

NORSTEDTS
JURIDIK

Juridikens teori och metod

Aleksander Peczenik

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

eISBN: 9789198649727

ISBN: 9138504510 (originalutgåva i tryck)

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.108>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.
(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

Juridikbokse

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

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

Villkoren för tillståndet är:

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

Se även information på

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

NORSTEDTS
JURIDIK

JURIDIKENS TEORI OCH METOD

ALEKSANDER PECZENIK

Juridikens teori och metod

En introduktion till allmän rättslära

FRITZES

Norstedts Juridik ingår i Fritzes Förlag AB

Adress till förlaget:

Fritzes Förlag AB, Box 6472, 113 82 Stockholm

Telefax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00

Beställningar:

Fritzes kundtjänst, 106 47 Stockholm

Telefax 08-20 50 21, telefon 08-690 90 90

Juridikens teori och metod

Aleksander Peczenik

Upplaga 1:1

ISBN 91-38-50451-0

© 1995 författaren och Fritzes Förlag AB

Tryck: Graphic Systems, Göteborg 1995

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

Förord

Förevarande lärobok utgör ett utdrag ur *Vad är rätt? Om demokrati, rätts-säkerhet, etik och juridisk argumentation* (Stockholm 1995, Norstedts). Referenser till den beaktade vetenskapliga litteraturen finns i det sist-nämnda arbetet.

Jag tackar alla som varit vänliga att kommentera manuskriptet till denna framställning. Särskilt tack vill jag rikta till Gunnar Bergholtz, Christian Dahlman, Joakim Nergelius och Roland Schött.

Lund i maj 1995

Aleksander Peczenik

Innehåll

INLEDNING – DEN ALLMÄNNA RÄTTSLÄRAN 9

I KAP. RÄTTSSÄKERHETEN 11

- 1.1 Rättsstaten 11
- 1.2 Rättsstaten och etiken 12
- 1.3 Rätten och demokratin 14

2 KAP. RÄTTEN 17

- 2.1 Teorier om gällande rätt. Inledning 17
- 2.2 Rättspositivismen 19
- 2.3 Rätt och etik – om naturrättsläran 21
- 2.4 De klassiska lärornas otillräcklighet 22
- 2.5 Intern giltighet 24
- 2.6 Extern giltighet 26
- 2.7 Juridisk avvägningslära 28

3 KAP. RÄTTSKÄLLOR 29

- 3.1 Juridisk relevans 29
- 3.2 Olika juridiska roller 31
- 3.3 Rättskälleläran 35
- 3.4 Prejudikat 37
- 3.5 Förarbeten 40
- 3.6 Doktrin 42
- 3.7 Lösning av kollisioner mellan rättsnormer 44

4 KAP. ARGUMENTATIONEN 46

- 4.1 Lagtolkning i svåra fall 46
- 4.2 Lagtolkningsmetoder 50
- 4.3 Reducerande, restriktiv, extensiv och analogisk tolkning 51
- 4.4 Analogislut 52

8 *Innehåll*

- 4.5 Teleologisk lagtolkning 56
- 4.6 Den juridiska sammanvägningsmetoden 59

5 KAP. ETIKEN 60

- 5.1 Frågan om juridiska värderingar kan vara riktiga 60
- 5.2 Olika värdeteorier och etiska läror 61
- 5.3 Uppsalaskolan 62
- 5.4 Moderna etiska läror – Hares utilitarism 65
- 5.5 Moderna etiska läror – rättvise- och rättighetsläror 67
- 5.6 Moderna etiska läror – gemenskapsetiken 70
- 5.7 *Prima facie*-värden och värdeprinciper 72
- 5.8 Slutgiltiga norm- och värdesatser 79

6 KAP. RÄTTEN OCH ETIKEN 82

- 6.1 Den etiska *prima facie*-skyldigheten att följa lagen 82
- 6.2 Etiska skyldigheter och rättsliga roller 84

7 KAP. SAMMANHANGET 86

- 7.1 Inledande anmärkningar om domens motivering 86
- 7.2 Sammanhängande motivering – den filosofiska bakgrunden 86
- 7.3 Vissa kännetecken på sammanhängande motivering 87
- 7.4 Koherens i tiden 89
- 7.5 Rationell debatt 91

8 KAP. DET ENDA RÄTTA SVARET? 92

- 8.1 Dworkins teori 92
- 8.2 Tesen om ett enda rätt svar 92
- 8.3 Ojämförbarhet 93
- 8.4 Sammanhang, riktighet och sanning 93

RÄTTSFALLSREGISTER 95

SAKREGISTER 96

Inledning – den allmänna rättsläran

Den allmänna rättslärans centrala del utgör en vetenskap *om* rättsdogmatiken och rättstillämpningen. Den liknar vetenskapsteori, och »bor» så at säga i våningen ovanför den vanliga rättsvetenskapen – rättsdogmatiken. Den rättsteoretiska forskningsmetoden är därmed inte juridisk i ordets vanliga betydelse, utan artemogen och besläktad med filosofin.

Huvuddelen av den allmänna rättsläran omfattar följande:

1) En *beskrivning* av den juridiska metoden. Man försöker ge en ordnad och omfattande beskrivning av följande forskningsföremål:

- olika juridiska roller och motsvarande argumentationstyper, däribland rättsdogmatisk argumentation, domsmotivering och parternas argumentation;
- juridikens uppgifter, sådana som rättsdogmatisk begreppsanalys, systematisk framställning av gällande rätt, lagtolkning, rättsfallstolkning m.m.;
- juridiska argument, såsom analogislut och motsatsslut;
- juridikens arbetsmetoder, t.ex. bokstavstolkning, ändamålstolkning och historisk tolkning.

2) En *analys* av juridiska grundbegrepp, såsom »gällande rätt», dvs. en beskrivning och precisering av dessa begrepp och deras förhållande till andra begrepp.

3) En *utvärdering* av dessa uppgifter, argument, arbetsmetoder och begrepp. Man försöker t.ex. besvara frågan om vad det bör innebära att en viss lagtolkning eller rättstillämpning är riktig och korrekt.

4) *Förbättringsförslag* angående dessa uppgifter, argument, arbetsmetoder och begrepp. Man försöker t.ex. besvara frågan hur den rättsdogmatiska lagtolkningen kan göras mer sammanhängande, saklig och följaktligen rationell.

5) *Rättsfilosofiska* synpunkter, nödvändiga för utvärderingen och förbättringsförslagen. För att besvara frågan huruvida en lagtolkning bör anses vara riktig måste man t.ex. fördjupa sig i sådana frågeställningar som »vad menas med riktighet?», »hur förhåller sig det juridiskt riktiga till olika krav på sammanhängande motivering, rationalitet och sanning?» m.m.

1 kap. Rättssäkerheten

1.1 *Rättsstaten*

FRÅGAN OM RÄTTENS LEGITIMITET

I ett väl fungerande samhälle har rättsordningen en hög *legitimitet*. Begreppet »legitimitet» används visserligen i olika betydelser och sammanhang. I sin huvudbetydelse innebär begreppet emellertid att normerna, institutionerna och fattade beslut godtas av medborgarna.

Rätten är legitim i den mån den kan förankras i

- rättsstaten, som skapar rättssäkerhet och likhet inför lagen; och
- demokratin, som ger folket inflytande på maktutövningen och garanterar vissa grundläggande rättigheter.

RÄTTSSTATEN OCH FORMELL RÄTTSSÄKERHET

Det är typiskt för *rättsstaten* att en medborgare åtnjuter rättsligt skydd både mot enskilda och mot staten. Den offentliga makten utövas inom en rättslig ram. Maktutövningen i en rättsstat uppvisar följaktligen en hög grad av förutsebarhet. Det föreligger med andra ord en hög grad av *formell rättssäkerhet*.

VISSA FAKTORER SOM FRÄMJAR RÄTTSSÄKERHETEN

Vid i övrigt oförändrade omständigheter är rättssäkerheten desto bättre

- ju exaktare rättsreglerna är;
- ju bättre dessa regler återspeglar idealet om likhet inför lagen;
- ju långsammare reglernas förändringstakt är;
- ju fler statliga beslut som bestäms av sådana regler;
- ju öppnare rättsreglernas innehåll och rättstillämpningspraxis är för allmänhetens insyn;
- ju större den oavhängighet är som domstolarna åtnjuter;
- ju effektivare det ansvar är som åvilar makthavarna; och till sist
- ju bättre den juridiska argumentation som stöder rättsreglernas tolkning och tillämpning är.

1.2 *Rättsstaten och etiken*

MATERIELL RÄTTSSÄKERHET

Rättsstats- och rättssäkerhetsbegreppet har karakteriserats ovan på ett »formellt» sätt, dvs. utan hänsyn till frågan om etisk godtagbarhet. Rättsstatens normsystem är emellertid *inte* fullt legitimt om det genomsyras av stora orättvisor.

Visserligen bör rättskipning och myndighetsutövning i en rättsstat vara förutsebar med stöd av rättsreglerna, men förutsebarheten måste vägas samman med andra etiska värden. *Materiell* rättssäkerhet är avvägningens resultat.

Rättskipning och myndighetsutövning i en demokratisk rättsstat måste sålunda underkastas en fullständigare (*materiell*) rättssäkerhetsnorm: Beslut som innebär rättskipning eller myndighetsutövning bör vara rimligt förutsebara med stöd av lagen och förenliga med ett hänsynstagande till andra etiska värden.

I vissa fall kan en ökning av den i lagen förankrade förutsebarheten leda till ett minskat beaktande av andra etiska värden. En mycket exakt lagstiftning om t.ex. otillbörliga avtalsvillkor skulle kunna vara orättvis (och i denna mening oetisk).

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

ETIK I VIDSTRÄCKT BEMÄRKELSE

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

DEN HISTORISKA BAKGRUNDEN

Juridikens historiska utveckling har gett lagtolkaren otaliga medel som kan användas för att mildra lagens orättvisor.

Detta faktum har man insett sedan antiken. I den romerska republiken anpassades sålunda den ursprungligen primitiva civilrätten till rättvisans krav, genom att

pretorn kunde befalla domaren att döma som om ett i *ius civile* föreskrivet faktum förelåg, fast så inte var fallet. Så småningom utvecklade pretorerna i nära kontakt med praxis ett helt nytt rättssystem. Rättvisebedömningen i konkreta fall utvecklades således till ett antal rättsregler. En delvis liknande utveckling skedde i England under medeltiden. I Sverige sattes många etiska grundvärden på pränt av Olaus Petri vars berömda domarregler även i dag brukar återges i lagboken.

ARBETSDELNING MELLAN LAGSTIFTNING OCH RÄTTSPRAXIS

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

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

DOMSTOLARNAS ROLL I ETT DYNAMISKT SAMHÄLLE

Samhället förändras dessutom i allt snabbare takt och dess struktur blir alltmer komplicerad. Om rätten inte anpassas till förändrade förhållanden, blir den en utvecklingens broms. Ju mer dynamisk samhällsutvecklingen är, desto större flexibilitet krävs av rättssystemet. Men varför anpassas lagarna till »livets» och rättvisans krav genom tolkning i rättspraxis, inte enbart genom kontinuerliga lagändringar?

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

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

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

MATERIELL RÄTTSSÄKERHET SOM JURIDIKENS
ÖVERGRIPANDE MÅL

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

1.3 *Rätten och demokratin*

FOLKSTYRE OCH FOLKVILJAN

Demokrati har ofta motiverats i anslutning till begreppen »folkvilja», »folksuveränitet» osv. *Folkstyre* är demokratins övergripande idé.

VARFÖR DEMOKRATI?

Demokrati kan motiveras med stöd av flera olika *värden*.

Demokrati är en politisk approximation av den sammanvägning av människornas *preferenser* som ofta anses vara etikens kärna. Man bör nämligen handla i enlighet med en preferensordning som beaktar vad andra personer vill, hur många personer det rör sig om och hur starka deras preferenser är (jfr avsnitt 5.4 nedan). Preferensernas styrka och varaktighet kan visserligen inte mätas exakt. Därför kan den inte heller beaktas av vallagarna. Ändå slår den igenom i det politiska livet: de envisa gör sig hörda och blir opinionsbildare. På så sätt uppstår en »*polyarki*»: alla aktiva grupper kan göra sig hörda på olika stadier av beslutsprocessen.

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

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

Ett demokratiskt statsskick återspeglar medborgarnas *politiska frihet*. Regeringens sammansättning i en demokratisk stat måste direkt eller indirekt bestämmas av periodiskt återkommande fria val. Det demokratiska statsskicket gör det dessutom möjligt för politikerna att fritt konkurrera på »val-marknaden».

Slutligen kan demokrati rättfärdigas i anslutning till flera andra viktiga och allmänt godkända grundvärden såsom *jämlikhet* och *solidaritet* (»bro-

derskap»). Solidaritet skapar *trygghet*. Det kan även hävdas att demokrati innebär en *rättvis beslutsprocedur*.

TILLRÄCKLIGA VILLKOR FÖR DEMOKRATI

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

Dessa kännetecken är följande:

- politiska majoritetsbeslut,
- de politiska befattningshavarnas skyldighet att slå vakt om medborgarnas gemensamma intressen och sammanjämka viktiga särintressen,
- medborgarnas omfattande deltagande i politiken,
- fri åsiktsbildning,
- fri tillgång till politisk information,
- vissa andra fri- och rättigheter,
- medborgarnas kontroll över politiska beslut och inte minst
- alla de omständigheter som befämjar rättssäkerhet och rättsstatsidealets förverkligande – se avsnitt 1.1 ovan om exakta rättsregler, oavhängiga domstolar, en förutsebar och etisk rättspraxis osv.

En stat är sålunda mer eller mindre demokratisk beroende på i vilken utsträckning olika demokrativärden förverkligas.

MAJORITETSBESLUT – NÖDVÄNDIGA MEN INTE TILLRÄCKLIGA FÖR DEMOKRATI

Ett viktigt kännetecken på demokrati är sålunda att olika slags offentliga beslut följer flertalets uppfattning. Riksdagens ledamöter, kommunfullmäktige m.fl. tillsätts efter val som i viss mån återspeglar väljarmajoritetens åsikter och de förtroendevalda fattar beslut efter majoritetsomröstningar.

Majoritetsbeslut är emellertid inte något *tillräckligt villkor* för demokrati. Demokrati får »inte identifieras med flertalsstyre och kollektiva beslutsprocesser» (jfr SOU 1990:44 s. 15). Om t.ex. hutu-majoriteten vinner valet i Rwanda får den inte för den skull förtrycka tutsi-minoriteten. Vidare kan fria val enligt majoritetsprincipen missbrukas av de valda. Adolf Hitlers karriär är ett lärorikt exempel. Därför måste krav på demokratisk legitimitet gälla inte blott maktens ursprung utan även fortlöpande maktutövning.

FRI- OCH RÄTTIGHETER

Hänsynen till grundläggande fri- och rättigheter är följaktligen den viktigaste begränsningen av majoritetsstyret.

Det finns olika mer eller mindre etablerade listor av fri- och rättigheterna, jfr t.ex. kap. 2 Regeringsformen och Europakonventionen om mänskliga rättigheter.

FRI ÅSIKTSBILDNING

Sist men inte minst: demokratin bygger på fri åsiktsbildning (jfr 1 kap. 1 § 2 st. och 2 kap. 12 § 2 st. regeringsformen). Medborgarna måste få fritt uttrycka sina åsikter och arbeta för deras förverkligande.

Den berömde tyske sociologen *Jürgen Habermas* utgår sålunda från en »demokratiprincip» som bestämmer att rättsreglerna är legitima endast om de skulle accepteras

- av alla rättssubjekt
- i en rättslig normskapande procedur som uppfyller vissa krav på en *rationell debatt* (»diskurs«).

SLUTSATSEN

Rättsstatsidealet kräver förnuftig rättskipning, inte någon blind laglydnad. Demokratiidealet kräver rationell politisk debatt, inte majoritetens diktatur. Således kommer domstolars och andra myndigheters legitimitet i en demokratisk rättsstat att bero av god och utförlig rättslig argumentering som övertygar de av avgörandena berörda. En stor del av den kommande framställningen har just som sin uppgift att utveckla metoden för en sådan juridisk argumentation.

2 kap. Rätten

2.1 *Teorier om gällande rätt. Inledning*

SAMBAND MED RÄTTSBEGREPPET »GÄLLANDE RÄTT»

Legitimitetsfrågan har ett visst samband med själva rättsbegreppet. Analysen av »gällande rätt» hör till den allmänna rättslärans klassiska problem. Ändå finns det inte någon allmänt erkänd teori avseende detta begrepp. Det problematiska ligger bl.a. i att begreppet »gällande rätt» på en och samma gång har både en teoretisk och en praktisk mening.

Den förra innebär att varje gällande rättsregel uppvisar några kännetecken – t.ex. ett slags effektivitet – och att dessa kännetecken kan konstateras objektivt, utan utnyttjande av värdeomdömen.

Begreppets praktiska mening innebär något annat, nämligen att en gällande regel är bindande: När en person säger »den här regeln är gällande» kan han därmed mena, att regeln *skall följas*. Men *varför* skall rättsreglerna följas?

Många förespråkare för *naturrättsläran* anser att den »positiva» rätten, som är given av den styrande makten, är »verkligen gällande» eller »bindande» endast om den stämmer överens med *naturrätten*.

Rättspositivismen utgår likaledes från att rätten är gällande och bindande, den bör följas. Samtidigt avvisar rättspositivisterna tanken på att rättsreglernas giltighet och bindande kraft är beroende av sambandet med några etiska eller andra utomrättsliga normer.

Den s.k. *rättsrealismen* avfärdar alla läror om rättens bindande kraft som ovetenskapliga.

BEHÖVS DET NÅGON TEORI OM BEGREPPET »GÄLLANDE RÄTT»?

Läsaren kan förvisso protestera och uppfatta det ovan sagda som onödigt tillkrånglat. Förvisso behövs inga abstrakta funderingar för att finna gällande rätt. Under sin studietid och framför allt i sin praktiska verksamhet skaffar sig varje jurist en bibliografisk kunskap om gällande rättsregler.

Han lär sig bl.a. att lagen är bindande, att prejudikaten och förarbetena bör vägleda lagtolkning osv.

Varför behövs då en abstrakt teori om gällande rätt?

- Juristen är inte endast en handlingsmänniska utan även intellektuell. Som sådan kan han bli nyfiken. Finns det något bakom lagboken, prejudikatsamlingarna och förarbetena som gör dem gällande? Och vad *menas* med »gällande»?
- I vissa fall möter varje medborgare en besvärlig fråga angående rättens *bristande legitimitet*. Ett lands lagbok kan genomsyras av så förkastliga värderingar som Hitlers eller Pol Pots. Måste dess rättsliga giltighet erkännas? Skall den då följas?

ETT »RÄTTSREALISTISKT» LÖSNINGSFÖRSÖK: ALF ROSS' PROGNOSTEORI

Gällande rätt kan sålunda inte likställas med lagbokens innehåll. En annan teori är vid första påseendet mer löftesrik och nästan lika enkel. Är inte gällande rätt detsamma som de regler domstolarna tillämpar?

Denna idé utgör utgångspunkt för den kände danske juristen *Alf Ross'* teori om gällande rätt. Men nya lagar gäller omedelbart, även om de tillämpas med en viss fördröjning.

Antag att en lag träder i kraft fr.o.m. 1 januari 1996. Den är alltså gällande redan på nyårsdagen, fast domstolen är stängd och öppnas något senare.

Ross har därför utvecklat en »prognosteori»: Ett rättsvetenskapligt påstående om att en viss regel är gällande är i överensstämmelse med sin verkliga innebörd en förutsägelse om, att normen kommer att utgöra en väsentlig del av framtida motiveringar av domar och andra rättsliga avgöranden. Det blir med andra ord fråga om en prognos om hur domstolen kommer att döma.

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

Prognosteorin kan emellertid *kritiseras*. Den av Ross föreslagna rättsvetenskapen är värdelös för domaren. För denne är det inte viktigt att få kunskap om sociologernas prognos angående frågan hur han faktiskt kommer att bete sig, utan det för honom viktiga är att få ett direktiv om

hur han *bör* avgöra problemet. Ross' teori skapar därmed en oöverstiglig klyfta mellan rättsvetenskap och rättspraxis.

Det finns även risk för minst två cirkelslut. En rättsvetenskapsman utför i regel inga rättssociologiska undersökningar om sannolikheten för ett orsakssamband mellan rättsreglerna och domstolsbesluten. I stället bygger prognosen på gällande rätt. Lagen kommer att tillämpas av domstolar emedan den gäller. Hur kan det då vara på det viset att den gäller emedan den kommer att tillämpas?

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

Ross var medveten om att detta var ett cirkelresonemang. Han var därför tvungen att göra komplicerade tillägg till sin teori. De civilrättsliga, processrättsliga och statsrättsliga reglerna bildar enligt Ross en sammanhängande helhet, en »över-individuell gemensam ideologi». Deras karaktär av gällande rätt bevisas då på en och samma gång, men det är inte klart hur.

2.2 Rättspositivismen

HANS KELSENS »RENA RÄTTSLÄRA»

En av de mest fulländade *rättspositivistiska* lärorna har skapats av den berömda österrikiske rättsfilosofen *Hans Kelsen*.

Kelsens mål var en s.k. »ren rättslära» som undersöker rättsnormer och ingenting annat. Den säger endast vad som enligt gällande rätt bör göras, inte vad som faktiskt förekommer. Den kelsenska lärans »renhet» innebär även att den *rensats från etiska inslag*. Rättsordningens giltighet är enligt Kelsen helt oberoende av etiken.

Kelsen uppfattar rätten som en »byggnad» med olika nivåer eller »avsatser». En given norm är rättsligen gällande – och skall sålunda följas ur en juridisk synvinkel – om den skapats i överensstämmelse med regler av högre dignitet. Men de högsta rättsnormerna, som finns i författningen (grundlagarna), kan inte ärva sin giltighet från ännu högre rättsnormer eftersom inga sådana finns.

Samtidigt konstaterar Kelsen att gällande rättsregler är i stort sett effektiva, dvs. de följs och tillämpas inom en given maktutövningsorganisation. Härmed upphöjs effektiviteten till den rättsliga giltighetens *nödvändiga* betingelse.

Denna betingelse är emellertid *inte tillräcklig*. Man kan inte betrakta t.ex. maffians »rättsordning» som gällande rätt, hur effektiv maffians maktutövning än må vara. Den rättsliga giltigheten är en normativ egen-skap och således inte identisk med den faktiska effektiviteten.

Enligt Kelsen utgår varje jurist från en s.k. *grundnorm* som bestämmer att författningen *skall* följas och tillämpas. Endast om grundnormen förut-sätts, kan författningen kännas igen som *bindande* rättsnormer. Grund-normen är själv inte rättsligt gällande, eftersom den inte tillkommit i rättsenlig ordning. Den är emellertid *förutsatt* i juridisk argumentation. Vi anser nog alla att författningen skall efterlevas; grundnormen säger precis detsamma: att den skall efterlevas.

HERBERT HARTS RÄTTSTEORI

Den engelske rättsteoretikern *Herbert L. A. Harts* lära är mycket berömd och inflytelserik i den engelskspråkiga världen. Den är emellertid inte särskilt självständig i förhållande till Kelsens tidigare teori.

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

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

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

Igenkännings- och erkännanderegeln formuleras sällan explicit som en regel. Oftast visar sig dess existens i det sätt på vilket enskilda regler identifieras av domstolar, andra myndigheter, privatpersoner eller deras rådgivare. Igenkännings- och erkännanderegeln bestämmer t.ex. att gäl-lande lag kan identifieras genom förekomsten i Svensk författningssam-ling.

Igenkännings- och erkännanderegeln kan uppfattas som ganska lik Kelsens grundnorm.

DEN INSTITUTIONELLA RÄTTSPPOSITIVISMEN

En senare version av rättspositivismen har utarbetats av skotten *Neil MacCormick* och österrikaren *Ota Weinberger*. I motsats till naturrättsföretädarna och i likhet med såväl Kelsen som Hart hävdar MacCormick och Weinberger att rätten är begreppsligt oberoende av etiken. Rättsnormers giltighet beror inte på lagtolkarens moralvärderingar. Den positiva rätten omfattar emellertid enligt MacCormick och Weinberger inte endast lagregler och prejudikat utan även de i samhället godkända ändamål och principer som ligger till grund för dessa. Den positiva rätten har således enligt de institutionella rättspositivisterna fler komponenter än enligt Kelsen och Hart.

2.3 *Rätt och etik – om naturrättsläran*NATURRÄTTSLÄRAN OCH FRÅGAN VARFÖR RÄTTEN BÖR
FÖLJAS

Rättspositivisterna har inte besvarat frågan om den rättsliga giltighetens yttersta grund. I stället har de utmönstrat denna fråga ur rättsteorin. Anta t.ex. att följande fråga ställs: Visst har juristerna en disposition att ta för givet att författningen skall efterlevas, men *skall* den för den skull »verkligt» efterlevas? I såväl domstolspraxis som vardaglig juridik är denna fråga meningslös, eftersom svaret tas för givet. Men försöker man på ett mer djupgående sätt rättfärdiga (motivera, legitimera) den juridiska argumentationen, är frågan nog så meningsfull. Därför kommer naturrätten ständigt tillbaka, trots att den gång på gång dödförklarats av rättsfilosoferna.

Men vad menas med naturrätten?

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

- Naturrätten omfattar särskilt viktiga etiska normer.
- Vidare framställs naturrättens normer i regel med anspråk på universell giltighet i tid och rum.
- Naturrättens normer kan dessutom motiveras med stöd av påståenden om människans natur.

NATURRÄTTSLÄRAN OCH SAMHÄLLSFÖRDRAGET

Olika samhällsfördragsteorier bildar ett permanent inslag i rättsfilosofins historia. För Hugo Grotius, t.ex., var grundsatsen att avtal skall hållas

(*pacta sunt servanda*) den viktigaste naturrättsliga principen. Dessutom hade varje människa den naturliga rättigheten till sitt *suum*, dvs. sitt liv, sin kropp, sitt goda rykte, sin ära och sin handlingsfrihet. De människor som levde i det ursprungliga »naturtillståndet» avstod genom ett samhällsfördrag en del av sitt *suum* till härskaren. Dennes kompetens att stifta bindande lag grundade sig således på den »uppenbara» föreställningen om *suum* och på den likaledes »uppenbara» principen *pacta sunt servanda*.

NATURRÄTTSLÄRANS PÅNYTTFÖDELSE

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

2.4 *De klassiska lärornas otillräcklighet*

NATURRÄTTSLÄRANS PROBLEM

Naturrättsläran lider emellertid av svåra brister.

Obestämt innehåll. Kunskapen om människans natur är alltför begränsad för att kunna bestämma en detaljrik naturrätt.

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

Åtskilliga argument talar därför för en positivistisk, »värderingsfri» bestämning av begreppet »gällande rätt». De kan emellertid bemötas med viktiga *motskäl*. Ett förnuftigt val mellan en positivistisk och en icke-positivistisk rättsteori beror följaktligen på avvägning mellan dessa skäl och motskäl.

SPRÅKBRUKSARGUMENTET

Rättspositivismens ståndpunkt är språkligt sett naturlig när målet är att beskriva enskilda rättsregler ur *en utomstående lekman* (*iakttagares*) »*externa*» *synvinkel*. En sådan lekman tvivlar inte på att en stiftad lag som tillämpas av domstolar är gällande rätt. Då en nazistisk förordning av 1941 berövade judar tyskt medborgarskap kunde sålunda en utländsk iakttagare, exempelvis en svensk journalist, korrekt konstatera att judarna förlorat sitt medborgarskap *enligt den i Tyskland gällande rätten*. Den tyska rätten fastställdes då helt oberoende av etiken.

I ett normalt samhälle – vars rättsordning inte är genomgående och extremt oetisk – är rättspositivismens svar på frågan »vad är gällande rätt» dessutom utan tvekan väl anpassad till *juristernas* språkbruk. Juristerna brukar ta för givet att en i behörig ordning stiftad lag är gällande.

Men uttrycket »gällande rätt» är vagt. Man kan både påstå och förneka att t.ex. Hitlers eller Pol Pots »ordning» utgjorde gällande rätt. Dessutom kan en domare genom en etisk lagtolkning eliminera en sådan regel ur rättsordningen. Följaktligen är det minst lika naturligt att hävda att den nazistiska regeln endast skenbart var gällande, men i ljuset av en riktig lagtolkning ändå inte rättsligt gällande.

KRITIKARGUMENTET

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

Men ingen förnuftig rättsteoretiker påstår att all rätt är etisk. Icke-positivister hävdar endast att ett regelsystem skulle förlora sitt karaktär av gällande rätt om det hade varit *genomgående* och *extremt* oetiskt. Mindre extrema etiska brister utesluter inte att ett regelsystem är gällande rätt. Alla gällande rättsordningar innehåller självfallet ett begränsat antal etiskt tvivelaktiga normer. Dessa kan kritiseras utan att man för den skull behöver uttala några slutsatser om hela rättssystem.

RÄTTSSÄKERHETSARGUMENTET

Ett annat argument gäller exakthet och rättssäkerhet. Man kan hävda att det är lättare att bestämma att en föreskrift har stiftats i behörig ordning än att bedöma om den är oetisk. Det positivistiska språkbrukets dominans främjar följaktligen förutsebarheten av rättsliga beslut. Man vet att domstolarna kommer att följa stiftad lag, punkt och slut.

Men även denna argumentation kan bemötas.

- Det rättspositivistiska språket är exakt endast när det gäller vissa triviala frågor. Man kan t.ex. tämligen exakt beskriva hur man finner de lagar som gäller i Sverige. Så snart frågorna blir mer teoretiska minskar emellertid precisionsgraden påtagligt. För att besvara frågan vilka normer som ingår i en rättsordning laborerar således rättspositivisterna med sådana svårtolkade termer som »grundnorm» eller »igenkänningsregel».
- Inte heller påverkar den positivistiska rättsuppfattningen *lagtolkningens* precisionsgrad: Lagtolkning i svåra fall påverkas av etiska avvägningar – helt oavsett frågan om lagtolkaren är eller inte är en rättspositivist.

DET VÄRDESKEPTISKA ARGUMENTET

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

En sådan relativism är emellertid oriktig, eftersom rättvisebedömningar är rationellt motiverbara (jfr avsnitt 5.7 och 5.8 nedan), medan den nazistiska »moralen» inte är det.

SLUTSATSEN

Rättspositivismens problem kan emellertid inte dölja naturrättslärans ovan angivna svagheter. En genomläsning av de klassiska läroarna om gällande rätt lämnar sålunda läsaren förvirrad. Denne får intrycket att läroarna slagit ut varandra.

Det behövs därför en »tredje rättsteori», en rimlig avvägning mellan rättspositivismens och naturrättslärans olika insikter. En sådan teori måste undvika naturrättslärans vaghet och dess filosofiska svagheter. Samtidigt måste den medge rättens nödvändiga samband med etiken.

2.5 *Intern giltighet*

INTERN OCH EXTERN GILTIGHET

Egenskapen att vara gällande rätt är en egenskap hos hela rättssystemet. Dessutom är den en systemförankrad egenskap, som enskilda rättsnormer får tack vare sin tillhörighet till systemet. Man måste följaktligen skilja mellan

- enstaka rättsnormers interna giltighet och
- hela rättssystemets externa giltighet.

TRE INTERNA GILTIGHETSBEGREPP

När en jurist säger att en norm är gällande menar han att den tillhör det gällande rättssystemet. Det gör den framför allt på grund av sitt ursprung, innehåll, acceptans och effektivitet. Följaktligen kan tre giltighetsbegrepp särskiljas: det formaljuridiska, det etiska och det sociologiska. Det formaljuridiska begreppet bildar en kärna av juristens synvinkel, men även de två övriga måste beaktas av honom.

DET FORMALJURIDISKA GILTIGHETSBEGREPPET

Giltighetens samband med normernas *ursprung* bestäms av rättskälleläran.

För det första är en given norm rättsligt gällande om den skapats i överensstämmelse med normer av högre dignitet. Ett rättssystem består således av åtskilliga nivåer eller avsatser, t.ex. grundlagen, civilrättens i lag givna normer och avtalsnormer (jfr avsnitt 2.2 ovan om Kelsens teori).

För det andra finns det vissa normer, tillkomna genom prejudikat, lagars förarbeten, doktrin osv., som utgör giltiga juridiska argumentationsskäl, fast de inte är bindande.

DET ETISKA GILTIGHETSBEGREPPET

Giltighetens samband med normernas innehåll bestäms huvudsakligen av olika etiska krav.

Dessa är aktuella framför allt i samband med oskrivna rättsprinciper. Rättsnormernas system omfattar inte endast explicit skapade lagar utan även de etiska principer som ligger till grund för dessa (jfr avsnitt 5.7 nedan).

DET SOCIOLOGISKA GILTIGHETSBEGREPPET

Ur en sociologs synvinkel omfattar gällande rätt inte endast rättsreglerna utan även vissa handlingar, attityder m.m. som står i olika slags samband med normerna. Normer skapas genom handlingar, dvs. lagstiftning och praxis. En norm är effektiv endast om den faktiskt påverkar olika handlingar av enskilda eller rättstillämpande myndigheter.

Giltighetens samband med normernas effektivitet medför bl.a. att vissa effektiva normer är gällande fast de inte skapats i behörig ordning medan vissa andra, korrekt skapade och ej upphävda normer inte är gällande, eftersom de på grund av sin ålder eller andra omständigheter inte tillämpas av vare sig domstolar eller andra myndigheter.

2.6 *Extern giltighet*

ALLMÄNT OM KÄNNETECKEN PÅ EXTERN GILTIGHET

När en rättsfilosof eller en samhällskritiker ställer frågan om grundlagarna är gällande, om rättskälleläran bör följas och om normsystemet som helhet utgör gällande rätt, rättar han sig efter olika kännetecken på extern giltighet.

Det finns vissa etablerade kännetecken på rättssystemets externa giltighet.

- Ett normalt rättssystem består av *flera olika nivåer*, såsom grundlagar, lagar, olika slags föreskrifter, domar m.m.
- Det omfattar inte bara *handlingsregler* utan även *kvalifikationsregler* vilka är betingelser för att man skall kunna tala om institutionella fakta, sådana som avtal, löften, egendom, äktenskap och medborgarskap.
- Ett normalt rättssystem omfattar regler vilka bestämmer hur tvister mellan olika personer skall avgöras.
- Det omfattar normer som gör anspråk på att systemet är fullständigt, dvs. reglerar alla aspekter av samhällslivet.
- Det omfattar normer som gör anspråk på att systemet har tvångsmonopol, dvs. att fysiskt våld endast får förekomma med stöd av rättsnormerna.
- Det omfattar normer som gör anspråk på att systemet är överordnat andra slags normer, såsom olika sociala konventioner och spelregler.
- Ett normalt rättssystem är dessutom i stort sett effektivt. De viktigaste handlingsnormer som tillhör ett normalt rättssystem beaktas nästan alltid av enskilda vid sådana vardagliga handlingar som att köpa, låna, gifta sig osv. Ett stort antal av systemets övriga handlingsnormer beaktas i de flesta fall av dem som de är tillämpliga på. Vissa handlingsnormer som tillhör ett normalt rättssystem tillämpas nästan alltid av myndighetspersoner, som reglerar andras handlingar. Ytterst stöds denna reglering av normenligt tvång, som utövas av domare, poliser, kronofogdar m.fl.
- Ett sådant system är också i stort sett öppet: de flesta rättsnormerna offentliggörs och tillämpas på ett öppet sätt.
- Ett normalt rättssystem har även ett visst samband med etiken. Det omfattar som sagt inte endast explicit skapade regler utan även vissa etiskt godtagbara principer som förklarar och motiverar reglernas innehåll. Det är inte genomgående och extremt oetiskt, såsom exempelvis Pol Pots »rätt».

KVALIFIKATIONSREGLER OCH INSTITUTIONELLA FAKTA

Som nämnts omfattar varje normalt rättssystem inte bara handlingsregler utan även kvalifikationsregler vilka är betingelser för att man skulle kunna tala om institutionella fakta. Bildligt talat skapas olika slags samhällseliga institutioner av rätten.

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

Rättslig *kompetens* kan definieras som en förmåga att skapa en rättslig kvalitet. En lag ger t.ex. invandrarverket förmågan att förvandla en utlänning till svensk medborgare. Normen »Om statens invandrarverk utför handlingen H förvandlas utlänningen A till svensk medborgare» är en kvalifikationsnorm. Normen »Statens invandrarverk kan genom handlingen H förvandla utlänningen A till svensk medborgare» är däremot en kompetensnorm. Dessa normer skiljer sig endast genom en språklig formulering. Deras rättsliga innehåll är detsamma.

Givetvis måste kvalifikationsregler kunna sättas i ett visst sammanhang med *handlingsregler* som bestämmer att vissa handlingar är påbjudna, tillåtna eller förbjudna. Det hade t.ex. varit meningslöst att stifta lagar om svenskt medborgarskap om det inte hade funnits några handlingsregler som bestämmer vad svenska medborgare skall, får eller inte får göra.

Kvalifikationsregler kan t.o.m. uppfattas som ofullständiga beståndsdelar i handlingsregler. Det kan t.ex. lika gärna sägas »om invandrarverket fattar ett bestämt beslut i ett medborgarskapsärende så får den berörda utlänningen ställa upp i riksdagsvalet, ingen myndighet får utvisa honom ur riket osv.». En sådan översättning av kvalifikationsregler till handlingsregler är *logiskt möjlig* men den är *opraktisk*, eftersom handlingsreglerna skulle bli mycket komplicerade, och dessutom svåra att använda i en juridisk och politisk debatt.

2.7 *Juridisk avvägningslära*

Den ovan utvecklade teorin kan betecknas som en *juridisk avvägningslära*. Den är en syntes eller tredje väg vid sidan av naturrättsläran och rättspositivismen.

Den så kallade rättsrealismen kan uppfattas som en fjärde rättsteori; se avsnitt 5.3 nedan.

Ingen rättspositivist kan ansluta sig till vår teori om att ett extremt oetiskt regelsystem inte kan anses vara gällande rätt. Inte heller kan en rättspositivist godta tesen att etiken är rättens yttersta giltighetsgrund.

Genom att godkänna etiska kännetecken på rättssystemets giltighet omfattar man emellertid inte automatiskt en naturrättslig åskådning. Man kan godkänna vissa sådana kännetecken utan att behöva härleda dem ur människonaturen.

3 kap. Rättskällor

3.1 *Juridisk relevans*

BEGREPPET »JURIDISK RELEVANS»

Såväl juridiska auktoritetsskäl (rättskällor) som olika slags sakskäl skall, bör eller åtminstone får beaktas i juridisk argumentation. De är med andra ord *juridiskt relevanta*.

Ett exempel på samverkan mellan olika slags juridiskt relevanta skäl i domsmotivering gäller retentionsrätt. Enligt svensk rätt är retentionsrätt en rätt för hantverkare att i sin besittning kvarhålla gods för fordran mot godsets ägare. I NJA 1981 s. 1050 prövades om sådan rätt för krav på arvode skulle tillerkännas revisor i räkenskapsmaterial som en företagare överlämnat med uppdrag för revisorn att sköta bolagets bokföring.

I ett handräckningsmål vid länsstyrelse begärde företagaren att få ut bokföringsmaterialet och yrkandet bifölls. I hovrätten fick målet motsatt utgång och hovrätten yttrade i sin domsmotivering endast: »... B (revisorn) får anses ha gjort sannolikt att sådana omständigheter föreligger att hon äger kvarhålla ifrågavarande handlingar till säkerhet för sin fordran...»

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

»I flera fall har en borgenär rätt att till säkerhet för sin fordran kvarhålla sådan gäldenärens egendom som han har i sin besittning (retentionsrätt). Sedan gammalt har en hantverkare haft sådan rätt till saker som han efter beställning arbetat på för annans räkning. Denna hantverkarens rätt har genom lagen (1950:104) om rätt för hantverkare att sälja gods som ej avhämtats förstärkts så att den kommit att bli jämförlig med panträtt. Lagbestämmelser om retentionsrätt finns i övrigt på skilda håll, t.ex. i 11 kap. 3 § och 12 kap. 8 § HB (låntagares respektive depositaries retentionsrätt) samt i 39, 74 och 87 §§ kommissionslagen (kommissionärs, handelsagents och handelsresandes rätt att innehålla prover, mönster och annat sådant som tillhör huvudmannen och inte är avsett för försäljning). Fråga huruvida revisorer och liknande uppdragstagare har retentionsrätt i räkenskapsmaterial som överlämnats till dem för uppdragets fullgörande är inte besvarad i lag och inte heller slutligt löst i rättspraxis (jfr Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1971 s. 48). I litteraturen har gjorts gällande att retentionsrätt bör kunna medges analogivis i fall liknande dem som upptas i 1950 års lag samt i 11 kap. 3 § och 12

kap. 8 § HB, såsom när legotagare, mandatarie, fraktförare eller annan enligt avtal har fått annans egendom i sin besittning och förvärvat ett ersättningsanspråk på grund av egendomens vårdande, förvaring, reparation, transport e.d. Därvid har dock förbehåll gjorts för det fall att egendomen saknar bytesvärde (Se Undén, Svensk sakrätt I, Lös egendom, 9 uppl. 1974 s. 239). Huruvida sådana analogier kan utsträckas också till fall av den art som är aktuell i målet har dragits i tvivelsmål av andra författare (Se bl.a. Walin i SFR-nytt, internt organ för Sveriges redovisningskonsulters förbund, 1975 s. 155)».

Detta var således gällande rätt så långt det gick att utleta. (Observera att 1950 års lag är upphävd; jfr den nya lagen 1985:982.) HD tog sedan ställning till frågan enligt följande:

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

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

RