

# BISARR RÄTTSDILOSOFI

Christina Ramberg



Denna digitala version av verket är nedladdad från [juridikbok.se](http://juridikbok.se).

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

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



# **BISARR RÄTTSFILOSOFI**



# **BISARR RÄTTSDFILOSOFI**

---

Christina Ramberg

## BISARR RÄTTSDILOSOFI

Christina Ramberg

ISBN 978-91-85333-44-8

© 2012 Christina Ramberg

Produktion: eddy.se ab, Visby 2012

Tryck: Elanders Sverige AB, Mönlycke 2012

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



# Innehåll

1. Inledning **7**
2. Hur började juridiken? **9**
3. Vad är en rättvis regel? **15**
4. Är juridik en vetenskap? **24**
5. Rättskällor, rättspositivism och rättsdogmatik **29**
6. Lagar **36**
7. Analogier **43**
8. Rättsfall och domare **46**
9. Auktoriteter (doktrin) **51**
10. Juridiska argumentationsmodeller **55**
11. Språk, ord och tolkning **59**
12. Fri vilja **65**
13. Kausalitet (orsakssamband) **73**
14. Juridik och feminism **77**
15. Rättsekonomi **81**
16. Slutord **83**



# 1. Inledning

---

Rättsfilosofi, allmän rättslära, rättskällor. Måste dessa ämnen vara allvarliga och seriösa? Ingen har något enkelt svar på de svåra frågorna. Och inga filosofiskt grubblande personer kan enas om gemensamma svar på enkla frågor. I den här boken gör jag ett grundligt försök att närma mig problemen på ett ytligt sätt.

Jag har inspirerats av den underhållande boken av Thomas Cathcart och Daniel Klein, *Plato and Platypus Walk into a Bar...* (2007). Ni som har läst den boken, kommer att känna igen flera av skämten och referenserna.

I det följande kommer jag att vara politiskt inkorrekt på många sätt. Min ambition är att försöka skoja med allt, så att alla kan känna sig lika kränkta. Det är en form av rättvisa. Känsliga personer bör sluta läsa här och nu.

En stand-up komiker berättar för publiken att han tänker dra en kul norgehistoria. Innan han hinner börja reser sig en man i publiken och ropar: "Hallå där, tänk på att jag är norrman!" "OK", säger komikern. "Jag ska berätta historien väldigt, väldigt sakta."

Till alla dem som hjälpt mig med roliga historier, faktakoll och kul infallsvinklar vill jag framföra stort tack; informatikdocenten Nina Lundberg, kylskåpsjuristen Johan Ramberg, advokaten Sven Unger, fonddoktorn Sebastian Siegl, rättsfilosofiprofessorn Mauro Zamboni, pappa Jan Ramberg, Googlefilosofen Nicklas Lundblad, domaren Izla Staifo, norrmannen Geir Woxholth och Carl Jansson samt några till som inte vill figurera med namn i detta sammanhang.

Jag har blivit varnad att publicera denna text. Jag riskerar enligt varningarna att bli utskrattad (bakom min rygg). Dessutom riskerar jag hela min trovärdighet i akademiska och andra sammanhang. Mina vänner har oroat sig för att läsarna inte kommer att uppskatta mitt språkbruk, mina vulgära exempel, min nonchalanta och pretentiösa attityd. Trots dessa varningar har jag valt att ge ut denna skrift. Jag har förtroende för att läsarna kan göra skillnad mellan denna bagatell och mina seriösa texter.

## 2. Hur började juridiken?

---

Juridiken började tidigt. Så snart det fanns fler än en människa, uppkom risk för konflikt och då uppkom regler.

Låt oss ta två personer. Om den ena personen är starkare än den andra, uppkommer ett sanktionssystem: Den starkare slår den svagare tills den svagare lyder reglerna som den starka bestämt. Det kallade Thomas Hobbes i boken *Leviathan* (1651) för allas krig mot alla (*bellum omnium contra omnes*).

Om flera personer finns i gemenskapen, kanske två svaga är starkare än en stark (jfr om du dricker många flaskor folköl kan du bli lika full som om du dricker få flaskor starköl). Då kan de svagare tillsammans bestämma om regler och sanktioner dem. Frågan är vad som är värst; att en ensam fylltratt bestämmer allt eller att flera fylltrattar tillsammans bestämmer allt och utnämner en galjonsfigursfyllis till diktator (eller statsminister).

Enligt Hobbes är förtroende en förutsättning för fredlig samverkan, dvs. att vi kan lita på varandra, vilket i sin tur kräver att vi har en stark övermakt som kan se till att förtroendet sanktioneras. Den där argumentationen känner många igen

från sina farsor: "Det är bättre att ni lyder mig (även om jag är en översittare) än att vi inte har någon ordning i familjen."

Hobbes klädde det hela i en tjugig språkdräkt. De starkas regler betecknade han som ett "socialt kontrakt" som skapade ett "civilsamhälle". Det låter mycket trevligare än att säga som det är: De starka bestämmer och de svaga lyder.

Stackars Hobbes. Han hade en ganska negativ syn på mänskligheten som gick ut på att människan i grunden är självisk och feg. En gång sågs Hobbes ge en allmosa till en tiggare. Vittnet utbrast triumferande att Hobbes därigenom hade motbevisat sin egen teori eftersom Hobbes helt altruistiskt gav pengar till tiggaren. Men Hobbes svarade lakoniskt att han inte alls var god, utan gav bort pengarna av egoistiska skäl eftersom att han mådde så dåligt av att se tiggaren.

Även John Locke försökte skapa en trevlig inramning till juridiken genom att i sin bok *Second Treatise of Government* (1689) beskriva relationen till Staten i avtalstermer. Alla vi medborgare som accepterar förmåner från Staten, medger samtidigt att Staten får makt över oss. Locke ser det alltså som ett avtal slutet genom konkludent handlande av våra föräldrar för vår räkning innan vi ens tagit vårt första andetag. Sedan är vi bundna vid detta "avtal" resten av livet. Jag känner mig inte övertygad om det rimliga i sådan avtalsbundenhet.

John Austin (f. 1790) sa som det är: Juridiska regler uppbackas av hot från den som har kontroll över våldet i samhället. Många som har kontroll över våldet i samhället tycker inte om att Austin sa så.

Anarkister anser att Staten alltid överutnyttjar sitt våldsmonopol genom att bland annat straffa dissidenter oproporionerligt hårt. De anser att ett idealt samhälle kan fungera på basis av frivilligt samarbete och inte behöver något auktoritärt styre baserat på våldsutövningsmonopol. Anar-

kister tror i hög grad att det sociala trycket – rädslan att bli utesluten ur gänget – är ett tillräckligt verksamt incitament för folk att bete sig anständigt.

Det är inte alltid som det sociala trycket funkar. Komikern Groucho Marx (f. 1890) sa: "Jag vill inte vara med i en klubb som kan acceptera sådana som mig som medlemmar."

Anarkisterna menar att grunden för ett trevligt samhälle är decentralisering och diversifiering – till skillnad från centralisering och intolerans. Hur irriterande det än kan förefalla för en makthavare, fungerar det jättebra att posta ett brev till Kina utan en world-wide-postmyndighet och går det alldeles utmärkt att åka järnväg över europeiska och asiatiska kontinenten utan en central järnvägsmyndighet.

Pierre-Joseph Proudhon (f. 1809) påvisade hur styrelseskick, som kanske initialt framstår som oförargliga, oundvikligen utvecklas mot centralisering och maktmissbruk. Och Edward Hyams kommenterade på 1970-talet att det har blivit uppenbart att USA:s presidenter efter andra världskriget har utnyttjat sitt federala administrationsmaskineri till att göra narr av demokratin (*a mockery of democracy*).

Anarkister har två saker gemensamt:

1. De ogillar auktoritära system.
2. Alla har blivit (eller kommer att bli) avrättade eller fängslade.

Ofta ligger anarkister bakom revolutioner genom att de pekar på maktmissbruk. I alla revolutioner är emellertid de sanna anarkisterna heroiska förlorare. Efter den oro som spred sig i Frankrike 1871 sa polisprefektoren i Paris om den framträdande anarkisten Michel Bakunin (f. 1814): "*Vilken man! På*

*revolutionens första dag är han en gudagåva, men påföljande dag borde han skjutas.”*

Det finns i historien många exempel på hycklande anarkister som så snart revolutionen åstadkommit och det gamla styret avskaffats, själva tagit över ansvaret för maktmissbruket.

Dagens makthavare brukar (med stöd av klassisk härskarteknik) marginalisera anarkin genom att beteckna den som en primitiv ideologi irrelevant i den moderna världen.

Ronald Dworkin (f. 1931) anser att Statens utövande av våldsmonopolet endast är försvarligt om medborgarna accepterar det som moraliskt. Det är inte en ny idé. Redan Niccolò Machiavelli (f. 1469) konstaterade att det är smart av en ledare att få folket att acceptera hans våldsutövning, eftersom han annars blir avsatt. Michel Foucault (f. 1926) förefaller i samma anda ha en konspiratorisk hjärntvättarsyn på tillvaron: De som har makten hjärntvättar oss bland annat genom lagar och förmår oss därigenom att vara lojala tillbedjare av makten. Dworkin torgför enligt detta synsätt i själva verket inte en "Rule of Law" utan en "Rule of the Cynic Man".

I Kina har makten utövats som The Rule of Man i många årtusenden utan behov av att förklä den till något annat än vad den faktiskt är; en persons oinskränkta maktutövning. Med vissa mellanrum avsätts kinesiska ledare genom revolutioner. Det sker vanligtvis när ledarens maktmissbruk gått för långt (eller när han misslyckats med hjärntvättandet).

Karl Olivecrona (f. 1897) anslöt sig till hjärntvättsteorin, men han verkar tycka att det är oproblematiskt att medborgarna suggereras att acceptera de lagar som makten beslutar om.

Krig uppkommer när folk inte kommer överens. Om de olika sidorna är olika starka, så brukar kriget ta slut fort. Om



de olika sidorna är jämnstarka, tar kriget längre tid. Krig innebär i stort sett att de olika sidorna slåss till dess den ena sidan ger upp eller tar slut (folkmord). Men det finns regler om krig också!

Ett praktiskt problem med krigsregler är att de starkaste inte brukar bry sig så mycket om dem.

En journalist hävdade att USA:s krigsintervention i Irak i början av seklet stred mot folkrätten och frågade presidenten George W Bush vad han hade att säga.

Bush svarade leende: "Oj, säger du det! Jag måste genast ringa mina jurister!"

Krigsregler är tjugiga i skrift. När skriften är lång och analyserande, kallas den folkrätt. Om man är insatt i folkrätt kan man få tjänst i FN (och skattefri lön).

När kriget är slut, brukar vinnarna plåga de återstående förlorarna ytterligare genom att hålla dem ansvariga för brott mot krigsreglerna. Det är ovanligt att förlorarna får en chans att hålla vinnarna ansvariga med stöd av samma krigsregler – vilket ofta inte beror på att vinnarna krigat ädelt.

Demokrati innebär att de svaga får lite att säga till om, trots att de är svagare än de starka. Det brukar funka ända till dess de svaga vill något som de starka inte går med på. Konkret kan det handla om t.ex. att:

1. De starka vill komma åt de svagas egendom (expropriation).
2. Svaga inte ska säga obehagliga saker högt (oyttrandeplikt).
3. En svag blir inlåst eller av med sitt banktillstånd, trots att hon inte har brutit mot någon regel som de starka bestämt (illegalitetsprincipen).

I tider när de svaga är ganska starka, brukar de kalla sina rättigheter för "mänskliga". De starka kringgår ofta mänskliga rättigheter med motiveringen att "det blir lugnast så".

Argumentet att "det blir lugnast så" kallas med ett fint ord för utilitarism; största möjliga lycka till största möjliga antal. Vladimir Lenin (f. 1870) uttalade i samma anda att "ändamålen helgar medlen". Men han var inte först; redan den spanska inkquisitionen tillämpade det som ett argument för tortyr. Mot detta har invänts att *the road to Hell is paved with good intentions*.

Om vi håller de många (som tillsammans är de starka) glada, så blir det frid och fröjd i vårt land. Om de svaga protesterar, är det bäst att de starka äter upp de svaga. Detta med kannibalismen är logiskt, vilket illustreras av följande klassiska utilitaristiska exempel.

Det är rättvist att två män som håller på att dö av hunger i en livbåt på stora oceanen äter upp den tredje medresenären som är mer nära döden än de två andra.

I tider när de svaga är svaga på riktigt, finns inga mänskliga rättigheter alls. Jo, de finns förresten visst! På samma sätt som Gud:

Om man bara tror tillräckligt starkt på gud/mänskliga rättigheter, så kan gud/rättigheterna inte motbevisas.

Sens moral: Det kan vara bra att tro på Gud och/eller Mänskliga Rättigheter när man blivit av med allt man äger och sitter inlåst bara för att man uttalat en sanning. I det läget är du mer lycklig om du Tror än om du är bitter. Jeremy Bentham (f. 1748) måste ha haft en empatistörning när ha så plumt kallade mänskliga rättigheter för "uppstylat nonsens".

# 3. Vad är en rättvis regel?

---

Sankt Augustinus (f. 354) sa: *"Vad vore kungadömen utan rättvisa? Bara ett stort rånarband."* Han verkade mena att rånar-kungen ska tyglas med hjälp av "rättvisa". Risken är såklart att rättvisan bara blir en vacker fasad, likt en rikt dekorerad mantel. Under den är kejsaren naken. Även om kejsaren ser löjlig ut i sin nakenhet, så har han ett vasst svärd. Så det är inte värt att skratta åt honom...

En rabbin ordnade med domstol i byn. Samuel ville få sin sak prövad och sa: "Rabbi, Isak låter sina får gå över min mark varje dag och det förstör mina odlingar. Det är inte rättvist."

Rabbinen svarade: "Du har rätt."

Då sa Isak: "Men mina får kan inte få tillgång till vatten i sjön om de inte får gå över Samuels mark. Om de inte får gå där, så dör de. I århundranden har alla herdar kunnat gå med sina får över marken för att nå sjön. Jag har också rätt till det."

Rabbinen svarade: "Du har rätt."

En kvinna som har hört diskussionen sa till rabbinen: "Men båda kan ju inte ha rätt!"

Rabbinen svarade: "Du har rätt."

För att kunna lista ut vad som är en rättvis regel, måste vi veta vad som är Meningen Med Alltihop. Många har hittat Meningen. Ett litet problem är att nästan ingen håller med någon annan om vad som är Meningen. Aristoteles (f. 384 f.Kr.) ansåg att Meningen var lycka. Augustinus ansåg att Meningen var att älska gud. Martin Heidegger (f. 1889) ansåg att Meningen var att tänka på döden.

Detta axplock av olika åsikter visar att det är svårt att hitta Meningen Med Alltihop. Eftersom Meningen är en nödvändighet för att kunna deducera fram vad som utgör en rättvis regel, tvingas vi konstatera att det inte går att lista ut vad som är en rättvis regel. Men det är ju kul att diskutera saken ändå! Tänk så tråkigt det vore om vi hade svaret. Då skulle väldigt många politiker bli arbetslösa.

