

Juridikens allmänna läror

Av professor ALEKSANDER PECZENIK

Som bekant har rättsvetenskapen ifrågasatts av många inflytelserika filosofiska skolor, inte minst av "main stream" i 2000-talets analytiska filosofi. För att ge juristerna en lite större självsäkerhet behövs det en kopernikansk vändning. I stället för att anpassa rättsdogmatiken till den vid tillfället mest inflytelserika filosofiska riktningen borde den akademiska juristen fundera på det hon verkligen gör. Den vettiga strategin tycks vara följande: Att skapa en lista möjliga länkar mellan juridik och filosofi; att undvika beroende av någon enstaka filosofisk skola; att plocka sådana filosofier som gör det möjligt att betrakta rättsdogmatiken som meningsfull. Denna uppsats ägnas åt att skissera vissa filosofiska ståndpunkter som harmonierar med rättsdogmatiken, nämligen koherentism; teorin om rättvisa som avvägning mellan olika hänsyn; teorin om "defeasibility"; teorin om rättens gemensamma grund i pluralistiskt samhälle; och teorin om vitt reflektivt ekvilibrium.

1. Rättsdogmatiken

Det finns flera olika rättsvetenskapliga discipliner och metoder. Sådana rättsvetenskapliga ämnen som rättshistoria, rättssociologi, rätts ekonomi och allmän rättslära tillämpar i stor utsträckning historiska, sociologiska, ekonomiska respektive filosofiska arbetsmetoder. Rättsvetenskapen omfattar emellertid i första hand särskilda juridiska discipliner, t.ex. civilrätt, statsrätt, förvaltningsrätt, straffrätt och processrätt. Varje särskild disciplin innefattar huvudsakligen rättsdogmatiska inslag inriktade på att tolka och systematisera gällande rätt. (Dessutom kan inslag av olika rättshistoriska, rätts sociologiska och andra perspektiv förekomma i samtliga juridiska discipliner.)

Ett erkänt rättsdogmatiskt mål är att framställa rättsordningen som ett koherent nätverk av huvudregler och undantag. Rättsdogmatiken använder sig då av vissa traditionella medel, t.ex. argumentation *per analogiam*, *e contrario* och *a fortiori* och analys av lagens ändamål men även mer moderna arbetsmetoder, som rättsekonomi, har sin plats i systemet. En viktig arbetsmetod är institutanalogi: Institutet "åberopsörda" kan modelleras efter institutet "bevisörda", institutet "finansieell leasing" efter "avbetalningsköp" etc. Gamla rättsinstitut tjänar som inspiration för de nya. Rättsdogmatiken använder sig i hög grad av analys och systematik av juridiska begrepp. Argumentationen och begreppsanalysen inspirerar och stöder varandra.

Rättsdogmatiken beskriver gällande rättsregler på olika områden och dessa områdets struktur. På så sätt beskriver den rättens så kalla-

de yttre system. Den utvecklar också normativa ståndpunkter som rättfärdigar och kritiserar olika delar av gällande rätt. Rättfärdigandet och kritiken resulterar i rättens så kallade yttre system. Rättsdogmatiken innefattar således värderande ståndpunkter. Dessa skiljer sig visserligen från rent moraliska sådana, eftersom bundna rättskällor har en mycket större vikt i rättsdogmatiken än i moralen. Rättskällornas juridiska relevans är dessutom uppenbar medan deras moraliska relevans är endast indirekt, i kraft av moraliska skäl att följa lagen. Men en värderingsfri dogmatik är bara en dröm. Värderingarna utgör rättsdogmatikens nödvändiga beståndsdel. Rättsdogmatiken är inte rent deskriptiv, inte heller rent normativ, den är s.a.s. deskriptivnormativ.¹

Man kan t.ex. skilja mellan privaträttens yttre och inre system. Inre system — dvs. de rättfärdigande och normativa ståndpunkterna — förutsätter empiriska data om yttre system, dvs. om gällande rättsregler.² Privaträttens yttre system är med andra ord detsamma som en begriplig systematisering av lagstiftning och rättspraxis på privaträttens område. Dess grova struktur är följande: privaträttens allmänna regler om personer och rättshandlingar, sakrätt, avtalsrätt, skadeståndsrätt, familjerätt, arvsrätt osv. Juridiska begrepp bildar ett sammanhängande nät. För att förstå ett begrepp måste man förstå många begrepp. Därför kan man inte förstå privaträttens regler utan att förstå privaträttens systematik. Privaträttens inre system innebär att vissa regler tillsammans med externa data rättfärdigar andra regler.³ Privaträttens varenda del har sina egna principer men dessa kan rättfärdigas i anslutning till rättens allmänna principer. Rättfärdigandet är möjligt eftersom regelkomplex framstår som stabilare och mera övertygande än enstaka regler var för sig.⁴

2. Rättsdogmatikens olika abstraktionsnivåer och allmänna läror

Rättsvetenskapen laborerar med olika abstraktionsnivåer, såsom

- konkret rättsfallsbeskrivning och rättsfallsanalys;
- utarbetande av tekniska lösningar, t.ex. beskrivning och bekämpningsförslag av olika slags brottslighet;
- beskrivning av äldre rätt och utländsk rätt;
- abstrakta framställningar av olika rättsliga institut och allmänna läror (såsom lärorna om *culpa*, uppsåt, s.k. adekvat kausalitet, förutsättningsläran i avtalsrätt etc.);
- allmänna rättsläror med normativa konsekvenser, t.ex. olika lagtolkningsläror;
- moralfilosofiska undersökningar och till sist

¹ Jfr Svein Eng, *U/enighetsanalyse — med saerlig sikte på jus og allmenn retts-teori*. Oslo 1998: Universitetsforlaget.

² Jfr Franz Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien–New York 1996: Springer-Verlag, s. 5.

³ A.a. s. 16.

⁴ A.a. s. 22.

- debatt om filosofiska grundpositioner bakom den allmänna rättsläran.

På så sätt systematiseras rätten under övergripande principer. Forskning på olika abstraktionsnivåer måste bilda en koherent helhet. Förvisso behöver en konkret rättsfallsanalys inte ta sig an filosofiska frågor, men det måste vara möjligt att finna intellektuella bryggor mellan en lägre och en högre abstraktionsnivå.

Rättsdogmatiken innefattar juridikens allmänna läror. Låt mig först nämna två exempel av sådana läror, relaterade till varandra, nämligen lärorna om *culpa* och adekvat orsakssammanhang i skadeståndsrätt. *Culpa* beror i princip på att en normalt försiktig person — en *bonus pater familias* — inte skulle bete sig på det sättet som skadevällaren, eftersom han skulle förutse risken för en skada.⁵ Adekvans beror på huruvida en expert — en *vir optimus* — skulle förutse en relevant risk av en skada av den särskilda typen som inträffade.⁶ Rättsystemet kräver i många fall att båda rekvisiten — *culpa* och adekvans — måste uppfyllas för att skadevällaren blir skadeståndsskyldig. Olika sinsemellan konkurrerande teorier om *culpa* och adekvans har utvecklats med tiden, alla kontroversiella, ingen helt exakt.

Den rättsteoretiska debatten i avtalsrätten är inte lika omfattande som i skadeståndsrätten. Det bör emellertid noteras att även på detta område råder det spänning mellan läror som vill underkasta juridiska lösningar övergripande fast vaga principer och sådana som föredrar ett konglomerat av mer konkreta ståndpunkter. Den s.k. Summers-Burton debatten om god tro i avtalsrätt är ett känt exempel. På 1960-talet har således *Robert S. Summers* explicit förkastat generella principer om god tro och föreslagit i stället en lista på sex olika kategorier av "bad faith performance".⁷ På 1970- och 1980-talet har hans teori underkastats Steven Burtons kritik eftersom den saknade en övergripande teoretisk bas.

Förutom rättsdogmatisk bearbetning av olika juridiska discipliner finns det även generell rättsdogmatik som bildar en disciplin för sig, inte bara ett konglomerat av fragment som hör till olika partikulära discipliner. Den generella rättsdogmatiken omfattar traditionellt rättskällevärdet och den juridiska argumentationsläran. Dessa två läror står i rättsdogmatikens centrum eftersom nästan alla andra rättsdog-

⁵ Se emellertid Christian Dahlman, *Konkurrerande culpakriterier*. Lund 2000: Studentlitteratur, som anser att culperekvisitet i svensk skadeståndsrätt måste splittas i tre olika rekvisit.

⁶ Jfr Aleksander Peczenik, *Causes and Damages*, Lund 1979: Juridiska föreningen, s. 286–290.

