teori om 124 f
Savigny, Friedrich Carl von 161
Schmidt, Folke 159, 167
sedvana 39, 143, 145, 153 f, 216
— och demokrati 153
— och rättsstat 153
sekundärnorm, *se* sanktionsnorm
skepticism 25, 75 f
skyldighet
— att ge skäl 129
— att följa lagen 104 f
— krav på etisk skyldighetsargumentation 85 f
— *prima-facie* v. slutgiltig 84 f, 103, 214
slutgiltigt bindande etik 107 ff
— och etablerad rätt 107
slutgiltigt bindande rätt 107 ff
— och tolkad rätt 107
— som del av slutgiltigt bindande etik 108 f
språk 11, *se* även juridiskt språk
— etiskt 80
stat och samhälle 14 f
straffrätt 131
Strömberg, Tore 74 f
Strömholm, Stig 136 f
styrmedel, lagen som 185 f
stöd 90 ff
— i etisk argumentation 90 ff
— i juridisk argumentation 95 ff, 100f, 114
— och rättskällor 101
— rimligt 91 f
subsumtion 21, 57, 59, 136 f, 183
svåra fall 58 ff, 66, 68, 181 ff, *se* även enda rätta svar
systematisering 17, 131 f, 172
särbehandling 130

teleologi, antikens 40 f

teleologisk lagtolkning 199 ff, *se* även konsekvens, lagens ändamål
— Ekelöfs lära 202 ff
— objektiv 201 f
— radikalteleologisk v. klassisk tolkning 202
— subjektiv 201
teoretisk sats 67, 68, 211
— empirisk (syntetisk) 67
— analytisk 67
— och praktisk sats 67
teori 114, *se* även sammanhang: sammanhangsteori
— och argumentation 114 f, 215
— och begreppsegenskaper 119 f
— och motivering 114 f, 135
— och stöd 114, 115 ff
— räckvidd hos 121, 123
Thibaut, Jacques 161
tolkning, *se* lagtolkning
tolkningssats 68 f
tomism 41
tvång
— frihet från inslag av tvång 129 f
— och rätt 46
— tvångsmonopol 47, 56

uppriktighet 128
uppsalaskolan 33, 72 ff, 154, 166
— och Ekelöfs lära 207
utländsk rätt 146, 173 f, 216

vaghet 60
Weber, Max 19 f, 23
Verdross, Alfred 42 f
vetenskapsteori 66, 131
vilja, *se* lagstiftarvilja
Windscheid, Bernhard 161
Wolff, Christian 41
välfärdsstat 13 f, 14 f, 57
värdekognitivism 69, 70 f, 92 f, 210
— värdeobjektivism 69 f, 71, 92, 212
— värdesubjektivism 69 f, 92
värdenihilism 69 f, 72 ff, 123, 210
— kritik av 75 f
värdeprincip 82 f
— och individuellt värde 83
— och regel 83
värderande juridik 101
värderationalism 92 ff, 210
— kulturtraditionens och språkets betydelse för 92
— icke-kognitivistisk och icke-nihilistisk 92, 93 f
värdering 147, 214 f, *se* även etisk värdering, värdesats
— och preferens 211, 216
värdesats 67, 77 f
— etisk och estetisk 68
— och normsats 76
värdeöppenhet 61

yttrandefrihet 51, 56

åsiktsbildning 50, 51, 56, 104

äganderätt 34, 131 f

öppenhet
— av rättssystem 45, 47, 104
— i rationell diskurs 129 f

Juridisk argumentation

Den juridiska argumentationen bör uppfylla vissa motiverings- och saklighetskrav. Tack vare en saklig motivering kan myndighetsutövning och rättskipning skapa rättssäkerhet. Rättssäkerhetsbegreppet analyseras i sitt sammanhang med olika frågor om rättsstaten, välfärdsstaten, det demokratiska statsskicket och rättsordningens giltighet.

Vad menas med att juridisk argumentation är korrekt? För att besvara denna fråga jämför författarna juridiken med den etiska och den vetenskapliga argumentationen och försöker utarbeta en allmän motiverings- och diskursteori.

För att uppfylla motiveringskraven måste jurister använda en nyanserad rättskällelära och skilda lagtolkningsmetoder. Den förhärskande rättskälle- och tolkningsläran utvärderas i bokens senare del.

Boken är i första hand avsedd som en lärobok i allmän rättslära.

Aleksander Peczenik är professor i allmän rättslära vid Lunds universitet.

Aulis Aarnio är professor i civilrätt vid Helsingfors universitet.

Gunnar Bergholtz är professor i processrätt vid Lunds universitet.

ISBN 91-1-907331-3