Jacques Derrida (f. 1930) kom efter omfattande grubblor fram till att det är rättvist med juridik ("it is *just* that there be *law*"). Det är en tröst att Derrida – som inte var jurist – tyckte det. Han ansåg vidare att "dekonstruktion är rättvisa". Det är inte så förvånande att Derrida – som var dekonstruktivist – tyckte det. Jag fattar inte vad hans dekonstruktivism går ut på, men på något vis uppfattar jag att hela meningen med Derridas teori är att den inte ska kunna förstås.

Ludwig Wittgenstein (f. 1889) ansåg att västerländsk filosofi var förtrollad av språket, vilket medförde att orden lurade oss att felkategorisera problem och frågeställningar. Han gillade t.ex. inte att Heidegger diskuterade "ingenting" som om det var en underlig sak. Wittgenstein ansåg att det är nonsens att försöka säga något om vad som är en moraliskt riktig regel. Trots sin negativa inställning menade Wittgenstein att det är viktigt att diskutera vad som är rättvisa. Syftet med sådana filosofiska diskussioner ska vara att klargöra tanken: "*Utan*

filosofi är tankar dimmiga och vaga. Filosofins uppgift är att göra tankarna klara och att ge dem skarpa gränser.”

Wittgensteins kompis Frank P. Ramsey (f. 1903) ansåg att Wittgenstein var löjlig som beskrev etiska diskussioner som ”nonsens men viktigt nonsens”. Ramsey tyckte att det var som att ha kakan och äta den.

Jurister bör begrunda att diskussioner om vad som är rättvisa regler är politik. När jurister diskuterar rättvisa regler, kallas diskussionen för *de lege ferenda* (hur det borde vara). Det är kul. Det är inte juridik. Men det är viktigt att jurister deltar i debatten och jurister har genom historien i hög grad påverkat lagstiftning genom de *de lege ferenda*-diskussioner. Juristen bör själv vara vaksam på när hon eller han är inne på politikens område – alltså när juristen bara tycker hur en regel borde vara, till skillnad från när juristen vet hur det ”är”. Redan Michel de Montaigne (f. 1533) framhöll att det är skillnad på juridik å ena sidan samt rättvisa, moral och etik å andra sidan.

Enligt traditionen skulle den segerrike romerske krigsheren ha med sig en slav på sin triumfvagn som ständigt skulle viska till honom att han var dödlig (*memento mori*). Detta skedde för att den framgångsrike inte skulle glömma bort vikten av ödmjukhet. På samma sätt bör juristen ständigt se till att påminnas om att diskussioner om vad som är en rättvis regel är juridisk hybris. Framstående jurister använder ofta slavar (de kallas biträdande jurister). Det brukar inte gå bra för biträdande jurister som förklarar för chefen att han eller hon är dödlig. Att påminna om sådant är ungefär lika smart som att vinna över delägaren i golf.

”Skomakare, bliv vid din läst!” sa konstnären Apelles från Kos till skomakaren som hade mage att uttala sig om annat än skon på hans tavla. ”Jurist, bliv lat!” skulle kanske utropas när

jurister argumenterar om något annat än vad som gäller *de lege lata* (dvs. gällande rätt, vad som gäller utan gissningar eller önskingar att påverka regeln med hur den borde vara). Men som vi ska se senare, vet ingen hur man fastställer vad som är gällande rätt. Därför är det svårt för juristen att hålla sig till *de lege lata* och låta bli att trampa in på politikens område.

Att vara normativ – alltså diskutera hur det borde vara och inrikta den juridiska argumentationen på att slutsatsen ska vara funktionell, ändamålsenlig eller rättvis – är i vissa juristkretsar en dödssynd.

Företrädare för förgreningar av marxistisk rättsteori brukar beklaga sig över dold normativitet. De själva försöker undgå problemet genom att dels lämna långgrandiga egoberättelser (där de skriver som sig själva, sin bakgrund och sin syn på världen), dels låta sina studier utgå ifrån axiom som inte får ifrågasättas. Kritiker till marxistisk rättsteori retar sig ofta på att dess grundantagande om det dialektiska historieförloppet inte är bevisat och inte kan bevisas. Somliga kritiker menar att den kritik som marxister ofta riktar mot smygnormativitet – dvs. att forskare påstår sig vara objektiva när de i själva verket är politiska – mest är en fråga om projiceringar av marxisternas egna tillkortakommanden.

Vissa jurister försöker framhålla att de är normativa och vara transparenta genom att säga "rättsläget är osäkert". Andra är transparenta genom att använda ordet "torde". Somliga utnyttjar det ännu mindre ordet "bör". Vanligast är begreppet "kan anses". Jurister känner sig som jurister när de skriver att något *kan anses* vara X. Det ser väldigt juridiskt ut. Men det är lurigt med passiva verb (sådana som slutar på s). Vem anser? Skribenten? Eller folk i allmänhet? Och vaddå "kan" anse? Vem som helst skulle kunna anse precis vad som helst. Läsaren vill oftast veta vad skribenten själv faktiskt

anser, inte vad han "kan" anse. Men som sagt, om uttrycket "kan anses" används för att markera att författaren är normativ, så kanske det är bra. Jag föredrar att skribenter markerar sin normativitet på ett tydligare sätt.

Frågan är om det finns evigt rättvisa regler. Michel Foucault (f. 1926) försökte visa att våra värderingar är beroende av att människor befinner sig i en viss kulturell kontext där maktstrukturerna bestämmer vad som är normalt. Genom sin teori påvisar han att det inte kan finnas evigt rättvisa normer eftersom vad som är normalt är i konstant förändring på grund av de ofta osynliga maktstrukturerna i samhället.

Kal: Osborne, jag på väg till dig i bilen och ringer till dig från min nya mobiltelefon.

Osborne: Kör försiktigt, Kal. Jag hörde just på radion att en galning kör i fel färdriktning på motorvägen.

Kal: *En* galning? Här är flera hundra galningar!

Med hjälp av Foucault, Kal och Osborne inser vi att man kan ha olika uppfattningar om vad som är fel färdriktning och att det slutligen är Staten som har makten att bestämma vad som är korrekt.

Det förekommer också värdförskjutningar i tid och rum.

Det var en gång en rik man som snart skulle dö. Han hade arbetat hårt för att tjäna ihop sina pengar och han var ledsen över att inte kunna ta med sig dem till Himlen. Han bad intensiva, långa böner att få ta sina rikedomar med sig.

Gud råkade höra hans böner och medgav ett undantag. Mannen skulle få ta med sig sin rikedom till Himlen. Överlycklig fyllde mannen en stor resväska med guldtaggar och förvarade den intill sin säng.

Ett tag därefter dog mannen och mötte Sankte Pär vid pärlporten. Sankte Pär förklarade för honom att han inte kunde ta med sig resväskan. Men mannen förklarade att Gud hade

gjort ett undantag. Sankte Pär gick för att kolla med Gud, återvände och sa: "OK, du har rätt, du får ta med dig ett handbagage. Jag måste dock göra en säkerhetskontroll av innehållet först."

Sankte Pär öppnade väskan och inspekterade vad mannen ansåg alltför värdefullt för att lämna kvar på jorden och utbrast: "Du tar med dig gatsten!?"

Enligt det dygdeetiska synsätt som Aristoteles förespråkade, ska rättsregler stimulera människor att kultivera sin karaktär, dvs. så att de blir moraliskt högtstående individer. Med det synsättet förstår vi alla varför det i de flesta samhällen finns förbud mot att urinera på torget. Genom sådan lagstiftning lär sig folk att bli mer moraliskt högtstående och hämma sina impulser att urinera offentligt.

Enligt Immanuel Kants (f. 1724) deontologiska synsätt ska en rättvis regel syfta till att kodifiera moraliska plikter. Kant tog utgångspunkt i sitt kategoriska imperativ som gick ut på att en man endast ska utföra sådana handlingar som han önskar skulle motsvara en universell lag. Torgurineringsförbudet är med det synsättet en påminnelse om att det kanske känns bra för den som behöver urinera att göra det på torget, men det känns inte så bra för samma person att stå ut med andras offentliga urinerande.

Utilitaristen Jeremy Bentham (f. 1748) menade att meningen med en regel är att den ska skapa det bästa resultatet för det största möjliga antalet. Med ett sådant synsätt kan man förklara förbudet att urinera på torget med att det finns fler människor som lider av känsliga näsor än av inkontinens.

En annan teori går ut på att juridiken ska syfta till att skapa balans (ekvilibrium) mellan olika intressen. Beträffande torgurineringsregeln alltså utgöra en balans mellan å ena



sidan personers behov av att lätta på trycket och å andra sidan personers behov av att inte behöva trycka sig över näsan.

En stilla undran infinner sig: Vad spelar det för roll om en regel förklaras av den ena eller andra teorin? Alla är ju ändå överens om att det är vettigt med förbud mot att urinera på toaletten.

Kanske kan ett annat exempel bättre illustrera den skillnad som teorierna har för den praktiska juridiken.

En domare kallar in två ombud till sitt privata kontor och säger: "Anledning till att jag har kallat hit er är att ni båda två har mutat mig."

Båda advokaterna skruvar på sig och ser obekväma ut. Domaren fortsätter: "Du, advokat Dunderkarlsson, gav mig 100 000 kr. Advokat Blom, du gav mig 75 000 kr."

Därefter ger domaren 25 000 kr i kontanter till Dunderkarlsson och säger: "Nu är balansen återställd och jag tänker avgöra tvisten endast mot bakgrund av fakta i målet."

Om syftet med rättvisa regler endast är att skapa balans, så har domaren agerat korrekt. Och utilitaristiskt sett är domarens handlande antagligen också OK eftersom resultatet (att domaren dömer opartiskt) uppnås – även om det i och för sig står två ledsna/fattigare parter mot en glad/rikare domare. Kant och Aristoteles får problem på grund av bristen på moralisk dygd hos alla inblandade.

Många juridiska regler kan förklaras med att de utgör en kodifikation av god moral och förvånansvärt ofta råder på det hela taget samstämmighet i hela världen om vad som utgör god moral. Det råder mycket större enighet om vad som är moraliskt gott än vad som är moralens härstamning.

Det finns emellertid svåra etiska frågor. Inte minst advokater ställs ofta inför etiska dilemman:

Om en klient av misstag betalar 40 000 kr när advokatens faktura endast var på 30 000 kr, uppkommer självklart den etiska frågan om advokaten ska berätta det för sin advokatbyråpartner.

John Rawls (f. 1921) har en analysmodell för hur man ska finna de rättvisa reglerna. Den utgår ifrån att försätta rationella individer i en ursprungssituation där de ska bestämma reglerna. Personerna sitter bakom en "okunnighetsslöja" eftersom de inte vet på förhand vilken position de kommer att befinna sig i när slöjan tas bort (man eller kvinna, fattig eller rik, sjuk eller frisk, smart eller korkad, Göteborgare eller Stockholmare). Därigenom minskar risken för att regelmarkerna skulle låta egenintresset bli avgörande och ökar sannolikheten att de skulle skapa ett drägligt liv för alla. Med stöd av denna modell, kom Rawls fram till:

1. Alla ska ha samma rätt till det mest omfattande system av grundläggande friheter som är förenligt med att andra har ett liknande system av för alla lika stora friheter.
2. Sociala och ekonomiska ojämlikheter ska ordnas så att de är till största förväntade fördel för de minst gynnade och knutna till ämbeten och befattningar som står öppna för alla under förhållanden som ger alla skäligt jämn goda möjligheter.

Allt låter toppen – precis som de flesta abstrakta resonemang. När du konkret drabbas av känslan att du vill dra täcket över huvudet och sova vidare: Byt ut täcket mot en slöja och känn hur du deltar i ett Rawlsexperiment (om du återföds som nykterist, kanske huvudvärken släpper).

Spelar alla dessa teorier om rättvisa någon roll egentligen? Det är ju bara en massa abstrakta idéer. Vem bryr sig? Tja, viss respekt ska man nog ändå ha för idéerna. Jean-Jacques

Rousseau skrev ner en massa idéer i sin bok *Det Sociala Kontraktet* (1762) strax innan franska revolutionen. När Thomas Carlyle (f. 1795) tillfrågades om abstrakta idéer är praktiskt relevanta svarade han:

”Det fanns en gång en man vid namn Rousseau som skrev en bok som endast innehöll idéer. Den andra upplagan var inbunden i skinn från dem som hade skrattat åt första upplagan.”

Får man bryta mot en rättsregel om man anser att den är orättvis? Detta är en central fråga för dem som ägnar sig åt civil olydnad. Thomas av Aquino (f. 1225) ansåg att det i vissa lägen är OK att bryta mot orättvisa lagar, men han tillade kryptiskt att man inte får bryta mot de orättvisa reglerna om det skulle medföra en skandal.

Det kanske är enklare för en djupt troende person att uppmana till lagbryteri, eftersom sådana personer kan hoppas på en härlig tid efter döden hos Sankte Pär & Co. Icke-religiösa stackare måste cyniskt beakta risken att bli straffad i detta livet utan chans till kompensation i det nästkommande. I länder där lagbrottet sanktioneras med dödsstraff, är det sannolikt ovanligare med öppen civil olydnad än i länder där det riskerade maxstraffet är böter. Det är i det här sammanhanget tankeväckande att religionen och tron på livet efter döden ofta spelar en viktig roll i länder med dödsstraff. Kanske är det därför ungefär lika vanligt förekommande med civil olydnad oavsett vilket straff som väntar i jordelivet?

## 4. Är juridik en vetenskap?

---

Även om vi inte vet vad som är Meningen Med Alltihop, kanske vi vet vad som är Vetenskap. När vi vet vad som är Vetenskap, så kan vi besvara den för jurister så viktiga frågan om juridik är en Vetenskap. Frågan är lika central för jurister som naveln är för en navelskådare.

Men låt oss vara grundliga: Innan vi vet om juridik är en vetenskap måste vi veta vad juridik är. H.L.A. Hart (f. 1907) ställde frågan: "What is law?" Han konstaterade att juridik är underligt på så vis att inga andra discipliner ställer sig motsvarande fråga. Kemisten frågar inte "vad är kemi". Medicinaren frågar inte "vad är medicin". Svaret på Harts fråga är att juridik är som en elefant; man kan inte beskriva den tillfredsställande men man vet vad det är när man ser den.

Karl Popper (f. 1902) utvecklade en teori om falsifierbarhet. Popper ansåg att ett viktigt krav på vetenskap är att en tes är falsifierbar, dvs. att man kan avgöra om tesen är sann eller falsk. Han menade att man ska utgå från att en tes är sann till dess den kunnat falsifieras.

Kal och Ada lagar frukost. Kal smörar en macka och säger: "Har du lagt märke till att om du tappar en brödskiva så landar den alltid med smörsidan neråt?"

Ada svarar: "Nej, det verkar nog bara så eftersom det är så jobbigt att städa när mackan hamnat upp-och-ner-på. Jag slår vad om att den landar med smörsidan uppåt lika ofta som neråt."

Kal säger: "Du tror fel! Se här!" Och så släpper han mackan på golvet, där den landar med smörsidan uppåt.

Ada säger: "Där ser du!"

Kal svarar: "Äh, det var ju bara för att jag smörade fel sida."

Som ni förstår, anser Kal att det inte finns någon bevisning som kan falsifiera (motbevisa) Kals teori. Adas försök att i Poppersk anda pröva om Kals tes är falsk misslyckas eftersom Kal problematiserar frågan. Det är ett klassiskt knep, att den som inte gillar att hans tes ifrågasätts "ökar problematiseringsgraden" och "fördjupar analysen". Det brukar alltid leda till att den ifrågasättande personen antingen blir totalt bortkollrad eller tappar lusten att fortsätta diskussionen. *If you can't beat them, bore them.*

Juridik är inte en vetenskap i Poppers mening. För jurister är den vetenskapliga debatten om deduktion och empiri tämligen irrelevant. Det beror sannolikt på att juridik inte är en vetenskap i någon mening alls. Somliga jurister tycker det är synd och problematiserar in juridiken i vetenskapligheten. Det är ofta problematiskt att kommunicera med personer som är så fruktansvärt problematiserande. Kommunikations svårigheten kan problematiseras i sig och då blir allt ännu mer problematiskt och nu har alltihopa blivit väldigt vetenskapligt. Äntligen kan vi jurister också få delta i vetenskapsdebatten med hedern i behåll!

Jan Hellner (f. 1917) föreslog att man skulle se juridiken som en vetenskap som syftar till att lämna bidrag till en grund för beslutsfattande i framtiden. Men han dissade sitt eget förslag och landade i att kravet på en rättsvetenskapsman är att han gör en egen prövning av sin egen metod samt att den *"slutliga prövostenen blir till slut det egna vetenskapliga samvetet"*. Detta är rimligen endast en omskrivning för att juridik inte är en vetenskap.

Aleksander Peczenik (f. 1937) tycks vara inne på samma linje som Hellner. Han menade att en slavisk tillämpning av olika vetenskapsteorier är dömd att misslyckas, bl.a. för att vetenskapens främsta mål är en sann beskrivning av verkligheten medan juridikens mål är mer komplicerat. Som om det inte vore tillräckligt komplicerat att försöka ge en sann beskrivning av verkligheten.

Inom EU framförs ibland krav på att lagstiftningen ska vara "evidensbaserad". Det är särskilt vanligt beträffande konsumentregleringar. Därigenom hoppas EU-kommissionen att direktiven ska frikopplas från politiskt käbbel och bli "sann" eftersom det är vetenskapligt bevisat att regeln behövs. Förr undgick lagstiftare kritik om de kunde hänvisa till vad gud hade bestämt. I våra sekulariserade tider försöker lagstiftaren på samma fåfänga sätt undgå kritik genom att hänvisa till samhällsvetenskap. Därför samlar EU-kommissionen på massvis med statistik, så att de föreslagna regleringarna blir evidensbaserade och inte kan ifrågasättas. Det är naturligtvis bluff och båg alltihop. Som alla vet, kan man enkelt ljuga med statistik och därför är lagstiftning aldrig "evidensbaserad" – även om det låter tjugigt.

I vetenskaplighet ingår att ständigt ifrågasätta påståenden och att inte dra några avgörande slutsatser av initiala intryck.

En vetenskapsman och hans fru är på en utflykt på landsbygden.

– Åh, titta, utropar frun. De där fåren har blivit rakade.

– Ja, svarar vetenskapsmannen, på den här sidan.

Vissa vetenskapsmän anser att hustrun i den här historien är mer vetenskaplig än sin man eftersom hon drar en (induktiv) slutsats med stöd av vad som framstår som sannolikt mot bakgrund av hennes tidigare erfarenheter. Eftersom hon vet att de flesta fårfarmare i allmänhet inte rakar sina får på endast ena sidan, kan hon tryggt påstå att fåren har blivit rakade runtom.

Istället för att kalla juridik för vetenskap, kan man kalla det för vadslagning. Man slår vad om hur Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen kommer att döma. Man gör en prognos. Amerikanen Oliver Wendell Holmes (f. 1841) och senare dansken Alf Ross (f. 1899) utvecklade en sådan prognosteori. Knut Rodhe (f. 1909) var en svensk förespråkare för det synsättet.

När en jurist gör en prognos, så är hans slutsats falsifierbar på så sätt att när (om) någon av de högsta domstolarna prövar frågan, så kan man konstatera om juristens prognos var sann eller falsk. Genom att betrakta juridisk analys som vadslagning, blir förvånansvärt nog juridik vetenskap. Den professor som gjort en misslyckad prognos kan vanligtvis skylla på att

- (1) omvärldsförhållandena ändrats,
- (2) det enskilda fallet inte var renodlat på samma sätt som prognosfallet,
- (3) domarna dömt fel, och/eller
- (4) domarna blev lurade av någon annan professors konkurrerande (felaktiga?) prognos.

Prognose teorin är alltså utilitaristisk på så vis att den ger stor lycka till alla professorer, eftersom de alltid kan ha rätt hur fel deras prognoser än slår i praktiken.

Juridik är inte en vetenskap. Därför har Hellner kallat det för en common-sense-vetenskap. Marxisten Antonio Gramsci (f. 1891) skulle blivit vansinnig av att höra sådant snack, eftersom vad som utgör common sense endast återspeglar den dominerande elitens intressen.

Enligt skolan Critical Legal Studies (CLS), är rätten inte ett system som kan lösa alla problem. CLS anser att det inte finns En Riktig Juridisk Metod utan att rättssystemet består av en massa olika kolliderande intressen. Skolan – som består av en massa kolliderande skolor – är kritisk till begrepp som "rättvisa", "sanning" och "rationellt beslutsfattande". Inom CLS anses att juridiska regler endast har marginell betydelse för människors beteenden, att vårt samhälle idag är sjukt överreglerat och att Staten i alltför hög grad blandar sig i saker. Redan denna totaldiss av juridiken har medfört att CLS inte välkomnas med öppna armar i juristsamhället. Det blev inte bättre när CLS-forskare kom fram till att alla anställda vid juridiska fakulteter – från vaktmästare till professorer – borde ha samma lön.



# 5. Rättskällor, rättspositivism och rättsdogmatik

---

För att veta vad som gäller (vad som är "gällande rätt") brukar man tillämpa rättskällor. Vad är en rättskälla? Det vet ingen med säkerhet. Men ganska många anser att det finns rättskällor av följande slag.

- Lag
- Rättsfall från Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen
- Förarbeten till lagar
- Handelsbruk och sedvana
- Doktrin
- Sakens natur (reella hänsyn)

Det är ytterst oklart vem som har bestämt att detta är rättskällor.

Nu kommer nästa fråga: Hur ska rättskällorna rangordnas? Det vet ingen med säkerhet. Det enda som det verkar råda någorlunda enighet om, är att lag är en framstående och viktig rättskälla.

Somliga personer, t.ex. Ivar Agge (f. 1903) och Alf Ross, definierar rättskälla som *alla* de faktorer som påverkar domarens avgöranden. Det är därför som en noggrann jurist måste ha koll på om domaren har PMS, en otrogen fru eller åt en äcklig smörgås till frukost samt om domarna i de högsta domstolarna har bakgrund som t.ex. kapitalistisk advokat eller lojal statstjänsteman.

Vissa andra personer menar att det bara finns en *enda* rättskälla; Lagen. Med det synsättet kan rätten inte ändras eller utvecklas genom rättspraxis. Det är en vanlig uppfattning i samband med att stora lagkodifikationer introduceras, t.ex. när tyskarna fick sin BGB år 1900 eller när danskarna fick sin Danske Lov år 1683. Oundvikligen brukar denna inskränkta syn på rättskällor vittra sönder i takt med tiden.

Eftersom det är så mycket bråk om vad som är en rättskälla, kan man låta bli att använda ordet. Jan Hellner kallade rättskällor för "hanteringsregler". Men folk slutade inte bråka bara för att han bytte ord på problemet.

Den festligaste rättskällan är "sakens natur" – jag tror att det är en omskrivning för "domarens magkänsla" eller "go'dag yxskaff". Montesquieu sa pompöst: "*Jag har inte uppställt mina principer efter fördomar utan på grundval av sakens natur.*" Det låter bra men är en bluff. Jag tycker att det är OK att domare tänker med magen och känner efter vad som är rätt och riktigt. Men jag gillar inte att Montesquieu eller domaren gömmer sig bakom uttryck som "sakens natur".

Man skulle tro att rättspositivister är roliga, med en positiv syn på livet. Så är det inte nödvändigtvis. Rättspositivister tror att man kan vaska fram det sanna och falsifierbara svaret på alla juridiska frågor genom noggranna studier av rättskällor. Det positiva ligger alltså i att de svarar "ja" på frågan: Finns det Ett Sant Svar på alla juridiska problem?

Hans Kelsen (f. 1881) utvecklade rättspositivismen som en motpol till naturrättsliga idéer. Han betonade skillnaden mellan politik och juridik. Kelsen ville hålla isär detta genom att utveckla en *ren* rättskällelära. Kelsen ansåg att det inte finns någon skillnad mellan lagen sådan som den är och lagen sådan som den borde vara. Lagen är vad den är, och därför kan vi sluta tjafta om ifall den är bra eller dålig.

Kelsens rättskällelära hade sin bas i det han kallade för "grundnormen". Med grundnormen som bas kunde han deducera fram en hierarkisk ordning av rättskällor. Så bittert för Kelsen, att hela hans korthus om rättskällor är byggt på en naturrättslig grundnorm.

Det är väldigt bekvämt att vara rättspositivist: Man kan själv bestämma vad som är "riktiga" rättskällor och hur de ska rangordnas. När man har hittat på ett sådant hierarkiskt system, så får det inte ifrågasättas. Trots att ingen annan håller med om rättspositivistens slutsats – eftersom ingen annan håller med om beskrivningen av hans hierarkiska rättskällesystem – är alltså hans slutsats oantastlig.

En rättspositivist ifrågasätter inte om en regel är lämplig, ändamålsenlig eller rättfärdig. Det vore ovetenskapligt (eller politik). Rättspositivisten är inriktad på det formella; hur regeln har kommit till och om den kommit till på rätt sätt, hur regeln förhåller sig till andra – kanske motstridiga – regler och vilken av reglerna som har prioritet. För rättspositivisten är juridiska regler ett vackert koherent system som inte får smutsas ner av meningslösa diskussioner om vad som är funktionellt, rättvist eller moraliskt.

Rättspositivister blir jättearga på jurister som påpekar att en viss regel inte funkar och leder till praktiska problem som motverkar hela idén med ett visst regelverk. Sådana påpekanden är irrelevanta. Det enda som ska vägleda jurister är rätts-

källor och en regels ändamålsenlighet ingår inte i rättskällorna. Det finns massvis med exempel på hur Högsta domstolen varit närmast absurt rättspositivistisk, inte minst med avseende på formkrav.

En tant och en gubbe hade gift sig. Tanten slutade tycka om gubben och flyttade ifrån honom men tog inte tag i det formella med en skilsmässa. Hon ville att hennes släktingar skulle ärva henne istället för maken. Därför skrev hon ett testamente. Sen dog hon. Testamentet var undertecknat av två vittnen, precis så som det ska vara. Först skrev tantens ena kollega på testamentet som vittne. Sedan gick tanten direkt in i rummet bredvid (utan att stänga dörren) och bad nästa kollega skriva på. Högsta domstolen bestämde att gubben fick ärva tanten eftersom testamentet var ogiltigt. Domstolen ansåg att vittnena inte varit "samtidigt närvarande" som det stod i lagen – skit samma att formkravets funktionella syfte att säkra bevisning om testators vilja var uppfyllt.

Anarkister anser att det är viktigt att skilja mellan å ena sidan Staten och å andra sidan samhället. För en rättspositivist är det vanligtvis endast Statens producerade rättskällor som betyder något. För anarkisten är handelsbruk (normerna i den mindre gemenskapen som uppkommit spontant och frivilligt, utan auktoriteter) viktigare.

H.L.A. Hart (f. 1907) var rättspositivist. Han gjorde en stor grej av situationen då en revolverman hotar dig med en pistol och ber om din plånbok. Då är du tvingad (obliged) att lyda, men du har ingen skyldighet (obligation) att lyda. Ursäkta mig, men vem bryr sig om denna distinktion i det läget?

Förklaringen till rättspositivisternas till synes världsfrånvända attityd är att de är fokuserade på frågan "vad är juridik". Och det är just det som är problemet; vem bryr sig om vad som är juridik?

Rättspositivism är en annan sak än rättsdogmatism. En rättsdogmatiker kännetecknas av att hon sitter inne med Sanningen. Därför blir hon ofta ganska pompös och riskerar att bli kränkt om du ifrågasätter henne. Seminarier där två rättsdogmatiker diskuterar och sitter inne med olika sanningar brukar bli livade och sluta med att båda dör (åtminstone dör allas aktning för dem).

Det ska observeras att det finns många definitioner på rättsdogmatik. Somliga anser att det är lika med begreppsjurisprudensisk forskning. Vissa menar med rättsdogmatik endast att någon försöker fastställa vad som är gällande rätt (vad det nu är). Några kallar sig stolt för "rättsdogmatiker". Andra använder det som en nedsättande beskrivning av kolleger. Den som inte vill bli kallad rättsdogmatiker, kan skryta med att hon ägnar sig åt "konstruktiv rättsvetenskap". Jag undrar om sökandet efter gällande rätt i så fall är destruktivt.

Ronald Dworkin (f. 1931) gillar inte rättspositivister. Han anser att det är omöjligt att göra skillnad mellan rätt och moral. Men han är rättsdogmatiker eftersom han anser att det finns Sanna Svar på alla juridiska frågor. Han har utvecklat en teori om den omnipotenta domaren Herkules, mönsterdomaren som alltid dömer "rätt" genom att utnyttja sin intuitiva förmåga och kan "se" hela det juridiska systemet, inklusive dess moraliska grundval, och därifrån kan extrahera Den Enda Rätta Lösningen. Herkules personifierar på så vis "sakens natur". Dworkin anser att Herkules inte finns. Han är endast ett ideal. Herkules är alltså gudalik; omnipotent och rättvis (och outgrundlig). Om man vill ge en domare en komplimang kan man alltså säga: Dina domar är outgrundliga för oss vanliga dödliga.

Dworkins teori har likheter med Hugo Grotius (f. 1583) som menade att man kan få kännedom om de naturliga rätts-

reglerna genom förnuftig eftertanke. Kanske kan man se likheter med Zen-buddisternas ivriga mediterande. Domare som ser ut att sova vid huvudförhandlingarna kan alltså försvara sig med att de försöker meditera sig fram till sakens natur genom att inte tänka på någonting.

Det finns jurister som svarar nej på frågan om det finns Ett Sant Svar. Även om sådana jurister inte brukar kalla sig för rättsnegativister, brukar de skrytsamt framhålla att de är bra på att problematisera saker och ting.

Extrema rättsnegativister anser att det inte finns ett enda sant svar på en enda juridisk fråga. Om man problematiserar *allt* – inklusive vad som är Meningen Med Alltihopa, varför något gäller och om alla sakers existens – så finns inga svar på någonting. Personer som har den inställningen brukar uttala orden "rättspositivism" och "rättsdogmatik" på ett sätt som medför salivutsöndring som ger kvalpoäng till SM i längdspottning.

När moderna rättspositivister blev så spottade på att de inte stod ut längre, utvecklade de en tvåstegsraket. Först ska man vara formellt rättspositivistisk. Sedan kan man få ställa sig moraliska frågor om rättvisa och ändamål samt kanske åsidosätta den rättskälletekniskt bindande regeln. Det viktiga är att man är medveten om i vilket stadium man befinner sig. Som jurist är det enligt detta synsätt viktigt att ägna sig åt *självreflektion* och ständigt befinna sig på en metanivå (dvs. grubbla över hur jag själv tänker nu och varför). För många är det tillfredsställande att ha en så narcissistisk infallsvinkel på juridiken; att vara självreflekterande och att alltså få tänka mycket på sig själv utan att behöva skämmas.

Nästa gång du mediterar över vindlingarna i din egen navel, så ska du le saligt och överföra samma övning till vind-

lingarna i din egen hjärna. Då är du en postmodern själv-reflekterande person. Det låter härligt, eller hur?

I de närmast följande kapitlen kommer jag att ta upp lite om några rättskällor.

## 6. Lagar

---

I regeringsformen står att *"den offentliga makten utövas under lagarna"*. Det är nästan en korrekt beskrivning, endast prepositionen "under" är missvisande. Det ska såklart vara "genom".

Lag stiftad av Sveriges riksdag är den förnämsta rättskällan. Lagar är alltså det viktigaste för jurister. Lagarna är abstrakt utformade och ska tillämpas av medborgarna. Juristerna (domare, advokater, bolagsjurister, myndighetshandläggare med flera) uttyder lagarna så att de fungerar i praktiken.

Eftersom lagar är så viktiga, måste de tillskapas på ett särskilt sätt. Det finns lagar om hur lagar blir till. Det är rättssystemets stamceller. Sådana meta-lagar kallas grundlagar. Meta-lagarnas ursprung är lika svårfångat som universums tillblivelse. Ändringarna i den svenska regeringsformen 2010 tillkom med tillämpning av 1974 års regeringsform som tillkom med tillämpning av reglerna i 1809 års regeringsform och den tillkom genom en statskupp!

Lagar är högtidliga grejer. En svensk lag blir till genom att flera hundra personer (riksdagsmän) trycker på knappar på visst sätt på en viss plats (den stora salen med de vävda gråa bergen på väggen). Genom detta hokus-pokus-liknande för-



farande skapas lagar. Först gäller lagen inte. Sedan – hokus-pokus – gäller den. Det är stort. Mäktig magi.

Knappptryckarna har sällan läst den föreslagna lagtexten. Om de läst, så är det inte troligt att de förstår den i alla detaljer. Experter hjälper knappptryckarna att förstå och berättar vilken knapp de ska trycka på. Detta kallas "demokrati". Det är fint. Vi får ofta höra att vi ska vara glada att vi lever i en demokrati, istället för i ett samhälle styrt av en liten elit...

Innan knappptryckeriet finns förberedelsearbete. Det börjar med att någon betydelsefull person vill något. Dåvarande statsministern Olof Palme (f. 1927) skrev till och med en bok som heter *Politik är att vilja*. Många blev arga på Palmes synsätt.

Vissa kritiker till Palmes devis såg parallellen till Josef Stalins (f. 1878) uttalande: "Rätten är de förhållningsregler som uttrycker den härskande klassens vilja... Efterlevnaden av dessa regler garanteras av statens tvångsmakt... och gagnar den härskande klassen."

Andra kritiker till Palmes tal om sin vilja, ansåg att politiker med lagars hjälp inte kan åstadkomma någonting för att ändra folks beteenden utan att lagar endast är tomma fasader: "Se, nu har vi definierat om begreppet våldtäkt och nu kommer alla potentiella sexförbrytare att tänka sig för och sluta vara dumma!" Det är omstritt i vad mån lagregler är ett effektivt verktyg för social ingenjörskonst.

Slutligen är Palmes vilja kontroversiell eftersom man helst inte vill erkänna att det är *en enda persons* vilja som sätter igång hela hokus-pokus-grejen med lagar. Det känns mycket bättre att tala om "kollektiva demokratiska beslut". Det är mindre farligt att se den enda personens vilja som en liten ärtä som mals ner i en enorm ärtsoppa (lagstiftningsprocess).

Om man numera googlar uttrycket "politik är att vilja" så hittar man bara glada politiker i alla läger som är entusiastiska till Palmes uttalande. Det upplevs nuförtiden som en häftig tanke att en politiker skulle vilja göra något mer än individuell karriär.

Efter det att någon velat något, tar tjänstemän över arbetet med att omvandla viljan till lagtext. Tjänstemännen kan ibland behöva arbeta länge med utredningen. När den betydelsefulla personens vilja är korkad, kan utredningen pågå i evigheter i avvaktan på att vilje-personen ska tröttna. Det är ett praktiskt sätt att rädda ansiktet på betydelsefulla personer med känsliga egon.

Syftet med utredningen är att passa in den nya lagen i det befintliga lapptäcket av gamla lagar, kanske upphäva några gamla lagar, klä viljan i vettig språkdräkt samt förankra den betydelsefullas vilja hos lobbyister och juristkollektivet.

I samband med utredandet går lagförslaget på remiss. Det betyder att makten kollar om medborgarna tänker vara lojala med lagen eller motarbeta den. Om remissinstanserna är kritiska, så skärper man ofta sanktionerna för att inskräpa vikten av "frivillig" lojalitet.

Som en knorr mot slutet kollar Lagrådet – som består av justitieråd – bland annat att den föreslagna lagen inte kränker någon minoritetsrättighet som lagts fast i grundlagarna. Det låter tryggt. Men som dåvarande statsministern Göran Persson (f. 1949) sa när Lagrådet krånglade: *"Lagrådet brukar ha synpunkter på våra propositioner, då kan man ibland justera dem. Vi får se om det går här."*

Allra sist inträffar höjdpunkten i trollerinumret: Trollformeln! Den är inte hokus pokus. Den är inte simsalabim. Den är *promulgation*.

Den tyska rikskanslern Otto Bismarck sa redan på 1800-talet att det är med lagar som med korv, man mår bäst av att inte veta hur de blir till. Svenskar är förhållandevis generösa med att beskriva korvtillverkningsprocessen – men självklart besparas medborgarna de allra mest motbjudande delarna av tillblivelsen.

När man inser att lagtillverkning har stora likheter med korvproduktion, blir man illamående vid tanken på att förarbetena skulle kunna fungera som en rättskälla. Varför skulle några ord av en departementstjänsteman i en utredning ha större tyngd än en djuplodande analys av en rättsvetenskapsman eller advokat? Trots detta, har förarbeten en stark ställning i svensk rättskällelära. Svenskar gillar falukorv, även om de vet att innehållet är vidrigt.

Ibland händer det att betydelsefulla personer inte vill samma sak. Då gäller det att kompromissa. I Bryssel samlas väldigt många viljor som spretar åt olika håll. EU-kommissionen försöker att pressa in de motstridiga viljorna i samma lag (direktiv eller förordning) – likt korvmassa som pressas in i ett för trångt korvskinn. Det leder vanligtvis till att lagens innehåll blir motstridigt. På så sätt får europeiska jurister mycket att göra. Och tjänstemännen i Bryssel också, eftersom de genast behöver skriva om det antagna direktivet för att överbrygga motstridigheterna. Eftersom det grundläggande problemet inte försvinner – alltså att betydelsefulla personer vill olika – handlar hela arbetet mest om att dölja motstridigheterna så elegant som möjligt. Genom skicklig lagstiftningsteknik kan det dröja länge innan de stackare som ska tillämpa lagen förstår att det inte går.

Emellanåt framförs den svindlande tanken att det vore bra om tillämparna förstod vad som står i lagen. Tjänstemännen får lära sig att tänka på målgruppen (de som ska tillämpa

lagen). Men det är svårt och numera verkar det inte längre finnas någon ambition att andra än superexperter ska förstå sig på själva lagtexten. Det är bra för tjänstemännen som får anledning att skriva kommentarer till de obegripliga lagtexter de utformat – och på så sätt får välförtjänta sidoinkomster.

Ibland finns ingen lag som reglerar ett visst problem. Det finns t.ex. en massa avtalstyper som inte har reglerats i någon särskild lag (återförsäljning, kreditavtal business-to-business, konsultavtal mm). Det är emellertid mycket vanligare att det finns för många lagar och att man inte vet vilken av alla tänkbara lagar som är relevant. Philip K Howard redogör i sin bok *The Death of Common Sense – How Law is Suffocating America* (1994) för hur domaren ursprungligen hade få regler att ta hänsyn till och därför hade anledning att fråga sig vad som framstod som vettigt och förnuftigt. Han beskriver hur utvecklingen medfört att lagstiftningen numera är så omfattande och detaljerad att domaren förvandlats till en robotliknande maskin som scannar av djungeln av lagtext, hittar något som verkar passa och tillämpar det blint utan att använda sitt goda omdöme.

Den som klagat på att det finns för mycket lagar, skulle kanske uppskatta Ulpianus (aktiv på 200-talet) kärnfulla och tämligen uttömmande uttalande: *"Rättens föreskrifter är dessa: Leva hederligt, inte skada annan, ge var och en hans."*

Lagar som kommit till på trolleri-knapptryckningsvis kan upphöra utan knapptryckningar genom att bli obsoleta. Det är förunderligt hur detta går till, eftersom det sker omärkligt och lagen är borta utan att den försvunnit. Lagen syns och existerar men finns ändå inte.

För att hokus-pokus-grejen med lagar genom knapptryckning ska funka, måste det vara några som vill vara med och leka. Nuförtiden består lekdeltagarna oftast av Nationalsta-

ten (Sverige i vårt fall). Det finns många regler om vilka som får vara med i just Sverige-knapptrycknings-leken. Sådana regler handlar om medborgarskap, rösträtt m.m. Vissa grejer ska bestämmas på regional nivå (t.ex. i landsting eller kommuner). Andra beslut ska tas på en central nivå, högre än Sverige (EU). Man trycker i princip på knappar överallt men det är olika knappar och olika knapptryckare. De olika knapptryckargängarna bråkar ganska ofta om vem som ska trycka om vad.

Kosmopoliter anser att Nationalstaten borde dö och ersättas av global styrning eftersom Nationalstaten inte funkar i det mångkulturella samhället eller för att ta hand om de många frågor som måste lösas på global nivå (miljöförstöring, naturkatastrofer mm). Immanuel Kant (f. 1724) såg framför sig hur ett gemensamt världsherravälde oundvikligen skulle utvecklas till "*universell despotism som skulle suga ut all mänsklig energi och slutligen leda till frihetens gravfält.*" Jag tycker att det vidrigaste med idén om en enda Globalstat (McWorld), är att det inte finns någonstans att fly ifrån den.

De gulligaste lagarna är sådana som kallas för *lex imperfecta*. Det är fina råd som lagstiftarna ger oss medborgare utan att föreskriva någon sanktion. Som en sorts vänlig påminnelse eller uppfostran genom käcka tillrop. Den allra sötaste *lex imperfecta* är äktenskapsbalken 1:2:

"Makar ska visa varandra trohet och hänsyn. De skall gemensamt vårda hem och barn och i samråd verka för familjens bästa."

Ni kan bara ana hur mycket mer harmoniska äktenskap blir efter att denna fina lagtext citerats i samband med ett gräl. Tack snälla Staten för tipset!

Den konstigaste *lex imperfecta* är avtalslagen från 1915. Av den framkommer att man i många fall ska hålla sina löften (*pacta sunt servanda*) men i avtalslagen finns ingen sanktion om man bryter sina löften.

I vissa kulturtraditioner, t.ex. Kina, är lagar inte alls så särskilt viktiga. De är mer riktlinjer än bindande rättskällor. I Kina har man alltsedan Konfucius (f. 551 f.Kr.) dagar hyllat principen att samhället styrs av *The Rule of Man* istället för *The Rule of Law*. Den starka mannen bestämmer. Bestämmer han alltför dåligt, blir det revolution och en ny stark man tar över bestämmandet. Med tämligen jämna mellanrum har kineserna kastat ut kassa ledare. Kina håller kanske på att påverkas av västerlandets syn på lagstiftningens betydelse. Det går inte att säkert avgöra om de lagar som nu stiftas i Kina i en rasande takt endast är en fasad för att tillgodose indignerade västerlänningars moralskrikande. Det är osäkert om Kina långsiktigt utvecklas mot *The Rule of Law*. Kanske är den nuvarande trenden endast en liten parentes i den långa kinesiska historien.

# 7. Analogier

---

Svenska jurister får lära sig att när en fråga inte får svar i en direkt tillämplig lag, så ska man leta efter en lag som visserligen inte är tillämplig, men nästan. Sedan ska man från den lagen göra analogier. Man ska alltså tillämpa lagen trots att den enligt sin egen ordalydelse inte är tillämplig. Lagen gäller *mutatis mutandi* (på samma sätt när det är lämpligt).

Analogier ska man bara göra när det är lämpligt. Tyvärr får svenska jurister inte lära sig när det är lämpligt eller olämpligt. Thibaut och von Savigny varnade för "jus singularis" och anomalisk rätt. Det är en lag som kan liknas vid en äcklig värta som man absolut ska akta sig för att bli smittad av och alltså inte får analogisera ifrån. Tyvärr står det sällan i lagar att de är vårtor. Därför är det svårt att identifiera från vilka lagar man inte får göra analogier.

Hursomhelst, analogier i juridiken har med logik att göra. Det är fråga om en sorts induktiv logik. Svårigheten med analogier är att vi liknar en sak vid något annat (som saken inte är) och sedan drar vi slutsatser om saken med stöd av det som vi vet om det andra. Ett exempel:

Eftersom universum är som en klocka, måste det finnas en urmakare. David Hume (f. 1711) påpekade att det inte finns

något som är helt likt universum och att vi därför inte ska försöka likna universum vid något annat.

Hume ställde sig tveksam till att likna universum vid en klocka. Det ligger ju ungefär lika nära till hands att likna universum vid en känguru. En känguruanalogi skulle leda till slutsatsen att vårt universum har skapats genom att två andra universum haft samlag.

Exemplet visar det grundläggande problemet med analogier: Bara för att det i vissa avseenden finns likheter mellan A och B, behöver inte A och B vara lika i andra avseenden.

Låt oss landa på jorden och överföra resonemanget till juridiken. Bara för att hyra av lös egendom i vissa avseenden liknar köp, ska vi inte tillämpa alla regler i köplagen analogt på hyra av lös egendom. Och bara för att hyra av lös egendom i vissa avseende liknar hyra av fast egendom, ska vi inte tillämpa alla regler i jordabalken analogt på hyra av lös egendom.

Analogier är beroende av från vems perspektiv de görs.

Tre Chalmersstudenter diskuterar vilken sorts gud som designat den mänskliga kroppen. Den första säger: "Gud måste vara mekaniker. Se på alla leder."

Den andra säger: "Jag tror gud är elektriker. Nervsystemet har tusentals sambandscentraler."

Den tredje säger: "Gud måste vara stadsplanerare. Vem annars skulle ha placerat ett giftigt avlopp tvärs igenom rekreationsområdet?"

På samma sätt kommer en bolagsrättare vanligtvis att lösa problem som rör aktieägaravtal genom att göra analogier till lagen om handelsbolag och enkla bolag, under det att en avtalsrättare kommer att lösa problem rörande aktieägaravtal med stöd av avtalsrättsliga principer. Och köprättsexperten kommer att föredra att vid hyra av lös egendom göra analo-



gier till köplagen, under det att fastighetsrättaren kommer att föredra analogier till jordabalkens regler. Ingen har fel. Ingen har rätt. Analogin i juridiken är som Meningens Med Alltihopa; outgrundlig.

Det finns jurister som ser rätten som ett enhetligt system. Alla de lagar vi har ingår enligt dem i ett koherent system. När det saknas ett uttryckligt lagrum som reglerar en viss fråga, kan man finna svaret genom att identifiera var hålet (det tomma, ej lagreglerade) ligger i systemet. Och då simsalabim framträder svaret! Med det synsättet blir svaret på alla juridiska problem som små pusselbitar i Den Stora Helheten. Knut Rodhe (f. 1909) och Henrik Hessler (f. 1918) ritade vackra, stora sammanhängande systemkartor över obligations- respektive sakrätten. Jan Hellner, som var mycket konstantresserad, såg skönheten i systemkartorna men ifrågasatte om de kunde tillföra något till den praktiska och vetenskapliga juridiken.

Wesley Newcomb Hohfeld (f. 1879) byggde upp ett makalöst intrikat system med ett antal grundelement samt därefter ett mycket stort antal kombinationer av grundelementen. Genom detta system möjliggjorde han uppbyggnaden av Rättssystemets Logik. En riktigt skicklig systemjurist kan förvandla juridik till matematiska formler. Det är garanterat obegripligt för alla utom systemskaparen själv.

Man kan bygga system antingen för att (1) hitta svaret på oreglerade frågor eller i syfte att (2) strukturera en lärobok för att hjälpa praktikern att minnas och hitta reglerna. Det senare är tämligen okontroversiellt och det förra är synnerligen kontroversiellt.

## 8. Rättsfall och domare

---

Hittar justitieråden i Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen på nya regler eller hittar de redan befintliga regler?

Högsta domstolen har en särskild uppgift att uttyda de regler som inte finns i lag men som liksom flyger omkring i luften, osynliga för alla utom domarna i Högsta domstolen. När justitieråden i Högsta domstolen tar på sig sina särskilda glasögon, ser de reglerna och fångar dem likt fjärilar en sommar dag och når fast dem på tavlor (i domar) så att alla andra kan detaljstudera dem.

Allra vackrast är plenumavgöranden. Då skuttar alla sexton justitieråden tillsammans omkring på en sommaräng i strålände solsken med sina glasögon och fjärilshåvar. Se dem framför er! Känn hur spännande det är att få veta om de fångat samma fjärilssort eller om de fått fatt i många olika.

Högsta domstolens ledamöter verkar hellre se sig själva som fjärilsfångare än som maktutövare – de hittar reglerna och skapar alltså inte nya. På sätt och vis är det kanske skönt för domare att inte erkänna att de är maktutövare. Om de formulerar en dom så att det framstår som om det inte gick att

döma på annat sätt – att det bara fanns Ett Möjligt Svar – så kan den förlorande parten inte skylla på domaren. Domaren har inget självständigt ansvar eftersom han saknat handlingsutrymme. Domaren gör bara sin plågsamma plikt.

Stig Strömholm (f. 1931) förklarar att det är en psykologisk hjälp för en domare att betrakta sig som en tillämpare av juridiska teknikaliteter. På så vis underlättar domaren för sig själv att fatta svåra beslut och kan trösta sig med att han saknar eget ansvar för att reglerna leder till otillfredsställande resultat. Robotdomaren behöver inte piller eller psykoterapi för att kunna sova gott.

Ju mer lagar, desto mindre domarmakt. Ju mindre domarna behöver uttyda osystematiska, splittrade, och/eller oreglerade förhållanden, desto mindre utrymme för domarens eget omdöme och tolkning. Många (t.ex. Jeremy Bentham, f. 1748) anser att det är bättre med domare som administratörer av lagar än som uttolkare av oklart innehåll i rätten. Det läskiga med detta synsätt är att vi får vad vi vill ha: Om vi vill ha administratörer (robotar) istället för självständigt tänkande omdömesgilla domare, så är det just administratörer/robotar vi får.

Benthams argument för varför man bör eftersträva ett system med heltäckande lagar och robotdomare som administratörer av lagarna, är att vi då skulle slippa advokater och andra juridiska ombud. Som ni förstår, blev inte Bentham populär bland jurister i England... Det har visat sig att Benthams dröm om ett paradiset utan advokater inte förverkligades i länder som införde stora kodifikationer. I t.ex. Frankrike och Tyskland lever massvis med advokater i stor välmåga – även om de visserligen debiterar lägre timpriser än sina kollegor i England.

Max Weber (f. 1864) menade att makten i gammaldags stater ligger hos *personer* under det att i moderna stater – som är byråkratiserade med regler – ligger makten *inbäddad i reglerna*. Han kallade detta för principen om formell opersonlighet. Weber såg framför sig hur makten utövas utan hat eller passion, utan tillgivenhet eller entusiasm. Det låter svintråkigt att vara en sådan domare. Men det kanske förklarar varför domare i svenska domstolar ofta ser ut som botoxade stenstoder under förhandlingarna.

I det gammaldags samhället är ledaren enligt Weber en karismatisk person som inte styr med hjälp av rationella juridiska resonemang. Det låter på sätt och vis kul. Kanske kunde en lagom blandning mellan passion, tillgivenhet, entusiasm och rationella resonemang vara bra?

Robotdomare tillgodoser intresset av förutsebarhet. Självständigt tänkande domare tillgodoser intresset av rättvisa. Står förutsebarhet och rättvisa i motsatsförhållande till varandra? Nej, inte nödvändigtvis. Vanliga människor (andra än expertjurister) förväntar sig att rättsreglerna är rimliga och ändamålsenliga. Detta är den vanliga människans intresse av förutsebarhet. Det tillgodoses bäst av en domare som tillämpar lagar och rättspraxis och samtidigt vågar lita på sitt eget omdöme – i kombination med advokater som förmår appellera till domarens omdöme. Strömholm uttalar att rättstillämpning i sista hand är en fråga om *prudentia* (klokhets) och att det i klokhets ingår att domaren är vaksam på sina subjektiva värderingar utan att helt utmönstra dem.

Ju mer domaren tänker själv och litar till sitt eget omdöme, desto mer personlig blir han och desto mindre fungerar han som en *symbol* för rättsstaten. De som anser att Staten behöver legitimera sin auktoritet över medborgarna, vill att domarna ska ingå i legitimitets-hjärntvätteriet. Därför ogillar

de att domare blir personliga och inte tar sin symbolfunktion på allvar.

De svenska justitieråden är numera förhållandevis öppna och o-robotaktiga. De diskuterar olika lösningsalternativ och visar på så sätt att de gör val mellan tänkbara utfall. Justitieråden vågar alltså använda sitt omdöme och ta personligt ansvar för sina beslut. Jag har inget emot att mina skattepengar används till att bekosta justitierådens eventuella behov av psykoterapi och sömnpiller på grund av de åtar sig ett stort personligt ansvar.

Vissa avgöranden från de högsta domstolarna är prejudikat, vilket betyder att de är bindande för lägre domstolar. Men ingen vet vilka domar som är prejudikat. Det råder stor förvirring och osäkerhet om vad som gör vissa domar, men inte andra, till prejudikat.

Det är ingen ordning på någonting när det gäller betydelsen av rättsfall. En liten tröst är att vi inte är ensamma i världen om att inte ha ordning. I t.ex. Tyskland kan Bundesgerichtshof utveckla en viss praxis samtidigt som rättslitteraturen förkastar den och utvecklar en annan "härskande lära". Kanske är det därför professorer med maktambitioner ofta framhåller Tyskland som ett föredöme.

I stället för att säga som det är – att ingen har koll – sägs det obegripligt att "*prejudikatsbildningen är relativ, inte absolut*". Det betyder i klartext att vissa rättsfall (oklart vilka) är prejudikat och dem måste domare i lägre instans följa om de känner för det.

Det är omdiskuterat i vad mån domstolar kan (bör) avvika från tidigare avgöranden. Pragmatiker menar att domstolen i första hand ska döma rätt. De anser att domare faktiskt fattar – och bör fatta – beslut som är motiverade av vad som är bäst för samhällets framtida utveckling och avvisar tanken på att

domarna ska vara konsistenta med tidigare avgöranden för sakens egen skull.

Dworkin beskriver poetiskt domare som uttolkare av en levande föränderlig berättelse, likt deltagare i en roman där ett kapitel av en författare följs av ett kapitel av en annan författare. Därför är det enligt Dworkin naturligt att domarna är solidariska med berättelsens ursprung och alltså dömer i enlighet med tidigare avgöranden, istället för att ta avstånd från dem.

Dworkins Herkulesdomare får emellertid avvika från tidigare avgöranden – till och med när det är en högre domstol som dömt – när de tidigare avgörandena innehåller ”inbäddade misstag”. I sådana fall kan Herkules begränsa sig till att tillämpa tidigare rättsfall endast exakt i enlighet med ordalydelsen. Det innebär i praktiken att Herkules kan strunta i det gamla avgörandet eftersom det ju aldrig är exakt likadant (t.ex. brukar parterna ha olika namn i de olika målen). När det inte är fråga om ett gammalt inbäddat misstag, så har det tidigare avgörandet en ”gravitationskraft” som gör det rättvist att Herkules dömer i enlighet med det tidigare avgörandet. Som jag tidigare påpekat, är Herkules verkligen omnipotent och outgrundlig...

## 9. Auktoriteter (doktrin)

---

En sökare hade hört att den visaste gurun fanns på Indiens högsta berg. Sökaren vandrade långt och nådde till slut det mytomspunna berget. Det var brant och halt, han trillade och föll om vartannat. När han kom till bergets topp var han full av sår och blåmärken, men han var äntligen framme hos gurun som satt lugn framför sin grotta.

– Oh, kloka guru, sa sökaren, jag har kommit för att fråga dig vad som är Meningen Med Livet.

– Jaha, du vill veta meningen med livet, sa gurun.

Meningen är en tekopp.

– En tekopp? Jag tog mig hela vägen hit för att finna meningen med livet och så säger du att det är en tekopp!

Gurun ryckte på axlarna och sa:

– Jaa, kanske är det inte en tekopp.

Sens moralen i denna historia är att den jurist som argumenterar ologiskt vanligtvis inte kommer att övertyga andra även om han har en fin titel och är mytomspunnen. Men den sorgliga sanningen är att många jurister med fina titlar kan vara mycket ologiska innan de blir ifrågasatta.

När man kan framföra ologiska slutsatser och ändå övertyga andra, brukar man kallas för en "auktoritet". Ett alternativ är att kalla vederbörande för "rättskälla".

När ett påstående värderas högt enbart på grund av vem som yttrar det, talar man om *argumentum ad verecundiam*. Det är synnerligen vanligt i juridisk argumentation att man hör: "Så är det, eftersom Hellner/Rodhe/Almén/Karlgren sa att det var så." Naturligtvis kan påståendet vara korrekt. Problemet uppkommer om det *enda* stödet för påståendet är vad auktoriteten uttalat. Problem kan också uppkomma om det finns stöd som pekar i en annan riktning.

Bellman möter tysken och utbrister:

- Tysken! Jag hörde att du dött!
- Knappast, sa tysken, som du kan se är jag fullt levande.
- Omöjligt, sa Bellman. Dansken, som berättade att du dött, är mycket mer trovärdig än du.

Ett sorts alternativ till *argumentum ad verecundiam* är *argumentum ad hominem*, dvs. att man förkastar ett argument endast för att det uttalats av en viss typ av person (kvinna, skåning, muslim, etc.). Sådant är inte moraliskt försvarbart bara för att det är vanligt förekommande.

Jan Hellner (f. 1917) gav några tips för hur man ska kunna bli en auktoritet; man ska ha starkt material, starka argument och åtnjuta gott anseende. Enligt Hellner var avtals- och köplagarnas skapare Tore Almén (f. 1871) så väl ansedd att hans omotiverade uttalanden vägde tungt som rättskälla. Jag är nyfiken på vad som låg till grund för Alméns anseende; var det hans könstillhörighet, sexuella läggning, utseende, klädsel, nätverk, religion, uppväxt och bakgrund, dialekt, förmögenhet, charm, sociala kompetens...?



En intressant och viktig sak med auktoritetsargumentation är vem som av andra betecknas som legitim auktoritet.

En man går in i en djuraffär och ber att få se papegojorna. Ägaren visar honom två vackra exemplar.

– Den här kostar 20 000 och den andra 40 000, säger han.

– Wow! säger kunden. Vad kan 20 000-kronorspapegojan göra?

– Den kan sjunga alla Mozarts arior, svarar butiksägaren.

– Och den andra?

– Han sjunger Wagners hela Ringen. Det finns en annan papegoja där bakom för 100 000 kr.

– Herregud, vad kan den göra?

– Inget alls vad jag vet, men de andra två kallar honom "Maestro".

Juridiska experter som agerar som sakkunniga, kan enkelt bedöma vem som är den dyraste papegojan genom att jämföra sina arvoden. Vissa praktiska problem kan uppkomma när en motpartspapegoja inte accepterar att en papegoja är mer värd än en annan. Då brukar papegojorna anklaga varandra för att sakna stöd i rättskällorna. Till skillnad från affärsmän, brukar inte sakkunniga juridikexperter försöka slå ihjäl varandra med plånböckerna. Nej, juridiska experter är mer sofistikerade; de kastar CV:n på varandra.

Hellner gjorde den cyniska (och bittra?) iakttagelsen att omotiverade uttalanden av rättsvetenskapsmän ofta gestörre auktoritet än motiverade uttalanden. Han konstaterade att studenter och praktiker ofta uppskattar rättsvetenskapsmän som genomgående uttalar sig kategoriskt utan motiveringar. Förklaringen trodde Hellner är att studenter och praktiker då slipper besväret att tänka själva.

Opponenten frågade anklagande vid en disputation: "Varför finns inte boken X med i innehållsförteckningen?" Disputanden som skrivit avhandlingen svarade lugnt: "Det gick fortare att tänka själv än att läsa boken."

Joseph Schumpeter förklarade i sin bok *Capitalism, Socialism and Democracy* (1943) att vanliga människor är inkompetenta och oförmögna att fatta väl underbyggda politiska beslut. Det enda de klarar av är att identifiera vilka personer som har kompetens att fatta de svåra besluten. Det kan vara en förklaring till behovet av juridiska auktoriteter.

Många rättsvetenskapsmän försöker övertyga varandra, domstolar och advokater om att deras slutsatser är korrekta. Vissa rättsvetenskapsmän har inte det behovet, utan nöjer sig med att tillfredsställa sina egna krav. De anser alltså att det är tillräckligt att ha övertygat sig själv om sin egen förträfflighet. För sådana personer är det bra att ha fast anställning som professor med extra starkt anställningsskydd.

Är döda professorer mer rättskällor än levande? Det tyckte man länge i England. Endast döda rättsvetenskapsmän kunde åberopas i domstol och skälet har sagts vara att fördelen med döingar är att de – till skillnad från levande personer – inte kan ändra mening.

# 10. Juridiska argumentationsmodeller

---

Det är inte bra med cirkelresonemang, fiktioner eller metafysik. I mitten av 1900-talet var det en favoritsysselsättning att hitta sådana brister i juridiska och filosofiska avhandlingar. Alltsedan dess har arbetsklimatet i akademien varit vedervärdigt. Vilhelm Lundstedt (f. 1882) hade en särskild förmåga att hitta fiktioner och när han avslöjade dem kändes hela resonemanget (och fakulteten) syfilissmittat. Karl Olivecrona (f. 1897) riktade fokus mot att slå hål på metafysiska resonemang.

I samband med juridisk argumentation måste man förhålla sig kritisk till sinnesintryck som kan vara motstridiga.

Tysken kommer hem och finner sin fru och sin bästa vän, Bellman, nakna tillsammans i sängen. Just när tysken ska börja tala, hoppar Bellman ur sängen och säger: "Innan du säger något, gamle vän! Vad tänker du tro på? Mig eller dina ögon?"

Juridisk argumentation ska vara logisk. Det finns olika sorters logik. En kallas för induktiv logik.

Sherlock Holmes och Watson campar. Mitt i natten vaknar Holmes och väcker Watson.

– Watson, se upp mot himlen och säg mig vad du ser!

– Jag ser miljoner stjärnor, säger Watson.

– Och vad drar du för slutsats av det, Watson?

Watson tänker efter en stund.

– Hmm, svarar han, astronomiskt sett säger mig detta att det finns miljoner galaxer och potentiellt miljarder planeter. Astrologiskt observerar jag att Saturnus är i Lejonet. Horologiskt sluter jag mig till att klockan är cirka kvart över tre. Meteorologiskt anar jag att det blir vacker väder i morgon. Teologiskt förstår jag att gud är allsmäktig och att vi är små och obetydliga. Vad säger du, Holmes?

– Watson, din idiot! Någon har stulit vårt tält!

Induktiv logik sker genom samspel mellan:

1. Vad jag observerar. (Jag såg inte stjärnorna när jag somnade. Nu ser jag dem.)
2. Mina tidigare erfarenheter av vad som är vanligt förekommande. (När tält stjåls, skymmer de inte längre himlen.)
3. Avvisning av andra tänkbara scenarier på grund av att de är osannolika enligt min tidigare erfarenhet. (Är tältet kvar men någon projicerar stjärnor i taket? Nej, det är inte sannolikt om det endast är jag, Watson och våra sovsäckar i tältet. Har tältet blåst bort? Nej, mina tidigare erfarenheter säger mig att jag skulle ha vaknat redan innan tältet blåste bort av en så kraftig vind. Osv, osv.)

Ytterligare en form av logik är deduktiv logik. Den innebär att man från det allmänna drar slutsatser om det speciella. Platon var bland de första med det klassiska exemplet:

Alla människor är dödliga. Sokrates är en människa, därför är Sokrates dödlig.

Deduktionen kan lätt gå fel:

Alla människor är dödliga. Sokrates är dödlig, alltså är han en människa.

Det är detsamma som att säga:

Alla människor är dödliga. Min gulfisk är dödlig, därför är min gulfisk en människa.

Förvånansvärt ofta vänder jurister på deduktionen i juridiska sammanhang men av det kan man inte dra en deduktiv slutsats att jurister är gulfiskar. Man kan inte heller av detta faktum dra den deduktiva slutsatsen att det är förvånansvärt med gulfiskar som är jurister, även om det *är* förvånansvärt med gulfiskar som är jurister.

Ett problem med deduktiv logik är att man ofta utgår från felaktiga dolda premisser.

En cowboy beställer en drink i en bar. När cowboyn sitter där långhårig och svettig med sin hatt, sina fräcka boots, sin fransiga skinnjacka och en whiskey, sätter sig en ung kvinna bredvid och frågar: "Är du en riktig cowboy?"

Cowboyn svarar: "Tja, jag är född på en ranch och hela mitt liv har jag ridit rodeo, tämjtt hästar och ridit över stora avstånd med min hjord, så jag antar att jag är det."

Den unga kvinnan säger: "Jag är en flata. Hela dagarna tänker jag på kvinnor. Så fort jag går upp på morgonen, tänker jag på kvinnor. När jag duschar, ser på TV, allt får mig att tänka på kvinnor."

Lite senare slår sig ett par ner bredvid cowboyn och frågar: "Är du en riktig cowboy?"

Cowboyen svarar: "Jag har alltid trott att jag var det, men jag har just insett att jag är en flata."

Det deduktiva problemet i denna klassiska historia är att det föreligger en osynlig premiss, att cowboyen är en man.

En välkänd och ofta använd juridisk argumentationsmodell är *reductio ad absurdum*. Den innebär att man tänjer ut en tes tills den blir absurd och därefter hävdar att den motsatta tesen därför måste vara sann. Exempel:

Om vi utsträcker idén om äktenskap till att omfatta samkönade äktenskap, vad skulle då hindra äktenskap mellan människor och hundar?

Logiska fel i juridisk argumentation är vanliga. Gränsen mellan logiska fel, innehållslösa och onödiga teoretiska konstruktioner samt begreppsjurisprudens är inte skarp.

# 11. Språk, ord och tolkning

---

Juridik handlar i hög grad om att förhålla sig till texter; lagtext, avtalstext, rättsfallstext mm. Språket är lurigt och det finns många problem att ta tag i. Ett problem är ordens mångtydighet. G.K. Chesterton (f. 1874) skrev:

”Ordet ‘god’ har många betydelser. T.ex., om en man skulle skjuta sin mor på femhundra meters avstånd, så skulle jag kalla honom en god skytt men inte nödvändigtvis en god man.”

Genom ordet ”nödvändigtvis” visar Chesterton att han hade en verkligt filosofisk livsinställning.

I samband med att USA:s dåvarande president Bill Clinton (f. 1946) anklagades för mened ställde han den språkvetenskapligt mycket intressanta frågan: *It all depends on what your definition of ‘is’ is.* Kanske borde han i det sammanhanget ha begrundat Sigmund Freuds uttalande att ”ibland är en cigarr bara en cigarr”.

Ludwig Wittgenstein (f. 1889) gick djupare än att påpeka ords mångtydighet. Han såg språk som en enorm samling av

olika aktiviteter med egna separata logiker. Han påpekade faran med att försöka finna en inre hemligt förborgad djupt liggande betydelse i orden. Språket är inte komplett och autonomt utan måste alltid sättas in i sitt relevanta sammanhang.

Amerikanen Robert McCluskey anklagades för mened och uttalade till sitt försvar:

– Jag förstår att du trodde att du förstod att du visste vad du trodde att jag sa, men jag är inte säker på att du inser att det som du hörde inte var vad jag menade.

Många språkfilosofer framhåller att språk endast kan förstås i relation till sin kontext.

I en western-bar finns en pianospelare med en apa som efter varje nummer samlar in pengar av gästerna. Medan pianospelaren spelar, hoppar apan upp på bardisken, går fram till en gäst, sårar på benen ovanför gästens drink och doppar sina testiklar i drinken. Gästen blir upprörd och går fram till pianospelaren.

”Kan du ta bort apans kulor från min martini?”

Pianospelaren svarar: ”Nej, men om du nynnär några verser, så kan jag nog minnas melodin.”

Språk är ofta oklart, flertydigt och vagt. Dessutom finns osynliga syftningsproblem.

Madeleine Andersson stämde en man för förtal eftersom han kallat henne för en gris. Mannen befinns skyldig och blir straffad med böter. När domaren uttalat domen frågar mannen: ”Betyder det att jag inte längre får kalla Madeleine Andersson gris?”

Domaren svarar: ”Ja, det är korrekt.”

Mannen fortsätter: ”Och betyder det att jag inte får kalla en gris för Madeleine?”

”Nej” säger domaren ”du kan kalla en gris för Madeleine. Det är inte brottsligt.”



Mannen ser Madeleine Andersson i ögonen och säger:  
"God eftermiddag, Madeleine."

Många jurister skriver långa, virriga, osammanhängande och obegripliga texter. Då kan det vara svårt att förstå vad texten försöker förmedla. Läsaren av sådana förvirrade texter kanske känner sig dum och glömmer bort ordspråket "det dunkelt sagda, är det dunkelt tänkta". En som glömde bort det var Georg Henrik von Wright (f. 1916). Han sa om sin idol Ludwig Wittgenstein:

"Jag har ibland tänkt att det som gör en mans verk klassiskt ofta är just den här mångfalden (av olika tänkbara tolkningar) som inbjuder till och samtidigt motstår vår längtan efter klar förståelse".

Enligt A.C. Grayling (f. 1949) är detta endast en vacker ursäkt för grumligt tänkande. Det finns ett tyskt ordspråk som ironiserar med von Wrights attityd:

Varför uttrycka en sak enkelt, när man kan komplicera den så ljuvligt.

Vissa språkfilosofer vill skapa ett exakt språk, likt matematiken. Det har visat sig svårt.

Några besökare på Naturhistoriska museet förundras över dinosaurieskelettet och frågar en av vakterna:

- Hur gamla är dessa ben?
- De är tremiljonerfyra år och sex månader gamla, svarar vakten.
- Det är väldigt exakt, säger besökaren. Hur vet du åldern så precist?
- Benen var tre miljoner år gamla när jag började det här jobbet för fyra och ett halvt år sedan.

Ett alternativ till ett matematisk-exakt språk är att erkänna språkets vaghet genom att ge det ett "sanningsvärde" istället för att binärt säga att något är sant eller falskt. Att säga "den mannen är flintskallig", kan betyda allt från en person som ser ut som Mark Levengood till en som ser ut som Magnus Ugglå. Med vaghetsperspektivet blir språket mer flexibelt.

En gammal tant rusar in i dagrummet på ålderdomshemmet. Hon håller sin knutna näve högt och utbrister: "Den som kan gissa vad jag har i handen, får ha sex med mig ikväll."

En gammal gubbe ropar: "En elefant!"

Tanten tänker efter en stund och säger: "Tillräckligt nära!"

Även om det är bra med flexibilitet i språket, finns det tillfällen då precision är nödvändig.

En telefonist tar emot ett SOS-samtal från en panikslagen jägare.

– Jag har just påträffat en bloddränkt man i skogen och jag tror han är död. Vad ska jag ta mig till?

– Tag det lugnt, svarar telefonisten. Följ bara mina instruktioner. Det första du ska göra är att lägga ner telefonen och säkerställa att han är död.

Det blir tyst i telefonen och sedan hörs ljudet av ett skott. Jägaren återkommer i telefonen:

– OK, vad ska jag göra nu?

Jan Hellner (f. 1917) var skeptisk till att det är möjligt att finna preciserade tolkningsprinciper eftersom det ändå mest handlar om att använda läsarens intuition. Jacques Derrida (f. 1930) ansåg att allt språk är mångtydigt och att man aldrig kan fastställa vad en text betyder. Derrida menade att det inte är meningsfullt att försöka etablera vad en text betyder och att den som försöker fastslå vad som är en legitim tolkning endast våldför sig.

Tag t.ex. begreppet "skäligt" – vad ska man lägga i det? Dworkins Herkulesdomare kan "känna" innehållet i begreppet eftersom Herkules ser Den Stora Helheten. För vanliga, oherkuliska personer, ger intuitionen vanligtvis endast till resultat att skäligt betyder "jag borde vinna".

Teleologisk lagtolkning går ut på att en lagregels ändamål är avgörande för dess tolkning. Redan Celsus (f. 25 f.Kr.) sa: "Att känna lagarna är inte att känna deras ordalydelse utan deras anda." Rudolf von Ihering (f. 1818) gick längre och menade att ändamålet är hela rättsordningens skapare. Svagheten med teleologisk lagtolkning är att lagregler ofta inte har ett syfte – utan flera kolliderande eller oförenliga syften. Kanske ännu vanligare är att en lagregel helt saknar en djupare mening.

Lille Per står i parken och storgråter. En snäll man frågar honom vänligt vad som har hänt.

- Stina kastade min smörgås i dammen, snyftade Lille Per.
- Oj, oj, sa mannen, var de' med avsikt?
- Nej, grät Lille Per, de' var med leverpastej.

Ytterligare ett problem med att beakta en lags ändamål och funktion är vem det är som ska bestämma vad ändamålet är och hur man ska "hitta" ändamålet. Är det den ursprungliga lagstiftarens – vem det nu må vara – ändamål? Eller är det någon autonom form av ändamål? Många rättsvetenskapsmän löser problemet genom att själva hitta på och bestämma ändamålet.

Karl Olivecrona (f. 1897) vände sig mot tanken att en lag gav uttryck för någon bestämd persons vilja (Guds, Palmes o.s.v.). Han betraktade lagar som befallningar utan någon som befäller. Det verkar både läskigt och irriterande; likt en

surrande mygga i mörkret som man hör och ogillar men inte kan se och slå ihjäl.

Den mest effektiva lagtolkningsmetoden är antagligen att röra till det ordentligt; den s.k. soppmetoden. Den innebär att man kastar ner en massa ingredienser i en Alexander Peczenik-gryta ("sammanväger ett antal olika faktorer") och kollar vad det blir. En ingrediens som ofta kan ge en dominerande smak är ändamålen med bestämmelsen. I Tyskland kallas sådana soppor för vonSavigny-knödel och är – förutom ändamålsingrediensen – kryddade med bland annat semantik, logik, systematik och rättsgenetik.

Per Olof Ekelöf (f. 1906) gillade inte soppmetoden eftersom den var så osäker. Han utvecklade en variant av teleologisk metod som innebar att man skulle börja med lagreglens typfall och från dem kunna förstå hur lagregeln skulle fungera för de tvivelaktiga (atypiska) fallen. I praktiken blir det ungefär såhär:

Här är tio typiska bullar som smakar kanel. Och här är en atypisk bulle som smakar kardemumma. Eftersom den smakar kardemumma, har den ett annat syfte än kanelbullar. Därför gäller andra regler för kanelbullar än för kardemummabullar. Ät wienerbröd!

## 12. Fri vilja

---

Frågan om fri vilja är en av de svåraste filosofiska frågorna och den har skapat problem i alla tider, långt före det antika Grekland. När Isaac Bashevis Singer (f. 1902) fick frågan om han trodde på den fria viljan, svarade han: "Ja, jag har inget annat val."

Vilja brukar definieras som förmågan att fatta beslut. Fri vilja är alltså förmågan att kunna välja vilket beslut man ska fatta. Individens fria vilja är en viktig utgångspunkt i juridiken. Den är basen för avtalsrätten som bygger på avtalsfrihet (vi blir bundna av avtal för att vi *vill* binda oss) och för den utomkontraktuella skadeståndsrätten (vi blir skadeståndsskyldiga när vi är vårdslösa, vilket förutsätter att vi hade en *vilja* som vi kunde använda för att agera icke vårdslöst). Mycket av straffrätten bygger på att vi har ett *val* att agera på annat (bättre) sätt.

I de flesta rättssystem kan en galen person undgå juridiskt ansvar. Den galnes hjärnaktivitet var så abnorm att han inte hade fri vilja. Detta låter instinktivt övertygande. Men var går gränsen för galenskap? Barn anses tillräckligt galna för att i många fall slippa juridiskt ansvar intill dess att de är mellan 15-18 år. Därefter inträder ogalenskap för de flesta.

Jurister vill gärna att det ska finnas fri vilja, bland annat eftersom moraliskt och juridiskt ansvar helt och hållet bygger på föreställningen om fri vilja. Filosofer har under årtusendena funderat över om det existerar en fri vilja. Har vi en fri vilja eller är allt förutbestämt av andra krafter (arv, miljön, historien, ödet, gud m.m.)? Många moderna filosofer anser att fri vilja är en omöjlighet – lika omöjligt som en rund fyrkant.

Vissa determinister anser att allt som händer – inklusive våra beslut och handlingar – redan är förutbestämt att hända. De ser hela världen som en enda logaritm (matematisk formel). Logaritmen kom till av en slump och allt som nu sker oss är en följd av logaritmen. Om man ser allt som förutbestämt, så är idén om fri vilja omöjlig. Daniel Dennett (f. 1942) ger tröst till den som tycker att det är deppigt att leva i en logaritm genom att hänvisa till att livet är underbart om man betänker vilken vacker logaritm vi har turen att vara en del av.

De som ägnar sig åt Zen, koncentrerar sig på att meditera och tänka på ingenting. Om man gör det tillräckligt länge och tillräckligt ofta, så kan man nå lyckan att uppleva logaritmen. Det finns advokater som skriver inlagor till domstol samtidigt som de utövar Zen och tänker på ingenting. Ibland vinner deras klienter. Då kan de vara lyckliga över att de har logaritmen (ödet) på sin sida.

Före 1700-talet, när de flesta västerländska förklaringar söktes i religionen, var frågan om fri vilja särskilt problematisk. Om Gud vet allt, bestämmer allt och förutser allt, så finns det inget utrymme för fri vilja. Jean Calvin (f. 1509) ansåg att individer är ansvariga trots att Gud är omnipotent. Allt var Adams fel. Eftersom Adam var olydig mot Gud, är vi alla fångade i arvsyndens. På grund av Adam gick all moralisk frihet förlorad och vi är predestinerade att synda och fela.

Även om vi som syndare saknar möjlighet att agera moraliskt rätt, är vi ansvariga eftersom vi har individuella önskingar (desires) att synda. Vad ska man säga om detta? På bilderna ser Calvin inte ut att ha varit en glad kille...

Även italienaren Cesare Lombroso (f. 1835) var inne på att vissa föddes som syndare. Han kunde identifiera *l'uomo delinquente* (förbrytarmänniskan) genom att studera deras skallar och kropps-konstitutioner. Hans forskning underkändes senare, men lever ändå kvar i många serietidningar och filmer där skurkar ofta har ett karakteristiskt utseende (med låga, sluttande pannor och underbett).

Eftersom det är så tråkigt med total determinism och eftersom det är så helt i strid med hur det *känns* och eftersom all juridik (och en massa annat) blir meningslös om allt är förutbestämt, finns det en hel del filosofer som försöker skapa lite utrymme för fri vilja och tanken att vi som individer kan påverka händelseförlopp. Kvantfysiken ger visst hopp eftersom den påvisar att världens minsta beståndsdelar är indeterministiska – dvs. fungerar slumpmässigt. Men det är ju ingen tröst att istället för ödet, hänvisa till slumpen. Inte heller slumpen låter sig påverkas av den fria individens beslutsfattande.

En rationell varelse (t.ex. en normalbegåvad människa) har förmåga att lära sig, tror att hon har valmöjligheter samt tror sig ha förmåga att överväga vilka mål som är eftersträvarvärda. En irrationell varelse (t.ex. en haj) väger inte för och emot innan den går till aktion – den bara agerar. En person som är drogad, kanske saknar förmåga att agera rationellt. Hon bara gör, istället för att göra det hon (egentligen) vill.

När vi talar om frivillighet så syftar vi ofta på handlingens syfte: Vi gör X eftersom vi vill göra X och har beslutat oss för att göra X. Vi dricker en hel bag-in-box för att vi vill bli beru-

sade och har beslutat oss för att dricka tills boxen är slut. Det är frivillighet. I alla fall under drickandet av den första litern.

När man talar om vilja, kommer man oundvikligen in på frågan om individen och jaget. Många upplever att de är en person, en individ. Men modern forskning sätter ifråga om detta inte endast är en illusion. Naturligtvis ställer sådana idéer till oreda för dem som tror på moral och individuellt ansvar. Idén om fri vilja är nära sammanbunden med föreställningen om att vi är individer. Men vissa menar att vi inte är individer utan bara droppar i ett stort hav. Man kan likna individer vid myror i en myrstack. Det finns inget sådant som *en* myra – alla myror är *ett* (en myrstack). Derrida anser att om man utgår ifrån att alla är en, så delar de samma identitet. Sådana uttalanden ger mig myror i huvudet.

Buddhismen var först med att för 2 500 år sedan avvisa tanken på jaget. Buddha förklarade att det finns handlingar och konsekvenser av handlingar, men att personen som handlar inte finns.

Den första västerlänning som på allvar ifrågasatte sin egen existens var David Hume (f. 1711). Han beskrev hur han stirrade på sina egna upplevelser och sökte efter det upplevande jaget, men endast fann upplevelserna.

I modern tid har Derek Parfit (f. 1942) förklarat att det finns upplevelser (experiences) men ingen som upplever dem. Han och flera andra anser att jaget är en illusion, en fiktion. (Tänk så roligt det hade varit om fiktionshataren Lundstedt, se ovan, genomskådat att han själv var en fiktion!) Varje gång jag tror att jag existerar, är det endast en tillfällig illusion och det är inte samma "jag" som verkade finnas en stund tidigare, förra veckan eller förra året (jfr. Herakleitos, f. 535 f.Kr., som aldrig steg ner i samma flod två gånger). Enligt Susan Blackmore (f. 1951) kan man – vem? – vänja sig vid denna besvä-



rande tanke. Enligt Dennett ska vi vara glada åt vårt fiktiva jag, eftersom det är en fiktion som har utvecklats genom evolutionen och fyller en viktig funktion. Och visst måste man hålla med Dennett. Det vore ju väldans tråkigt om man inte ens hade ett fiktivt jag.

Benjamin Libet (f. 1916) utförde en rad experiment och kom fram till att vår hjärna påbörjar förberedelsen att utföra handlingar innan vi vill utföra dem. Den upplevda medvetna viljan att utföra handlingar är alltså endast en efterhandskonstruktion. Forskare tolkar Libets experiment som bevis för att medvetenhet och vilja inte kan separeras från hjärnans processer och därför inte finns.

Exempel: En åtalad person hävdade att han inte agerat frivilligt eftersom sockret i det godis han ätit, tvingande honom att mörda. Det är den moderna varianten av argumentet att "djävulen tvingade mig".

Sigmund Freud (f. 1856) betonade hur begränsad vår fria vilja och vårt rationella tänkande är. Han hävdade att våra handlingar i hög grad är styrda av våra undermedvetna biologiska drifter. Även om Freud ansåg att den fria viljan var begränsad, så erkände han att det i vissa fall finns fri vilja och att en person inte alltid kan skylla sina handlingar på att de är undermedvetna. Det förklarade han genom att säga: "*Sometimes a cigar is just a cigar.*" (Det uttalandet hänvisade jag till tidigare i boken.)

Ludwig Wittgenstein ansåg att frågan om det finns fri vilja är felställd och städade därigenom undan hela problematiken. Vikten av att ställa frågan på rätt sätt kan illustreras med följande exempel.

Ett ungt par skulle tapetsera matsalen i sin nya lägenhet. De frågade grannen som hade en lika stor matsal:

– Hur många tapetrullar köpte du när du tapetserade om din matsal?

– Sju, svarade han.

Så paret köpte sju dyra tapetrullar och började tapetsera. När de gjort av med fyra rullar, var matsalen färdigtapetserad. Irriterade gick de till grannen och sa:

– Vi följde ditt råd, men fick tre rullar över!

– Ah, sa grannen, det råkade jag också ut för.

Man kan tala om olika nivåer av fri vilja. Bland drogberoende personer finns de som är *hänsynslösa* beroende, *ofrivilliga* beroende och *frivilliga* beroende. Enligt Harry Frankfurt (f. 1929) bör medlemmarna i den första gruppen inte betraktas som personer eftersom de saknar vilja. Det kanske är därför svenska Högsta domstolen nyligen justerat uppsåtsbegreppet för berusade gärningsmän. Det är ju inte meningsfullt att fängsla en människa som inte är en person. När man har försökt förstå dessa teorier, är det enda man vet med säkerhet att man vill ta sig ett järn för att kunna tänka klart.

Det är extra synd om sådana personer som vet att de gör fel, men ändå inte kan låta bli, t.ex. kleptomaner. De vill inte ta saken, men gör det ändå på grund av inre tvång. Har sådana personer mer fri vilja än personer som gör en dum sak på grund av yttre tvång, t.ex. hot om våld, religiös hjärntvättning eller socialt tryck? Är kleptomaner som stjälar, trots att de vet att det är fel, mindre klandervärda än sådana som stjälar för att de anser att de har rätt att göra det?

Om man t.ex. tittar på en science fiction film (Alien 3) och sätter i sig en hel bag-in-box, så är det fullt förståeligt att man får för sig att hela lägenheten är full av aliens och då är en helt naturlig följd att man hugger ner dem (inklusive den sovande flickvännen som man upplever som en alien) med sitt samurajsvärd. Högsta domstolen har nyligen prövat om detta

utgör nödvärn eller om man kunnat kräva av svärdsvingaren att han besinnade sig (NJA 2012 s. 45).

Arthur Schopenhauer (f. 1788) har sagt:

*"Alla tror sig 'a priori' vara fullständigt fria, även i sina individuella val och tror att de i vilket ögonblick som helst kan påbörja en annan typ av liv... Men 'a posteriori', genom erfarenhet, finner de till sin förvåning att de inte är fria, utan underkastade nödvändigheten att de trots sin beslutsamhet och reflektioner inte kan förändra sitt uppträdande, och att de från början till slutet av sina liv måste leva ut den karaktär som de själva fördömer..."*

Schopenhauers ord är som ljuv musik för alla som har åkt fast för fortkörning, gift sig med fel person, vräkt i sig godis under pågående intensivbantning eller huggit ner sin flickvän i tron att hon var en alien.

Den berömde amerikanske försvarsadvokaten Clarence Darrow (f. 1857) argumenterade för att hans rika, unga klient som medgett mord i själva verket var oskyldig och inte borde dömas till döden. Darrow förklarade vid sin plädering: *"Vad har den här pojken med det att göra? Han var inte sin egen far; han var inte sin egen mor; han var inte sina egna mor- och farföräldrar. Allt detta lades på honom. Han omgav inte sig själv med hembitråde och rikedom. Han skapade inte sig själv. Och ändå tvingas han att ansvara."*

Aposteln Paulus (f. ca år 3) tar upp frågan om fri vilja: *"Vad nu? Har inte krukmakaren myndighet över leran, så att han av samma klump kan göra ett kärl till ärofullt bruk och ett annat till van-ärande bruk?"* Man undrar om klumpiga krukmakare har fel på händerna eller på viljan.

Fri vilja är en persons möjlighet att fatta medvetna rationella beslut om hur han ska agera. Om personen är supersmart och väldigt rationell och kan identifiera Det Rätta, så

har han inget val (och ingen fri vilja) eftersom han bara kan fatta ett rationellt beslut, Det Rätta Beslutet. Det är alltså ganska tråkigt att vara perfekt. När vi vill hålla någon ansvarig för omoraliska beslut, blir det en gradfråga hur långt avsteg vi kan acceptera från Den Perfekt Rationella Individen. Det är också en gränsproblematik i andra änden; om individen är totalt genomkorkad (irrationell) så slipper han ifrån ansvar. De supersmarta och de genomkorkade klarar sig. Som vanligt är det stackars MedelSvensson som får bära hela bördan. Och MedelSvensson lär inte bli gladare av att få veta att hon inte existerar eller av att alla hennes handlingar var förutbestämda enligt en matematisk logaritm. I det läget känner man sig lika upplivad som Calvin ser ut på bilderna.

# 13. Kausalitet (orsakssamband)

---

Moses, Jesus och en skäggig man spelade golf. Moses slog en lång boll som landade i dammen. Moses höjde sin klubba, delade på vattnet och bollen rullade tryggt över till fairway på andra sidan.

Jesus slog också en lång boll. Just som den skulle landa mitt i dammen, stannade den på ytan. Jesus gick lugnt ut på dammen och chippade bollen till green.

Den skäggiga mannens boll träffade ett staket och studsade ut på gatan där den studsade vidare mot en lastbil och hamnade på fairway. Därefter for bollen mot dammen, landade på en näckros, fångades av en groda som i sin tur blev fångad av en örn. När örnen flög över green, tappade grodan bollen som landade rakt i hålet.

Moses vände sig mot Jesus och sa: "Jag hatar att spela golf med din pappa."

Ett problem med orsakssamband är det som kallas för *post hoc ergo propter hoc*. Bara för att något hänt efter en annan händelse, behöver det inte föreligga ett orsakssamband.

De flesta personer som är beroende av heroin, startade med marijuana. Orsakade bruket av marijuana heroinberoendet?

Vad säger du då, när du får veta att ännu fler av de nuvarande heroinisterna startade med bröstmjölk?

Varje morgon steg en kvinna ut på sin farstukvist och ropade: "Bevara mitt hus från tigrar!"

Efter att under flera år ha bevittnat denna ritual, frågande hennes granne: "Varför håller du på sådär? Det finns inte någon tiger på flera tusen mils avstånd."

Kvinnan svarade: "Nej, just det – det funkalar!"

Ett problem med kausalitet är att säkerställa om A orsakade B också innebär att B inte hade hänt om inte A hade hänt.

Den sovjetiske presidenten Nikita Chrusjtjov (f. 1894) fick frågan hur världen skulle ha sett ut om det var han, och inte John F Kennedy, som blivit mördad 1963. Han svarade: "Bland annat skulle inte Aristoteles Onassis ha gift sig med min änka."

Enligt en historia som berättades mycket kring 1993, körde presidenten Bill Clinton och hans fru Hillary genom hennes hemstad och fick syn på en av hennes gamla pojkvänner vid en bensinstation.

– Om du inte hade gift dig med mig, sa Bill, så hade du varit bensinstationsföreståndarfru.

– Om jag inte hade gift mig med dig, svarade Hillary, så hade *han* varit president.

Vi kategoriserar inte äktenskap som orsaken till att någon blir änka. Och vi anser inte att juvelstölden orsakar att polisen upptäcker juvelstölden, trots att äktenskapet och juvelstölden är nödvändiga förutsättningar för änkestånd och polisupptäckten.

En känd, klassisk historia om orsakssamband och ansvar är denna:

Onsdagen den 23 mars undersökte rättsläkaren Ronald Opus döda kropp och drog slutsatsen att han dött av en skada i huvudet som orsakats av ett pistolskott.

Utredningen fram till dess hade visat att den avlidne hade hoppat högt från ett tiovåningshus i avsikt att begå självmord. Han hade efterlämnat ett självmordsbrev. När han passerade nionde våningen på sin väg ner, genomborrades han av ett pistolskott som kom genom en fönsterruta och dog omedelbart. Varken skytten eller den avlidne var medveten om att ett skydds nät för fönsterputsare hade installerats på åttonde våningen och att den döde därför inte skulle ha kunnat fullborda sin avsikt att begå självmord.

Vanligtvis är det så att en person som påbörjar ett hopp i syfte att begå självmord anses ha begått självmord även om döden inte inträffar på det sätt som han ursprungligen tänkt sig. Att han blev skjuten på vägen ner mot en säker död nio våningar längre ner, skulle därför troligen inte ha ändrat klassificeringen av dödsorsaken från självmord till mord men rättsläkaren fick ändå en känsla av att han hade ett mordfall framför sig eftersom den avlidnes självmordsavsikt inte skulle ha kunnat förverkligas genom hoppet på grund av säkerhetsnätet.

Ytterligare undersökningar ledde fram att rummet på nionde våningen varifrån skottet avlossades beboddes av en äldre man och hans fru. Han hotade henne med en pistol i samband med ett äktenskapligt gräl och blev så upprörd att han inte kunde hålla pistolen stadigt. Det medförde att han missade sin fru när han tryckte på avtryckaren varpå kulan gick genom rutan och träffade den avlidne.

När man har för avsikt att döda A, men dödar B, är man skyldig till mord på B. Den äldre mannen konfronterades med detta. Både han och hans fru intygade ihärdigt att ingen av dem kände till att pistolen var laddad. Mannen hade en inbiten vana att hota sin fru med en oladdad pistol. Han hade ingen avsikt att döda henne. Därför betraktas dödandet av den avlidne som en olycka (under förutsättning att pistolen hade blivit laddad av en olycka).

Vid den fortsatta undersökningen dök ett vittne upp som hade sett det äldre paret's son ladda pistolen cirka sex veckor innan händelsen. Det visade sig att mamman (den äldre damen) hade upphört att stödja sin son ekonomiskt och att sonen – som kände till faderns vana att använda pistolen som ett hot vid föräldrarnas gräl – laddade pistolen i förväntan om att fadern skulle skjuta mamman. Nu har vi ett mordfall, där sonen är ansvarig för Ronald Opus död.

Vid ytterligare undersökning visade sig att sonen blev frustrerad över sitt misslyckade försök att få mamman dödad. Detta ledde honom till att hoppa från ett tio våningshus den 23 mars, varvid han dödades av ett pistolskott från ett fönster på nionde våningen.

Rättsläkaren rubricerade slutligen fallet som självmord.

Mänsklighetens behov av att finna orsakssamband tar sig ibland konstiga uttryck, t.ex. voodoo, astrologi, magi, böner och mysticism.

Hume sa att mänsklighetens känsla för orsakssamband är "universums cement". Det är med hjälp av förståelsen för orsaker som vi kan se samband och hur vi ska hantera olika situationer. När fönsterrutan är våt, vet vi att det regnar och att vi ska ta med ett paraply. När intuitionen inte funkar, så vet vi att vi drömmer eller är höga.

Problemet är att om man djupanalyserar kausalitet, så vittnar cementen sönder till dammpartiklar. Vissa vetenskapsmän menar att hela konceptet med kausalitet bör avskaffas (se om determinism i kapitlet ovan om fri vilja). Trots detta, är kausalitet djupt förankrad i våra sinnen och en viktig byggsten i våra föreställningar om moral och juridik – på samma sätt som vår (felaktiga?) föreställning om att vi finns och har en fri vilja.



# 14. Juridik och feminism

---

Här följer en gåta som fascinerade folk i decennier.

En man ser sin son i en fruktansvärd cykelolycka. Han tar med sig sonen i sin bil och kör i ilfart till sjukhusets akutmottagning. När pojken rullas in till operationsrummet, utbrister kirurgen: "Oh, det är min son!"  
Hur är detta möjligt?

Ingen blir idag förvånad över att kirurgen är en kvinna och pojkens mamma. Idag förstår vi inte ens vad som motiverar frågan. Men förr i tiden var folk svarslösa!

Feministisk filosofi började på riktigt med Mary Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Women* (1792) och John Stuart Mill, *The Subjection of Women* (1869). Wollstonecraft gav Rousseau skulden för att utbildningssystemet missgynnade kvinnor.

Nästa stora feministiska insats gjordes av Simone de Beauvoir med boken *Det andra könet* (1949). Hennes tes var att kvinnlighet är en tvångströja som män satt på kvinnor. Beauvoir ansåg att kvinnor borde vara fria att fylla begreppet kvinnlighet med sin egen version.

Vad innebär egentligen könstillhörighet? Det är skillnad på biologiskt kön och genus (socialt kön). Kön är något givet under det att genus är konstruerat och beroende av kultur och miljö.

Spelar det någon roll hur vi är skapta i grenen för vår genusidentitet? Vissa feminister hävdar att vi föds som en påse: Tomma och innehållslösa till dess att vi fyller den med något. Vår könstillhörighet är enligt det synsättet något som vi får från våra föräldrar och det omgivande samhället. Andra feminister anser att det finns medfödda skillnader.

Är könsroller endast en social konstruktion påhittad av män för att hålla kvinnor i schack? Eller är könsrollerna biologiskt ödesbestämda? Dessa frågor bråkar filosofer, psykologer och feminister om. Freud ansåg att anatomin är en persons öde och förklarade hur en kvinnas kroppsutformning bestämde hennes roll i samhället. Det hade att göra med att vaginan är smutsig vilket gör att kvinnor gärna vill städa.

Andra biologiska determinister har pekat på att en kvinna som ställs inför valet mellan att sparka på en rullande boll eller att rädda ett barns liv, kommer att välja att rädda barnet – utan att ens kolla om anfallsspelaren är passningsbar.

Även den manliga könsrollen kan diskuteras utifrån biologisk determinism eller social konstruktion.

En chef på ett börsnoterat företag ska anställa en assistent och intervjuar tre personer. Han ger de tre jobbsökarna 10 000 kr vardera och ser vad de gör med pengarna.

Den första (en kvinna) går till en skönhetsalong och gör en total make-over samt köper en ny klänning. Hon förklarar att hon vill glädja chefen genom att se snygg ut på arbetet.

Den andra (en man) köper en golfklubba, en slips och cigarrer till den blivande chefen. Han säger att han vill underlätta chefens liv.

Den tredje (en kvinna) investerar pengarna i företagets aktier och förklarar att hon på så sätt får ett incitament att arbeta hårt för företagets bästa.

Vem anställer chefen?

Kvinnan med de största brösterna.

Är detta ett anti-feministiskt skämt eller ett anti-mullig-mansgrisskämt? Diskutera i grupp!

Vissa rättsfeminister talar om juridikens manlighet och det falloscentrerade samhället. Det är ett kul ord: Fallosjuridik.

Juridik och genus handlar ofta om likabehandling. Inom kvinnorätten råder oenighet om vad likabehandling egentligen är. Många anser att likabehandling endast kan uppnås genom regler som särreglerar och ger fördelar för kvinnor. Det kallas för "likabehandling med kompensatoriska åtgärder". Likabehandling betyder alltså inte att folk ska behandlas likadant – utan olika. Det kan tyckas förvirrande att kalla lagar som är olikabehandlande för likabehandlande. Detta är ett exempel på Derridas tes att det aldrig går att med säkerhet uttyda vad en text betyder. En association går också till ett citat från George Orwells bok *Djurfarmen* (1945): "*Alla djur är jämlika men vissa djur är mer jämlika än andra.*"

En central fråga i viss feministisk rättsteori är vad som omfattas av den privata respektive offentliga sfären – dvs. vad det är som ska beslutas politiskt och vad som ska beslutas av individen och familjen. Män har genom historien ofta ansett att Staten inte ska blanda sig i när de slår och våldtar sina fruar och barn. Intill ganska nyligen ansågs en kvinnas "ja" inför prästen innebära ett medgivande att mannen slog och våldtog henne intill döden skiljde henne från mannen. Kvinnor har emellanåt uttryckt den ödmjuka uppfattningen att folk runt omkring kanske kunde ge en hjälpande hand (till kvinnorna och barnen, inte till mannen som slår). Det är möjligt

att en förklaring till att den fasansfulla tragedin med gubben som höll sin dotter och sedermera deras gemensamma barn inspärrade i sin källare i Österrike i över tjugo år, kunde ske just på grund av att man i Österrike värnade om en omfattande privat sfär. *"Låt killen ordna med sitt familjeliv på sitt sätt. Han sköter sin familj och jag sköter min."*

# 15. Rättsekonomi

---

Adam Smith la grunden till nationalekonomin med sin bok *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776). Enligt Smith är fördelen med kapitalism att den gynnar kreativitet. Incitamentet att bli förmögen är en bra grund för koncentrerande självdisciplin. Grunddevisen är: Egenintresset ljuger inte.

En man kommer in till banken och ber att få låna 2 000 kr i ett halvår. Banktjänstemannen frågar efter en säkerhet för lånet. Mannen säger att han har en Rolls Royce, ger banktjänstemannen nycklarna och förklarar att banken kan ta bilen som säkerhet till dess lånet är återbetalat.

Sex månader senare återvänder mannen till banken, betalar tillbaka lånet med 100 kr i ränta och får tillbaka bilen. Banktjänstemannen säger: "Får jag fråga dig, varför behöver en person som kör en så fin bil låna 2 000 kr?"

Mannen svarar: "Jag var tvungen att resa till USA i sex månader och var annars skulle jag kunna förvara bilen så lång tid för 100 kr?"

Med rättsekonomisk analys kan man komma fram till vad som är en lämplig regel. Man ska enligt denna metod analysera de transaktionsekonomiska effekterna som olika regel-

alternativ medför och välja det alternativ som medför lägst transaktionskostnader. Ett irriterande problem i sammanhanget är vad som ska ingå i definitionen av transaktionskostnader.

Med stöd av rättsekonomisk analys har Richard Posner (f. 1939) bland annat kommit fram till att abort är en bra sak, länkning på internet borde förbjudas, djurs rättigheter inte kan jämföras med mänskliga rättigheter, köp och försäljning av barn på en fri marknad är bättre än dagens adoptionssystem, marijuana borde legaliseras samt att det finns ett samhälleligt intresse av att avtal mellan två parter inte bryts (teorin om *efficient breach*). Vi ser alltså att den rättsekonomiska metoden kan användas till det mesta.

En ofta hörd invändning mot rättsekonomi är att välfärdsmaximerande inte är detsamma som rättvisa. Det är ganska absurt att lyssna på debatter om vilket som är viktigast av välfärd och rättvisa. Särskilt deppigt är det att höra på sådana debatter när man samtidigt har en riktigt fattig människa i tankarna. Bara rika människor kan kosta på sig lyxen att sätta abstrakt rättvisa före konkret mat för dagen.

Många retar sig på rättsekonomisk analys och menar att de tvärsäkra svaren ofta bygger på felaktiga eller ofullständiga premisser. Rättsekonomisk argumentation lider alltså av samma svaghet som alla andra metoder för att finna Meningen Med Alltihopa och Den Mest Rättvisa Regeln.

# 16. Slutord

---

Vid en disputation fick disputanden frågan vad som var meningen med hans tjocka avhandling. Disputanden svarade djupsinnigt att "vägen är målet". Nu är den här boken slut. Frågan är om du har kört i diket genom att läsa den eller om du fortfarande befinner dig på vägen. Känns det som om du är kvar på vägen och susar fram i bra fart? I så fall är du inte filosofiskt lagd. Filosofiska vägar är alltid ringlande och största delen av tiden känns det som om man backar eller snubblat ner i diket.

Undrar du varför jag skrivit denna bok och vad som är meningen med den? Det vet jag inte själv. Men jag vet att jag gillar låten Dansa på min grav av Bo Kaspers Orkester:

Dom vill lära dig att krypa, att gå i takt.  
Dom vill lära dig marschera, att stå givakt.  
Stå på rad och klappa händer, för sakens bästa hålla med.  
Lära dig hur vinden vänder, för sakens bästa gå på led.

Dom vill lära dig att ljuga, när det tar emot.  
Lära dig bocka och att buga, för någon idiot.  
Jag vill lära dig att dansa, om det någon gång blir av.  
Om jag får nått att säga till om, då skall du dansa på min grav.

Tillåt mig avslutningsvis en smula allvar: Jag finner det tillfredställande att ständigt söka kunskap och att vara kritisk till förmedlad kunskap. För att komma i kritisk stämning använder jag verktygen respektlöshet, stora penseldrag och skratt. Efter att först ha tagit till mig "sanningar" och sedan kritiskt förkastat dem, står jag fri att lägga en egen grund. På den kan jag successivt bygga en egen uppfattning om hur jag vill förhålla mig till världen, mina medmänniskor samt till vad som är Meningen i allmänhet och Meningen med juridiken i synnerhet.

Nu kommer finalen! Nu får ni svaret på allt; varför jag skrivit denna bok och vad som är Meningen Med Alltihopa. Monty Pythonmedlemmen Eric Idle (f. 1943) har fångat det:

*Always look on the bright side of life  
For life is quite absurd  
And death's the final word  
You must always face the curtain with a bow.  
Forget about your sin  
– give the audience a grin –  
Enjoy it – it's your last chance anyhow.*





I boken *Bisarr rättsfilosofi* gör författaren ett grundligt försök att närma sig rättsfilosofiska frågor på ett yrligt sätt. Författaren har blivit varnad för att publicera denna text. Hon riskerar enligt varningarna att bli utskrattad och äventyrar sin (eventuella) trovärdighet.

**Christina Ramberg** är inte professor i rättsfilosofi. Hon har inte skrivit böcker eller artiklar i allmän rättslära och hon har inte heller medverkat i konferenser i ämnet.

Denna skrift finns tillgänglig på [www.christinaramberg.se](http://www.christinaramberg.se)