⁷ Nämligen (a) evasion of the spirit of the deal, (b) lack of diligence and slacking off, (c) willfully rendering only "substantial performance", (d) abuse of a power to specify contract terms, (e) abuse of a power to determine compliance, and (f) interfering with or failing to cooperate in the other party's performance. Se Robert S. Summers, "Good Faith" in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code 54 *VA. L. REV.* 195 (1968).

matiska teorier inkluderar antaganden om rättskällor och juridisk argumentation.

Den generella rättsdogmatiken bildar en viktig del av ämnet allmän rättslära. Den allmänna rättsläran omfattar följande problemområden:

- Generell och systematisk beskrivning av olika slags rättskällor och juridiska argument.
- Undersökning angående respektive rättskällors legitimitet, auktoritet och vikt i juridisk argumentation, t.ex. frågan om lagmotivens betydelse för lagtolkning.
- Utvärdering av olika juridiska argument, t.ex. frågan om laganalogins grunder och hållbarhet.
- Analys av juridiska grundbegrepp, såsom ”gällande rätt” med sikte på begreppens användbarhet i juridisk argumentation.
- Rättens morfologi, dvs. generell och systematisk beskrivning av rättsordningen struktur.
- Vissa frågor i politisk filosofi, t.ex. vad som menas med att rätten är legitim.
- Vissa frågor i moralfilosofi, t.ex. frågor om rättigheter, rättvisa och förhållandet mellan rätten och moralen.
- Vissa frågor i vetenskapsteori, t.ex. i vad mån vetenskapliga krav kan uppfyllas av rättsdogmatiken.
- I viss mån även andra filosofiska frågor, ingående i språkfilosofi, kunskapsteori, ontologi osv.

Allmän rättslära är ett gränsämne mellan juridiken och filosofin. Dess undersökningsföremål är rätten och juridiken. Filosofiska fördjupningar är meningsfulla inom ämnen endast om de genomförs med sikte på djupare förståelse av den juridiska arbetsmetoden.

3. Kritiken

Det har emellertid hävdats att den deskriptivnormativa rättsdogmatiken inte är någon ”riktig” vetenskap. Det räcker — för att citera Julius Kirchmanns berömda pamflett från 1848 — med lagstiftarens tre ord för att förvandla ett helt juridiskt bibliotek till makulatur.⁸ I 1900-talets början stämplade t.ex. den polsk-ryska rättsrealisten Leon Petrazycki alla rättsvetenskapliga åsikter som avvek från sina egna som ovetenskapliga. Det har vidare hävdats att rättsdogmatiken inte är rationell utan endast utgör en förtäckt maktutövning, att inte heller domarens argumentation är rationell utan domare utvecklar fasadlegitimation,⁹

⁸ Julius H. von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, (1 uppl. 1848); H. Klenner, red. Freiburg/ Berlin 1990: Rudolf Hauke Verlag.

⁹ Se Gunnar Bergholtz kritik av sådana åsikter, *Ratio et Auctoritas*. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål. Lund 1987: Juridiska föreningen, s. 418 ff.

att rättsprinciper endast är en pedagogisk retorik utan normativ legitimitet.¹⁰

Exemplen kan mångfaldigas. Kritikens djupare poänger var ofta språkteoretiska och ontologiska, t.ex. följande: Juridikens allmänna läror är ovetenskapliga eftersom de innefattar normativa komponenter. Dessutom är de oklara. Vidare är de ontologiskt obskyra, eftersom det inte är helt klart om vilka slags existerande föremål de uttalar sig. Säkert rör det sig inte om lagens bokstav eller domstolsbeslut. Vad annat då?

Fast sådan kritik är gammal har den under lång tid saknat någon större betydelse. Under 1900-talets andra hälft har den emellertid förstärkts av två faktorer: demokratins genombrott och den minimalistiska filosofins inflytande.

Demokratins genombrott är sannolikt en av orsakerna till rättsdogmatikens försvagning. Sedan parlamentarismens genombrott började t.ex. den svenska statskunskapen likställa demokrati med riksdagens herravälde. Domarkulturen har förändrats.¹¹ Dessutom befrämjas ett sådant synsätt av Sveriges grundlagar. Regeringsformen bygger som bekant på folkets suveränitet: "riksdagen är folkets främsta företrädare". Medan den antika och medeltida rättsdogmatiken kunde legitimeras som ett slags skydd mot tyrannerna har numera den rättsvetenskapliga legitimiteten förträngts av den snävt uppfattade demokratiska legitimiteten.

Denna utveckling har förstärkts i Sverige av Uppsalaskolans (Hägerströms) enastående inflytande. I utlandet fick Hägerström mindre framgång men det fanns andra filosofier med liknande verkningar. De s.k. rättsrealisterna betonar ofta det irrationella i juridiken. Följaktligen borde man enligt deras uppfattning skilja på värderande (och orationell) juridik och värderingsfri rättsvetenskap. Den amerikanska "rättsrealismen" är ett komplext fenomen som inspirerats av den pragmatiska filosofin (Peirce, Dewey) tillsammans med de anglosaxiska rättssystemens egenheter.¹² Alf Ross inflytelserika teori om rättsvetenskap och rättspolitik inspirerades såväl av Hägerström som av den amerikanska rättsrealismen. Enligt Ross bör man skilja på rättsvetenskapliga och ovetenskapliga utsagor om gällande rätt. De förra uttalas av rättsvetenskapsmän, och måste ha verifierbara konsekvenser. Följaktligen måste rättsvetenskapliga påståenden om gällande rätt handla om domstolarnas faktiska eller förväntade beteende. Ross teori har långtgående konsekvenser, t.ex. juridikens mest kända argumentformer, laganalogi och motsatsslut är enligt hans uppfattning inte några metodiska redskap. Domaren når först det resultat

¹⁰ Se t.ex. Per Olof Ekelöf, *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*. Stockholm 1956: Norstedts, *passim* om processrättsliga principer.

¹¹ Jfr Kjell Å Modéer, *Den svenska domarkulturen — europeiska och nationella förebilder*, Lund 1994: Corpus iuris förlag.

¹² Jfr bl.a. Robert S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca-London 1982: Cornell University Press.

han finner rimligt och anger sedan tillämplig metod. Metoden väljs i efterhand efter önskat resultat.¹³

Egentligen är situationen föga överraskande. Rättsdogmatiken härstammar av förmodern tid. Den har utvecklats med utgångspunkt i grekisk filosofi och romersk rätt genom medeltida *jus commune* till en reaktion mot naturrätten inspirerad av Hegel och Savigny. Modern filosofi gjorde emellertid den berömda ”språkliga vändningen” och lämnade traditionen bakom sig. Den moderna filosofin — mer eller mindre analytisk och lierad med den logiska positivismen — orsakade en erosion av den juridiska doktrinen. Juristerna själva har accepterat den moderna filosofins världsbild — fast ofta motvilligt och nästan alltid ytligt. Effekten förstärktes av politiska ideologier som ofta eftersträvade reformpolitikernas frihet från onödiga juridiska vidskepelser. Kort sagt har juridiken koloniserats av en väsensfrämmande världsbild.

4. Den snäva rättsdogmatiken

Det är sålunda ingen överraskning att under det senaste seklet den svenska rättsdogmatikens betydelse för rättsbildningen minskat. Rättsvetenskapen har blivit försiktig, gärna knuten till detaljfrågor och allt mindre benägen att utveckla omfattande intellektuella strukturer. Rättsbildningen uppfattas nu ofta som uppgift för den demokratiskt legitima lagstiftningen och för domstolarna. Som ett exempel kan man nämna Lars Heuman¹⁴ som anser att underdomstolarna bör

följa såväl dåliga som goda prejudikat när rättsatserna kommit till klart uttryck... Det svenska prejudikatväsendet bygger på att HD ska verka för en enhetlig rättstillämpning... Rationalitetsskäl har visserligen fått ökad betydelse för HD:s sätt att lösa principfrågor, men allt mindre betydelse för en rättsfallstolkning som inriktas på kritik mot domskälen... Denna utveckling har sin grund i vikten av en enhetlig och enkel rättstillämpning, behovet av förutsebarhet och den ökande betydelsen av det arbetsekonomiska argumentet.

Heuman bedömer således domstolars auktoritet som i detta sammanhang viktigare än rationalitet. Konsekvensen har dragits av bl.a. justitierådet Lind¹⁵ som uttalade följande uppmaning riktad mot rättsvetenskapen:

Analysera gärna argumenten i domskälen, sätt dem i ett större sammanhang, gör jämförelser med andra rättssystem men förkasta inte en dom med påstående att det är feldömt. Det tjänar inget vettigt ändamål.

¹³ Jfr Alf Ross, *Om Ret og Retfaerdighed*. Köpenhamn 1953: Nyt Nordisk Forlag, s. 181 och kritik i Peczenik, *Vad är rätt*. Stockholm 1995: Norstedts, s. 351 ff.

¹⁴ Lars Heuman, Högsta domstolens prejudikatnedbrytande verksamhet, *Festskrift till Per Olof Bolding*. Stockholm 1992: Juristförlaget, s. 226 ff.

¹⁵ Johan Lind, Högsta Domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla, *Juridisk Tidskrift* 1996–97, s. 362 och en tidigare artikel.

Förvisso lever den deskriptivnormativa juridiken kvar. Heumans och Linds åsikter lär inte helt dominera. Den sistnämnde har t.ex. utsatts för kritik.¹⁶ Förvisso fortsätter de svenska rättsvetarna att granska domskälens rationalitet och i vissa fall antyda att det är feldömt. Det finns också (tvärtemot vad många domare tror) en hel del välunderbyggt och praktiskt användbart material inom rättsdogmatiken. Följaktligen bidrar rättsvetarna till såväl lagstiftningen som rättspraxis. Men å andra sidan utövas inflytandet inom dubbla ramar. Den första är en legitimitetsram. Då en professor sitter med en utredning eller i en domstol beror hans/hennes inflytande i stor utsträckning på en "legitimitetsstämpel", dvs. på den roll han/hon spelar som ledamot i utredningen eller domstolen, inte bara på tyngden av argumentationen. Den andra är den snäva argumentationsramen. Djärva försök att vidareutveckla rätten genom juridisk argumentation är inte vardagsmat för rättsvetarna, inte ens då de sitter i utredningar eller i domstolar.¹⁷ Vissa svenska rättslärda tror inte alls på juridisk kunskap, inte heller (*a fortiori*) på rättsvetenskap. Det har t.o.m. talats om "rättsvetenskapens självmord".¹⁸

I utlandet är bilden inte enhetlig. Rättsdogmatikens roll i Tyskland är traditionellt större än i Sverige. Ändå klagar vissa tyska akademiker att rättsdogmatiken urartat och blev blandning av politik och advokatyri. Läget i USA är också komplext. Ifrågasättandet av den deskriptivnormativa rättsvetenskapen framstår där som naturligt eftersom den anglosaxiska rättstraditionen helt saknade det kontinentala "*Professorenrecht*" och präglades av "*judge-made law*". Men paradoxalt finns det just i USA en uppsjö av mycket teoretiska, ja filosofiska skrifter på olika rättsområden. EG-domstolen är som bekant mycket självständig men dess avgöranden styrs knappast av doktrinen. Förvisso brukar generaladvokaten stundtals hänvisa till juridisk litteratur. EG-domstolen själv försöker däremot nästan dölja doktrинens inflytande. Och den argumenterar ofta politiskt. EG-domstolens rättsskapande roll är uppenbar. Rättsdogmatiken vägleds av domstolen. Vissa rättsvetare försöker göra domstolsavgörandena koherenta med varandra, andra försöker testa huruvida de är koherenta med några rättspolitiska ståndpunkter. Ingen vågar sig på en syntes som gör avgörandena koherenta såväl med varandra som med moralen.

5. Rättsdogmatik och politisk filosofi

Samtidigt behövs en högtstående rättsdogmatik alltmer för att införa systematisk klarhet i lagstiftningens växande djungel. I denna situation uppstår behov av intellektuella överbyggnader. Vad kan motivera

¹⁶ Jfr Joakim Nergelius, Domstolarna, grundlagen och rättighetskyddet — några reflektioner kring de senaste årens debatt och praxis. *Svensk Juristtidning* 1997, s. 437 ff.

¹⁷ Jfr t.ex. Jan Hellners nyktra framställning, *Rättsteori. En Introduktion*, 2 uppl. Juristförlaget 1994, s. 115 ff.

¹⁸ Jfr Jacob Sundberg, *Fr. Eddan t. Ekelöf*, Stockholm 1978: Juristförlaget, s. 266.

rättsdogmatikens inflytande på rättsbildningen? Numera talas det inte längre så mycket om rättsvetenskapens kunskapsanspråk. Frågan om den deskriptivnormativa rättsdogmatiken är en korrekt framställning av rättens inre system uppfattas ofta som spekulativ, metafysisk och ovetenskaplig. I stället började man ställa frågan om rättsdogmatiken har politisk legitimitet. Rättsteorin har på så viss koloniserats av politisk filosofi.

Själva frågeställningen placerar rättsdogmatiken i djup defensiv. Är lagstiftarens makt legitim? Javisst. Är domstolarnas makt legitim? Kanske är det så. Är juridikprofessorernas makt legitim? Vilken konstig fråga? I det moderna samhället motiveras rättsdogmatikens minskade betydelse i stor utsträckning i anslutning till demokratiidealet. I Sverige uppfattar många jurister problemet som enkelt. Riksdagen stiftar legitima lagar eftersom dess sammansättning återspeglar preferenser hos majoritet av väljarna. Domstolarna får avkunna legitima domar eftersom de har en lagstadgad domarkompetens. Å andra sidan kan rättsdogmatiken inte vara en legitim normbildare. Vem har skänkt professorerna normgivningsmakten?

Rättsteorins kolonisering av politisk filosofi har emellertid skapat vissa problem. Politisk filosofi är som bekant kontroversiell. Striden mellan rationalistiska liberaler och kommittarianer är långt från avgjord.¹⁹ Vidare har olika legitimitetsteorierna kritiserats från vänster som fångna i borgerliga och liberala fördomar osv. Politiska filosofer skapade visserligen sofistikerade storverk. Namn som John Rawls, Ronald Dworkin och Robert Nozick låter stolt i det intellektuella samtalet. Lika stolt låter sådana namn som Jürgen Habermas, Michel Foucault och Roberto Unger. Men det intellektuella modet är ombytligt. Med tiden framstår en stor tänkare inte så sällan som en översofistikerad politisk talare. Läsarna börjar inse att några intellektuella kritiker är skeptiska mot allt utom sig själva.²⁰ Tänkaren försöker kanske tona ned sina mest kontroversiella åsikter, vilka då vinner i rimlighet men förlorar i inflytande. Rättsdogmatiker som försökte stå på de stora filosofernas axlar framstår så småningom — för att citera det polska uttrycket — som påfåglar och papegojor.

6. Reformförslag: rättsekonomi och nyformalism

Det finns emellertid också riktiga rovfåglar. Ett rätt inflytelserikt förslag på att ersätta den traditionella rättsdogmatiken med en mer stringent lära är rättsekonomi. Den ledande förespråkaren är *Richard Posner*.²¹ Läran uppfattar ekonomisk effektivitet som rättens huvudmål. I skadeståndsrätten gäller sålunda följande. Skadevållarens agerande ska bedömas som vårdslös endast om kostnaden för att han

¹⁹ Jfr t.ex. Stephen Mulhall och Adam Swift, *Liberals & Communitarians*, 2 uppl., Oxford och Cambridge, Mass.1997: Blackwell *passim*.

²⁰ Med andra ord saknar kritikerna självreflexion, jfr Eng, a.a. s. 12.

²¹ Bland Posners många arbeten kan man nämna *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press 1990 och *Overcoming Law*, Harvard University Press 1995.

hade förhindrat skadan understiger skadans sannolikhet multiplicerad med dess kostnad ("Learned Hands formel"). Posner vill följaktligen ersätta traditionella rättvisebedömningar, undersökningar om adekvat kausalitet m.m. med Learned Hands formel.

Posners inflytande i USA kan inte överskattas. Rättsekonomi kan mycket väl uppträda som en huvudteori i den mening att dess rekommendationer åtminstone på vissa rättsområden bör följas *pro tanto*, om inte starka rättvise-skäl eller starka pragmatiska skäl talar emot det. Rättsekonomi närmar sig den vetenskapliga stringensen och den har visat livskraft på nästan alla rättsområden. Den kan vara en värdefull hållpunkt i den juridiska sammanvägningen.

Den kan emellertid inte hoppas på att restlöst ersätta juridiska rättvisebedömningar. Det är föga överraskande att Posners rättsekonomi har kritiserats av den s.k. nyformalismen som tar på allvar förhållandet mellan rätt och rättvisa. *Ernest J. Weinrib* tolkar rättvisan mellan skadevällaren och den skadelidande i anslutning till Aristoteles som en art av korrektiv rättvisa. Denna rättvisa bildar "the idea of private law" och uttrycker individens autonomi i Kants mening. Den gör privaträtten koherent och den ska skipas oberoende av externa faktorer. Poängen med Weinribs framställning är följande.²² Korrektiv rättvisa omfattar ett tvåpartsförhållande mellan skadevällaren och den skadelidande; en tvåpartsuppfattning om orättvisa som kränkning av kvantitativ jämlikhet; en tvåpartsuppfattning om den skadelidandes förlust som relaterad till skadevällarens vinning; en tvåpartsuppfattning om rättegång som återställande av den kvantitativa jämlikheten mellan parterna; och en tvåpartsuppfattning om skadestånd som annullering av parternas respektive vinning och förlust.

Weinrib hävdar att rättsekonomi tenderar att avvika från rättvisans krav, eftersom den underkastar parternas förpliktelser samhällets totala välfärd. M.a.o. är den kommutativa rättvisan som enligt Weinrib borde styra privaträtten lokal medan Posners lära är global.

Weinribs teori har emellertid också kritiserats, framför allt för att den totalt bortser från skadeståndsrättens konsekvenser för samhället i stort.

Rättsdogmatiken befinner sig alltså i den analytiska filosofins skottlinje. Dess allierade — rättsekonomen och formalisterna — har gett upp den centrala redutten, nämligen rättvisan som sammanvägning av alla relevanta hänsyn. I stället försöker de etablera en försvarsposition på angriparens villkor, antingen genom att ekonomisera rätten eller genom att göra rättsdogmatiken beroende av en eller annan utvald filosofisk skola. De nya försvarspositionerna är emellertid dömda till undergång. Måste verkligen alla rättsvetenskapsmän vara posnerianer eller kantianer? Visst inte. Reformförslagen leder bara till att förvirringen ökar. Filosofin som sådan är ohjälpligt kontroversiell och

²² Jfr Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law* Cambridge Mass and London 1995, s. 65–66.

rättsdogmatiken beroende av en viss filosofi blir omedelbart lika kontroversiell. Vill en juridisk forskare tänka djupt hamnar han/hon i filosofernas veritabla getingbo.

7. Ord och handling i rättsdogmatiken

Det finns också en stor klyfta mellan ord och handling. Uttalade filosofiska antaganden skiljer sig markant från dessa den juridiska forskaren uppvisar i sin verkliga forskning. Beakta följande:

- De rättsdogmatiska forskarna säger ofta att moralvärderingar alltid är relativa, men i sin verkliga forskning uttalar de lika ofta moral- och rättvisedomdömen på ett sätt som verkar implicera att dessa är objektivt grundade.
- De rättsdogmatiska forskarna säger ofta att lagtolkningen likaledes måste vara relativ eftersom den grundar sig på värderingar men i sin verkliga forskning uttalar de lika ofta sina uppfattningar i lagtolkningsfrågor på ett sätt som verkar implicera att dessa är objektivt grundade.
- De rättsdogmatiska forskarna säger ofta att lagen är politikens instrument ("petrifierad politik" som en lundaprofessor sa inte så länge sedan) men i sin verkliga forskning fortsätter de att kontrastera rätten och politiken.
- De rättsdogmatiska forskarna säger ofta att lagen borde vara moraliskt neutral, annars skulle den bidra till att moraliska minoriteter förtrycks, men i sin verkliga forskning fortsätter de att betrakta centrala rättsprinciper och mänskliga rättigheter på ett sätt som verkar implicera att dessa är objektivt grundade.
- Vissa rättsdogmatiska forskare hyllar fundamentism i kunskaps-teori, särskilt empirism, men i sin verkliga forskning misslyckas de med att reducera juridiska läror till empiriska observationer.
- Vissa rättsdogmatiska forskare hyllar minimalism i ontologi, särskilt materialism, men i sin verkliga forskning misslyckas de med att reducera rätten till materiella ting.
- Vissa rättsdogmatiska forskare hyllar deduktivism i argumentationsteori, men i sin verkliga forskning försöker de inte ens att presentera juridisk argumentation som deduktiv.
- Vissa rättsdogmatiska forskare hyllar individualism i moralteori, men i sin verkliga forskning fortsätter de att beakta samhällsintressen, gruppintressen och kollektiva viljetryningar.

8. Kopernikansk vändning och rättsdogmatikens relativa neutralitet gentemot filosofi

För att ge juristerna en lite större självsäkerhet behövs det en kopernikansk vändning. I stället för att anpassa rättsdogmatiken till den vid tillfället mest inflytelserika filosofiska riktningen borde den akademiska juristen fundera på det hon verkligen gör och försöka leta på fi-

losofins rika smörgåsbord just de ”rätter” som tillfredställer rättsvetenskapsmannens smak. Den vettiga strategin tycks vara följande:

- Att skapa en lista möjliga länkar mellan juridik och filosofi.
- Att undvika beroende av någon enstaka filosofisk skola.
- Att plocka sådana filosofier som gör det möjligt att betrakta den deskriptivnormativa rättsdogmatiken som meningsfull, utan att ta ställning till förmån av en av dessa.

Resten av denna uppsats ägnas åt att skissera vissa filosofiska ståndpunkter som harmonierar med den deskriptivnormativa rättsdogmatiken, nämligen

- koherentism;
 - teorin om rättvisa som avvägning mellan olika hänsyn;
 - teorin om ”*defeasibility*”;
 - teorin om rättens gemensamma grund i pluralistiskt samhälle;
- och
- teorin om vitt reflektivt ekvilibrium.

9. Rättsdogmatiken och koherens

Den första sådana ståndpunkten är koherentism i kunskapsteori. Rättsdogmatiken ökar rättens koherens i följande olika aspekter.

För det första använder sig rättsdogmatiken av sådana traditionella argumentationsredskap som analogislut, motsatsslut, argumentet *a fortiori* och ändamålstolkning. Typiskt sett leder användning av sådana argument till att rättens koherens ökar.²³

Den andra aspekten är systematiseringen. Rättsdogmatiken framställer rätten som systematisk helhet. Systematikens betydelse betonades t.ex. av den tyska rättsdogmatikens kanske mest inflytelserika författare, Friedrich Karl von Savigny (1779–1861). Han skrev följande:

”Jag anser att det väsentliga i den systematiska metoden är att man upptäcker och beskriver det inre sammanhang eller släktskap, varigenom enskilda rättsbegrepp och rättsregler binds samman i en större enhet. Sådana samband är ofta dolda och vår insikt berikas genom att de upptäcks”.²⁴

Rätten uppvisar alltså inte bara en yttre systematik — t.ex. lagverkets indelning i kapitel, paragrafer och stycken — utan även en djupare och ofta dold inre systematik som rättsvetenskapen borde upptäcka.

Den tredje aspekten är rättsprinciper. Rättsdogmatiken underordnar rättsreglerna övergripande rättsprinciper. Det bör i detta sammanhang nämnas att redan romerska jurister hade lätt att gå från

²³ Juridiska argument och argumentationsformer har fördjupats filosofiskt av Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/M. 1978: Suhrkamp. Se även Robert Alexy och Aleksander Peczenik. 1990, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*. *Ratio Juris* 1990, 1bis: s. 130–147.

²⁴ K.F. v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Band 1, Berlin 1840, s. XXXVI.

rättsfall till abstraktioner, och från abstraktioner till rättsfall. Generella maximer och konkreta fall konfronterades ständigt med varandra och modifierade varandra. Savigny imponerades av detta samspel mellan principer och konkreta avgöranden. Som kuriositet kan man tillägga att ett liknande samspel uppfattas som centralt av den nutida moralfilosofen John Rawls, som talar om reflektivt ekvilibrium (övertänkt jämviktsläge) mellan det abstrakta och det konkreta.

Den fjärde aspekten är rättens kontinuitet i tiden.²⁵ Rättsdogmatiken framställer rätten i ständig utveckling men utvecklingen är gradvis. Alla rättsregler kan ändras men inte alla på en gång. Inte ens om lagstiftaren åsyftar revolutionära förändringar kan rättsdogmatiken upphöra med sina ständiga försök att kommentera den nya lagen i anslutning till den gamla. Den östeuropeiska rättsdogmatiken var t.ex. i vissa stycken påtagligt konservativare än den västerländska trots att statsmakterna eftersträvade samhällets radikala ombyggnad i kommunistisk anda.

En annan enhetsaspekt avser rättsreglernas giltighet. Denna aspekt renodlades i Hans Kelsens rena rättslära. Enligt Kelsen bildar rätten en "byggnad" med olika nivåer eller "avsatser". En given norm är rättsligen gällande — och ska sålunda följas ur en juridisk synvinkel — om den skapats i överensstämmelse med regler av högre dignitet. Avsattsteorin återspeglar Kelsens djupgående insikt i att begreppet "gällande rätt" är systembetingat. Svaret på frågan om en enstaka norms giltighet måste basera sig på ett antagande om hela rättssystemets giltighet. Den verkligt svåra frågan avser pyramidens topp. De högsta rättsnormerna, som finns i författningen (grundlagarna), kan inte ärva sin giltighet från ännu högre rättsnormer eftersom inga sådana finns. Enligt Kelsen måste författningen ärva giltigheten från en s.k. grundnorm. Grundnormen har formulerats sålunda:

Tvångshandlingar ska genomföras under de betingelser och på det sätt som föreskrivits av den historiskt första statsförfattningen och av de normer som stiftats i överensstämmelse med densamma. (I en förkortad form: man ska bete sig så som författningen föreskriver).²⁶

Grundnormen är själv inte rättsligt gällande, eftersom den inte tillkommit i rättsenlig ordning. Den är emellertid begreppsligt förutsatt i juridisk argumentation. Vi anser nog alla att författningen ska efterlevas; grundnormen säger precis detsamma: att den ska efterlevas. Dessutom anser vi alla att författningen är gällande. Om man uppriktigt säger "författningen är gällande", menar man egentligen att författningen ska efterlevas. Det faktum att vi kallar författningen för gällande betyder återigen, att vi antar att den ska efterlevas — och grundnormen säger precis detsamma. Grundnormens viktiga funktion är att den bildar en grund för rättens enhet.

²⁵ Såväl rättsprinciperna som koherens i tiden betonas av Ronald Dworkin, se *Laws' Empire*. London 1986: Fontana.

²⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre 2* uppl. Wien 1960: Deuticke, s. 203–204.

Alla normer vars giltighet kan härledas av en och samma grundnorm bildar ett system av normer, en normativ ordning. Grundnormen är den gemensamma giltighetskällan för alla normer som hör till samma ordning, den är deras gemensamma giltighetsgrund. Att en bestämd norm tillhör en bestämd ordning, beror på att dess yttersta giltighetsgrund består av denna ordnings grundnorm. Denna grundnorm är det som konstituerar en enhet av en mångfald av normer, emedan den bildar grunden för giltighet av alla normer som tillhör denna ordning.²⁷

Att koherens kan vara rättsdogmatikens poäng är föga överraskande. Vissa filosofer hävdar att koherens är poängen med all kunskap. I kunskapsteorin finns det egentligen endast tre renodlade möjligheter: fundamentism, koherentism och skepticism. De etiska fundamentalisterna anser att all giltig moral ytterst baserar sig på vissa fundamentala omdömen som stöder andra omdömen men själva inte kan stödjas av andra omdömen. Alla icke-fundamentala etiska satser måste på något vis härledas från de fundamentala för att själva vara välgrundade. De etiska koherentisterna gör gällande att det inte finns några fundamentala och säkra omdömen. Den teori som förespråkas i förevarande framställning bygger på koherentism.

Definitiva (inte bara *pro tanto*)²⁸ etiska och juridiska slutsatser förutsätter en slutgiltig avvägning mellan olika skäl. Man ger skäl, skäl för skäl, och så vidare. Det finns ingen uppenbar slutpunkt för avvägningsargumentationen. Avvägningsargumentationens slutpunkt måste bestå av att man gör ett antagande som inte motiveras. Om det hade motiverats, skulle det inte kunna utgöra argumentationens slutpunkt. Den påstådda slutpunkten skulle nämligen leda till att argumenteringen fortsätter. De etiska fundamentalisterna anser att det yttersta skälet som bildar den ifrågavarande avvägningsargumentationens slutpunkt är ett säkert värdeomdöme, uppenbart i och för sig. Endast ett fåtal värdeomdömen är emellertid uppenbara, säkra var för sig. Det är ovisst om de kan bilda fundament för alla etiska och juridiska avvägningar. Vissa koherentister säger därför att argumentationen ytterst vilar på det om skälen respektive motskälerna bättre passar in i ett koherent åsikt- och preferenssystem som den argumenterande personen hyser.²⁹

Koherens består av tre element: (1) logisk motsägelsefrihet, (2) omfattande räckvidd och (3) stöd från andra komponenter i systemet. Kravet på räckvidd innebär att en koherent mängd av åsikter och preferenser ska omfatta så många och så varierande sådana som möjligt.

²⁷ A.a. s. 197.

²⁸ Ordet "pro tanto" syftar här på utsagor som man accepterar i normala omständigheter men är redo att uppge i exceptionella fall.

²⁹ Jfr. Keith Lehrer, *Self-Trust. A Study of Reason, Knowledge, and Autonomy*, Oxford 1997: Clarendon Press, s. 3.

Kravet på stöd innebär att det ska finnas så många positiva stödrelationer mellan element av systemet som möjligt.³⁰

Koherensteorin möter två invändningar: att den bygger på cirkelresonemang och att den saknar verklighetsanknytning. Enligt min mening kan både invändningarna besvaras.

Den kan sålunda beskyllas för cirkelargumentation. Om ingenting är kunskapens orubbliga fundament och allt kan ifrågasättas behövs det skäl för skäl för skäl ... i all oändlighet. För att undvika oändlig regress måste man godta någon form av cirkularitet. Invändningen kan besvaras genom att man anser att cirklarna inte är elaka utan tvärtom godtagbara om de är tillräckligt stora och komplexa. En individs åsikts- och preferenssystem måste sålunda bilda ett nätverk av argumentativa cirklar. En argumentkedja som utvecklas tillräckligt länge biter så att säga sin egen svans. I en sådan kedja, a_n stöder a_3 , a_3 stöder a_2 , a_2 stöder a_1 och a_1 stöder a_n . "Stöd" innebär som sagt "rimligt stöd", a_1 följer av a_2 tillsammans med en annan premiss, säg a_{22} . Denna premiss a_{22} är rimlig vad förutsätter att den har stöd av en annan rimlig premiss. Fullt utbyggd blir figuren ett nät av olika cirklar, i regel ganska stora sådana. Nätet är robust, eftersom det håller samman även om vissa komponenter måste ges upp.

Den stora frågan är givetvis om ett koherent åsiktssystem inte kan vara isolerat från verkligheten. Om svaret är "ja" finns det ingen kunskapsteoretisk grund för att plädara för koherenta system. Låt mig säga med en gång att isolationsinvändningen är helt riktig i det att ingen koherensteori kan garantera att det koherenta nödvändigt är sant. En skeptiker som tvekar på allt kan inte motbevisas med logiska medel. Men om vi över huvud taget vet något är chansen att en åsikt är sann större ju koherentare den hänger ihop med resten av åsiktssystemet. Ett stort nät av åsikter och preferenser är det enda vi kan bygga på. Keith Lehrers teori om att rättfärdigandet beror på koherens åsytar inte att övertyga skeptikern om att vi är trovärdiga. Teorin innebär endast att vårt rättfärdigande av det vi accepterar beror på ett åsikts- och preferenssystem som omfattar generella teser om vår trovärdighet. När det finns en adekvat "match" mellan åsikter och verkligheten förvandlas koherens till kunskap. För att förstå detta slags koherentism måste man inse att skepticism i allmänhet och isolationsinvändningen i synnerhet inte har någon privilegierad position utan själva måste bygga på några grunder. Skeptikern måste tävla med dogmatikern om vems påstående som har bättre stöd. I en sådan tävling har skeptikern ingen framgång.

Koherentismen är besläktad med epistemisk konservatism. Anta att vi upptäcker att vårt åsiktssystem är internt inkoherent, eller antag att vi får en ny åsikt som inte är koherent med det vi trodde tidigare. En

³⁰ Robert Alexy, Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion. I: Aarnio, Alexy, Peczenik, Rabinowicz and Wolenski, *Coherence Theory of Law*. Lund 1998: Juristförlaget, s. 41 ff.

mindre modifikation är då att föredra före en större. Konservatism är en princip om minimal ändring.³¹

10. Rättsdogmatiken och rättvisa

Den andra filosofiska ståndpunkten som harmonierar med rättsdogmatiken är teorin om rättvisa som avvägning mellan olika hänsyn.

Eftersom rättsdogmatiken innefattar värderingar kan dess hela poäng inte återges av allmän kunskapsteori. Rättsdogmatiska värderingar åsyftar ofta rättvisa. Det intressanta är emellertid att det finns också ett samband mellan koherens och rättvisa. Det finns nämligen många rättviseaspekter som med olika styrka gör sig gällande på olika rättsområden. Rättviseaspekterna bildar ett komplext nät. Rättvisa i konkret fall består i att alla relevanta aspekter beaktas. Rättens vidareutveckling i rättsdogmatiken bidrar till att inga sådana aspekter glöms bort. På så sätt gör rättsdogmatiken rätten rättvisare.

Vissa filosofiska teorier innefattar en definition av begreppet "rättvisa" eller en mer eller mindre generell teori om vad som ska anses vara rättvist. Andra utvecklar principer som bör styra ett rättvist samhälle. *John Rawls* välkända teori betonar sålunda sambandet mellan rättvisa, frihet och skydd av de sämre ställda. *Robert Nozicks* lika kända teori betonar sambandet mellan rättvisa och välförvärvade rättigheter. *Ernest Weinrib* betonar den kommutativa och korrektiva rättvisan mellan parter i privaträttsliga förhållanden. Alla sådana teorier kan emellertid kritiseras för sin ensidighet. Rättvisan kräver en avvägning mellan dessa och andra hänsyn. Det som förenar olika rättvisehänsyn är endast den s.k. formella rättviseprincipen som säger att individer som tillhör samma väsentliga kategori ska behandlas lika.³² Olika materiella principer för distributiv rättvisa, m.a.o. materiella rättviseprinciper för värdefördelning, är versioner av denna rättviseprincip. Med andra ord kan den väsentliga kategorin antingen omfatta alla individer eller definieras efter sådana egenskaper som förtjänst, utfört arbete, behov mm. Perelman³³ har sålunda omnämnt följande principer "för konkret rättvisa":

- Varje individ ska behandlas likadant som varje annan.
- Varje individ ska behandlas i proportion till sina förtjänster.
- Varje individ ska behandlas i proportion till sina arbetsprestationer.
- Varje individ ska behandlas i proportion till sina behov.
- Varje individ ska behandlas i proportion till sin status.
- Varje individ ska behandlas i proportion till sina rättsliga positioner (dvs. rättigheter, skyldigheter m.m.).

³¹ Wlodek Rabinowicz, Peczenik's Passionate Reason. I: Aarnio, Alexy, Peczenik, Rabinowicz and Wolenski, *Coherence Theory of Law*. Lund 1998: Juristförlaget, s. 23.

³² Chaim Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London 1963, s. 16.

³³ A.a. s. 6 ff.

Det går inte att samtidigt fördela samma värden i proportion till alla sådana egenskaper. Man måste därför söka en rimlig kompromiss mellan de konkurrerande ”konkreta” rättvisepinciperna. En sådan kompromiss kan kallas för billighet.³⁴ Självfallet kräver denna kompromiss en avvägning. Avvägningen måste göras om och om igen i olika konkreta rättsfall och rättsfallstyper. Varje gång som avvägning görs måste ledstjärnan vara att alla relevanta hänsyn beakta. Ur denna synvinkel framstår olika filosofers såsom Rawls, Nozicks och även rättsekonomens Richard Posners omfattande teoribyggen som modeller på respektive moralpolitiska ideologier. Vetenskapliga anspråk av sådana modeller ligger i att de är väl utarbetade. Men ingen sådan modell fångar den objektiva moralen/rättvisan vilken är, just det, ”taking all considerations”, dvs. en intuitiv sammanjämkning av olika modeller. Domaren gör en sådan sammanvägning i konkreta fall, rättsdogmatiken i falltyper och på olika rättsområden.

11. Rättsdogmatiken och ”Defeasibility”

Den tredje filosofiska ståndpunkten som harmonierar med rättsdogmatiken är teorin om ”*defeasibility*”.

Rätten utvecklas genom samspel av lagstiftningen, domstolarna och rättsdogmatiken. Rättsdogmatikens viktiga poäng är att göra rätten koherentare och rättvisare. Detta sker på olika sätt, däribland genom att rättsdogmatiken genom sin systematiserande verksamhet utarbetar ett antal generella regler, principer och läror, såsom *culparegeln*, principen *pacta sunt servanda* etc. Dessa läror är subsidiära gentemot lagstiftningen och rättspraxis. Med andra ord har lagstiftningen/rättspraxis utvecklat undantag från de av rättsdogmatiken skapade lärorna/huvudreglerna. Principen *pacta sunt servanda* är sålunda subsidiär gentemot t.ex. konsumentskyddslagen. Lagen utvecklar ett antal undantag från principen. En smula paradoxalt väcker ordet ”undantag” använt på detta sätt motstånd hos vissa positivist, medan ordet ”subsidiär” godtas utan större problem. Men båda orden syftar på ett och samma förhållande. Rättsdogmatikens alster är *defeasible*. De gäller i normala förhållanden men de kan alltid konfronteras med oförutsedda undantag. Med andra ord gäller de *pro tanto*. I tidigare skrifter har jag sagt att de gäller *prima facie* eller *ceteris paribus* (allt annat lika). Tanken var hela tiden densamma. En rättsdogmatiker har en hel del att säga men det han säger gäller bara i normala förhållanden och motiverade undantag är fullt möjliga.

Det bör tilläggas att idén om giltiga fast *defeasible* argument har formaliserats i olika system av en s.k. nonmonotonisk logik som finner bl.a. följande tillämpningar:³⁵

³⁴ Perelman a.a. s. 32 ff.

³⁵ Schurz i tidskriften *Information Philosophie* 3/99.

- *Ceteris paribus* naturlagar; t.ex. Newtons fysik bestämmer planeternas rörelser, om inte solen respektive andra stjärnor inverkar.
- Biologiska lagar etc. om självreglerande system — de gäller normalt, fast inte alltid. Annars tenderar systemet att kollapsa.
- Alla slags huvudteorier som suppleras med hjälpteorier. Poängen är att undvika den enorma komplexitet som skulle uppstå om alla undantag inkluderades i huvudteorin.
- Holism i vetenskapsfilosofiska falsifikationsteorier: poängen är att ett visst slag motargument normalt men inte alltid falsifierar teorin.
- *Prima facie* principer i moralteori.

Den normativdeskriptiva rättsdogmatiken är likaledes *defeasible*. Den systematiserar rätten och den uppställer normativa läror, principer och regler som gäller *prima facie* (eller *pro tanto*), men kan förlora mot lagstiftningen/rättspraxis som då etablerar undantag från dem. Traditionellt uttryckt är de subsidiära mot lagstiftningen/rättspraxis.

12. Pluralism och rättens objektiva värdegrund

Den fjärde filosofiska ståndpunkten som harmonierar med rättsdogmatiken är teorin om rättens gemensamma grund i pluralistiskt samhälle.

Rättsdogmatiken behöver grundvärden men filosofins kontroversiella karaktär gör det utsiktslöst att söka värdena i Guds bud och naturen. Ska juristen bygga på en värdegrund har hon inget annat val än att bygga på kulturarvet. Förvisso har vissa filosofer ansett att en övermänsklig intelligens (såsom Hercules Judge i Dworkins teori eller Ärkeängeln i Hares teori) skulle kunna bygga objektiv moral på universella, inte endast historiska grunder. Men djupfilosofiska teorier om sådana ting är omstridda. En mer praktiskt inriktad människa måste nöja sig med en approximering. Kulturarvet ger en viss upplysning om vilka värden som är ovanligt stabila och tröga. Kanske återspeglar de människans moraliska natur, kanske inte, men de är goda normativa skäl som kan uppvägas av lagen men inte motståndsfritt ignoreras. Förvisso kan man inte säga exakt vilken del av kulturarvet som är värdebärande, varför t.ex. Savigny men inte Hitler. Kulturarvet omfattar emellertid inte endast moraliska föreställningar i sak utan även kravet på att dessa måste kunna integreras i en koherent helhet. Och det har i alla tider varit lättare att prestera en koherent och omfattande motivering för det goda än att prestera en sådan motivering för det onda. Förvisso anslöt sig vissa högt betitlade akademiker till Hitler och Stalin men deras intellektuella prestationer till stöd för tyrannerna var påtagligt torftiga. Det som regimernas anhängare hade att säga var inte särskilt koherent med andra komponenter i den samtida kulturen.

Inom parentes låt mig notera att det finns en filosofisk behandling av värdenas sociala förankring. David Copp³⁶ har nämligen utvecklat två av varandra oberoende teorier, standardteorin och samhällscentreringsteorin. Standardteorin hävdar att normativa utsagor är sanna respektive falska i ljuset av vissa standarder. Standarderna är olika för olika slags utsagor. Moraliska utsagor är sanna om de standarder vilka de motsvarar är adekvat rättfärdigade. Samhällscentreringsteorin tillägger att den moraliska kod är adekvat rättfärdigad som bäst motsvarar samhällets behov. En stor del av Copps bok ägnas åt att förklara vad samhällets behov är. Det är inte säkert att sådana analyser är nödvändiga för att begripliggöra den deskriptivt normativa rättsdogmatiken. Men det är nödvändigt att en reflekterande jurist förfogar över något slag av samhällscentrerad moralteori.

Kulturarvet skänker oss emellertid en mångfald av värden i dynamiskt samspel. Ingen har förstått det bättre än Isaiah Berlin.³⁷ Det finns många inkommensurabla värden. Då de kolliderar måste man välja, men alla dessa värden är på pass objektiva att anhängare av ett värde förstår varför andra människor föredrar ett annat värde.³⁸ Rätt liknande tankar har uttryckts av Aulis Aarnio och mig själv.³⁹ *Prima facie* värdeutsagor gör anspråk på universalitet och är i princip begripliga för alla människor. Men avvägningar av dessa *prima facie* värden är relativa till en viss kultur och t.o.m. till vissa individers preferenser inom en kultur.

Å andra sedan kan värderelativiteten inte överdrivas:

There is no guarantee of reaching acceptable results, but the pressures towards objectivity and a right answer, even on the base of conflicting pluralistic values, are very strong wherever values come into practical conflict.

...

We should think of ourselves as responding to the multiplicity of values that historical traditions have presented us with, and should try to take the next step under the pressure of the search for coherence.⁴⁰

I det verkliga livet har vi att göra med en mångfald av överlappande kulturer och traditioner i ständig kommunikation inom den globaliserade marknaden, medier och Internet. I denna interaktion lär man sig vilka värdeomdömen som är ofrånkomliga, vilka som är acceptabla och vilka som inte kommer i fråga. Acceptabilitetsbedömning måste göras i den samhälleliga kontexten. Man talar alltid för ett auditori-

³⁶ David Copp, *Morality, Normativity & Society*, Oxford 1995: Oxford University Press, s. 3 ff.

³⁷ Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford 1969: Oxford University Press 1969, s. 160 ff.

³⁸ Jfr Isaiah Berlin, *On Value Pluralism*. New York Review of Books, Vol. XLV, Number 8 (1998).

³⁹ Aulis Aarnio och Aleksander Peczenik, *On Values — Universal or Relative?* *Ratio Juris* 1996, s. 321–330.

⁴⁰ Ernest Nagel, *Pluralism and Coherence. I: The Legacy of Isaiah Berlin*, Edited by Ronald Dworkin, Mark Lilla and Robert B. Silvers, New York Review of Books 2001, s. 110–111.

um. ”Beroende på situationen” kan ett sådant auditorium t.ex. bestå av landets ”medborgare, jurister, domare, forskarsamfundet eller t.o.m. en grupp, som slumpmässigt hopsamlats eller kommit samman”.⁴¹ En rationell argumentation är möjlig endast inom ett bestämt auditorium.

Idén om överlappande consensus har sedan fördjupats av Rawls⁴² men detta skedde i anslutning till Kants filosofi. Förvisso behöver en juridisk forskare inte ansluta sig till Kants och Rawls omstridda filosofiska läror. Men han måste på något sätt skilja på det acceptabla och det inte acceptabla. Med andra ord måste han utgå från att det finns grunder för acceptabilitetsbedömning och att dessa grunder är förankrade i samhället. Däremot behöver han inte precisera grundernas närmare filosofiska förankring.

I den politiska och intellektuella debatten talas det mycket om värdepluralism och rättens neutralitet mot moralen. Långt mindre talas det om vår gemensamma värdebas. Men vanligt folk bryr sig inte om politisk retorik och akademisk sofistisering. Alla vet väl att det är fel att mörda, stjäla och bedra. Men det alla utgår från är trivialt och inte spännande att tala om. Det som skiljer olika partier, ideologier och religioner ger långt bättre tidningsrubriker och långt större chans att få akademiska anslag. Så uppstår det en märklig snedvridning. Hyggligt folk talar som om de vore helt likgiltiga mot elementär anständighet. Lyckligt nog stannar det vid intellektuella samtal och påverkar inte så många handlingar.

13. Djupt rättfärdigande av juridiska doktriner — vitt reflektivt ekvilibrium, mellannivåns stabilitet och självklarheternas roll

Den femte filosofiska ståndpunkten som harmonierar med rättsdogmatiken är teorin om vitt reflektivt ekvilibrium.

Juridiska doktriner är rättfärdigade endast om de förmår anpassa lagen till rättvisans krav. Rättvisan är en komplex sammanvägning av ”all considerations”, inte bara kommutativa utan även distributiva. En väl utbyggd kunskapsteoretisk koherensteori behövs för att rättfärdiga sammanvägningen.

Det intressanta är vilka hänsyn som ska vägas samman. Det finns fyra olika nivåer med sådana hänsyn. Lagen och de etablerade rättskällorna är den ena. Moraliska intuitioner i ett konkret fall är den andra. Allmänna moralteorier, t.ex. utilitarism, kantianism och komunitarism är den tredje. Och juridikens allmänna läror är den fjärde. Alla fyra nivåerna måste sättas in i vitt reflektivt ekvilibrium. Ingen

⁴¹ Aulis Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Wien–New York 1979: Springer, s. 151; jfr bl.a. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht/Boston/Lancaster/ Tokyo 1987: Reidel, s. 221 ff.

⁴² John Rawls, 1993. *Political Liberalism*, New York 1993: Columbia University Press, s. 149 ff.

är allenarådande.⁴³ Framför allt måste ekvilibriet anpassas till gällande rättskällor. Förvisso har lagen en särställning bland dessa. Men lagen ska tolkas och den rimliga tolkningen klarar sig inte utan de återstående nivåerna. I rutinfall domineras beslutsfattande av lagtexten och rättsfallsexegesen. I svåra fall däremot måste alla fyra nivåerna beaktas för att uppnå rättvisa beslut.

Dessutom bildar juridikens allmänna läror en mellannivå inom det vida reflektiva ekvilibriet som i viss mening är stabilare än både de konkreta moraliska intuitionerna och de stora moralteorierna. Denna insikt är ny för juristerna och för moralfilosoferna, men helt naturlig i nyare vetenskapsteori. Sådana tänkare som *Susan Haack* och *Nancy Cartwright* kan nämnas som exempel på filosofer som betonar mellannivåns exceptionella stabilitet i naturvetenskapen.⁴⁴

Sedan Popper, Lakatos och Kuhn har vetenskapsteori ett stort problem med att relatera sina teorier till vetenskapens sanningsanspråk. Vetenskapliga teorier uppfattas som hypoteser som antas på prov och förkastas så snart de visar sig strida mot empiriska data. Vetenskapens historia framstår alltså som en serie av falsifierade hypoteser. Aristoteles fysik falsifierades av observationer och ersattes av Newtons teori, dennes fysik falsifierades och ersattes av Einsteins relativitetsteori. Men vad säger det om våra nuvarande vetenskapliga teorier? Kommer de inte falsifieras, förr eller senare? Om så blir fallet, hur har man över huvud taget hävda att vetenskapen formulerar sanna teorier? Haack, Cartwright m.fl. besvarar denna fråga så här. Det sanna är inte de abstrakta teorierna — dessa förblir hypoteser, precis som Popper har sagt. Men teoriernas konsekvenser på mellannivå är sanna. Det är t.ex. sant, att en bro håller en så och så mycket stor belastning. Denna sanning kan konstateras på underlag av såväl Newtons som Einsteins teorier.

Analogt förhåller det sig med moralteorierna med den skillnaden att olika allmänna teorierna inte avlöser varandra utan — vilket är ännu värre — ständigt konkurrerar med varandra. Utilitarister, kantianer, aristoteliker och kommunitarianer har sina egna sofistikerade teorier om det rätta och det goda. Tyvärr går det inte att avgöra vilken av dessa teorier som är bäst. Eftersom en jurist måste grunda det djupa rättfärdigandet av sina normativa ståndpunkter på någon morallära hamnar han i ett dilemma. Vilken lära han är väljer utsätter han sig

⁴³ Denna idé om vitt reflektivt ekvilibrium bygger på Norman Daniels vidareutveckling av John Rawls teori. Norman Daniels (*Two Approaches to Theory Acceptance in Ethics*, i: *Morality, Reason and Truth*, ed. David Copp & David Zimmerman, Ottawa 1985; Rowman and Allenheld, s. 121) har hävdad att en rationell människa försöker samordna konkreta moralomdömen, allmänna moralprinciper och olika moraliska och ickemoraliska bakgrundsteorier. I rättsvetenskapen är den tredje komponenten synnerligen omfattande och inkluderar juridikens allmänna läror.

⁴⁴ Jfr t.ex. Susan Haack, *Manifesto of a Passionate Moderate*, Chicago and London 1998: Chicago University Press, and Nancy Cartwright, *The Dappled World. A Study of the Boundaries of Science*, Cambridge 1999.

för motståndarnas kritik. Samtidigt är den värdenihilistiska ”lösningen” ännu värre, eftersom den innebär, att det inte finns någon möjlighet att rationellt rättfärdiga juridiska värderingar över huvud taget. Det verkar följaktligen så att rättsdogmatiken har att välja mellan pest och kolera. ”Pesten” innebär att rättfärdigandets grundvalar består av en getingbo med grälände filosofier, ”koleran” av att det inte finns några grundvalar alls för rättens och rättsdogmatikens normativa kraft.

För att undgå detta dilemma kan man emellertid bygga på vitt reflektivt ekvilibrium med juridiska läror som den mest stabila komponenten. Den rätta rättsvetenskapliga ståndpunkten är den som följer av ett sådant ekvilibrium, inte den som följer av någon abstrakt moralteori.

En annan intressant observation är att juridikens allmänna läror är uppbyggda kring oemotsägliga självklarheter, såsom ”skada ska ersättas”, ”avtal ska hållas”, ”man ska inte svara för det att man hade otur” etc. Sofistikerade juridiska läror försöker precisera sådana självklarheter. Preciseringarna är förvisso omstridda men inte självklarheterna själva. Man strider sålunda, om adekvans ska definieras enligt det vad en *vir optimus* kunde förutse, eller enligt skadans sannolikhet, eller enligt skadans ”avlägsenhet” gentemot skadevällarens handling, eller kanske efter skadeståndsrättens allmänna ändamål. Men det är ostriktigt att inte ens en vårdslös person ska svara för vad som helst, som oturligt orsakats av hans handling.

Även filosofiska moralteorier är uppbyggda kring självklarheter. Den berömda moralfilosofen, *Michael Smith* anser att självklarheterna omringar våra moraliska begrepp. Något ligger i att man inte ska tillfoga onödigt lidande, att man inte ska tillskansa sig omotiverade privilegier, att det är bra att befrämja samhällsnyttan osv.

Smiths slutsatser är rätt radikala. Självklarheterna — vilka han kallar ”platitudes” — är det mest stabila i moralteori. De får inte ignoreras om man vill tala moralens språk.⁴⁵ Filosoferna försöker precisera självklarheterna och då kommer de fram till sofistikerade teorier, vilka emellertid är ofrånkomligt omstridda. Detsamma händer med juridikens allmänna läror. Men ändå: Finns det inte en större chans att alla jurister enar sig om någon *culpateori* — låt det vara inte en helt exakt sådan — än att vi alla blir utilitarister, eller att vi alla blir kantianer, eller att vi alla blir kommunitarianer?

14. Rättsdogmatiken och rättspositivism

Genom att betona de juridiska lärorens stabilitet och moralfilosofins kontroversiella natur närmar vi oss frågan om rättspositivism. Om juridiska läror är pålitligare än moraliska sådana kan det inte sägas att rätten är pålitligare än moralen över huvud taget? Ska då inte rätten skiljas från moralen, precis som rättspositivisterna anser?

⁴⁵ Jfr Michael Smith, *The Moral Problem*, Oxford 1994: Blackwell, s. 32.

Moderna jurister attraheras ofta av rättspositivismen. Rättspositivismen avvisar tanken på att rättsreglernas giltighet och bindande kraft är beroende av sambandet med några etiska eller andra utomrättsliga normer. Enligt till exempel Bentham och Austin är rättsreglerna suveränens befallningar. Suveränen utgjordes av de faktiskt åttlydda makthavarna, kungen, lorderna och underhuset. Deras lagar vann respekt därför att den som bröt mot dem i regel blev straffad. Egentligen är det en gammal idé. Rätten är det som behagar kejsaren: *Quod principi placuit, legis habet vigorem*. (Dig. 1, 4, 1 pr., Ulpianus).

En intressant fråga är om ett slags rättspositivism inte förutsätts av all rättsdogmatik. Enligt Aulis Aarnio är den juridiska argumentationens grundantaganden (dvs. dess "ramverk") följande⁴⁶:

1) Gällande rätt. Den juridiska argumentationen baserar sig på gällande rätt. Gällande rätt utgör sålunda juridikens forskningsobjekt.

2) Rättskällor. Det finns vissa rättskällor som etablerats i samhället och antingen är bindande eller äger stor auktoritet. Varje rättslig tolkning måste basera sig på någon rättskälla.

3) Argumentationsnormer. Den juridiska argumentationen styrs och bör styras av vissa argumentationsnormer. Dessa bestämmer juridikens arbetsmetod. Om en jurist inte följer sådana normer är hans tolkning inte rättslig fast den kan vara intressant ur någon annan synvinkel.

4) Rättssäkerhet. Juristerna strävar efter rättssäkerhet och rättvisa, de utgår från att de juridiska slutsatserna bör vara i hög grad förutsebara och i hög grad etiskt godtagbara.

Tvingar inte juristens förutsatta uppfattning om gällande rätt, rättskällor, juridisk argumentation och rättssäkerhet till "skilsmässa mellan rätten och moralen"?

Utan tvekan är rättspositivismen en korrekt uppfattning när det gäller att i ett normalt samhälle juridiskt besvara frågan om en rättsregel ska följas. Ingen nordisk jurist fördjupar sig dagligen i moralteoriens frågeställningar. Att en lag ska följas tas normalt för givet. Rättspositivismen har emellertid fel när det gäller att besvara frågan om rätten ska följas i ett samhälle utsatt för en extremt oetisk maktutövning. Då en nazistisk förordning av 1941 berövade judar tyskt medborgarskap kunde sålunda en tysk jurist korrekt konstatera att denna förordning tillkom i behörig ordning, nämligen i överensstämmelse med den tyska grundlagen. Om bedömningen helt rensades från etiska synpunkter var sålunda förordningen att anse som juridiskt bindande, dvs. som en sådan som ska följas. Ändå kunde juristen anföra etiska skäl för att ifrågasätta den rättsliga — inte bara den moraliska — skyldigheten att följa förordningen. Sådana exempel visar att

⁴⁶ Aulis Aarnio, *Reason and Authority, A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Ashgate 1997, s. 82.

skilsmässan mellan rätten och moralen inte är absolut. Moralens tränger sig i juristens värld så snart han tvingas att lämna den trygga vardagen och fundera på den bindande rättens djupare grund. Moralens spelar en stor roll också då lagen tolkas i svåra fall och juristen möter "defeasibility" — se ovan. Undantag från annars gällande rättsregler kan endast motiveras med hänsyn till avvägningar och dessa har en moralisk dimension.

I denna kontext måste även *Kaarlo Tuoris* teori beaktas⁴⁷ som finner den rättsliga normativitetens bas i rättens djupstruktur, inte i moralen. Tuori skiljer på rättens tre nivåer. Rättens ytstruktur omfattar bl.a. lagar och rättspraxis, rättskulturen omfattar bl.a. juridikens allmänna läror och djupstrukturen omfattar fundamentala antaganden. Djupstrukturen omfattar element som är gamla, globala eller både gamla och globala. Till dels består den av juristens tysta kunskap, som förutsätts i all juridik. Enligt Tuori är djupstrukturen stabilare i tiden generellare i rummet än rättskulturen medan den sistnämnda är stabilare och generellare än rättens ytstruktur. Tuori har behandlat olika relationer mellan rättens nivåer, nämligen

- sedimentation;
- konstitution;
- specifikation;
- limitation;
- rättfärdigande; och
- kritik.

Tuoris teori är i princip förenlig med min egen uppfattning som presenterats ovan. Den viktigaste skillnaden är att jag — i motsats till Tuori — uppfattar rättens djupstruktur som en del av samhällets moral, inte som en del av positiv rätt. Denna skillnad har inte bara terminologisk karaktär. Genom att betona att all moral har social karaktär kan jag uppfatta djupstrukturen som moralisk, trots att den innefattar sederterade delar av rätten. Å andra sidan kan en tänkare som anser att moralen är universell, inte grundat på samhälle utan på individens rationella insikter, inte uppfatta dessa sederterade delar som tillhörande moralen. Jag skulle tolka skillnaden mellan Tuoris och min teori som en skillnad mellan en i grunden liberal och i grunden socialkonservativ uppfattning. En liberal tänker ut sina principer bakom en "okunnighetsslöja" (jfr John Rawls berömda teori) dvs. med bortseende från sin egen position i samhället och utgår från att de liberala principerna skulle accepteras av alla vettiga människor, bara de inte påverkades av egennytta. En konservativ — och för övrigt också en socialist av skandinaviskt snitt — tror inte så mycket på det abstrakta förnuftet. Okunnighet om eget samhälle skulle inte leda till objektiv-

⁴⁷ Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism*, Ashgate 2002.

tet utan endast till mera okunnighet. All moral är och måste vara samhällscentrerad.

Om den socialkonservativa moralteorin är rätt finns det ingen artskillnad mellan rättens (sociala) djupstruktur och moralen. Båda är sociala. Om den liberala moralteorin är rätt måste rättens djupstruktur hållas åtskild från moralen. Skillnaden mellan Tuoris teori och min egen ligger alltså på moralteoretiskt plan, medan ingenting väsentligt skiljer de respektive teorierna på den juridiska argumentationens område.

En annan skillnad är att Tuori medvetet bygger på filosofiska uppfattningar, huvudsakligen på Jürgen Habermas och Michel Foucaults teorier. Med all respekt anser jag inte att denna filosofiska beroendeställning är lyckad. Ty Habermas och Foucault kommer obönhörligen att dela andra filosofers öde och förbli omstridda offer för skiftande intellektuell mode. Tuoris insikter i juridikens metod är emellertid riktiga helt oberoende av vad påfåglarna och papegojorna har att säga för stunden. De är stabilare än filosofiska teorier. Så är rättsdogmatiken, om den bara vågar behålla sin rätta identitet.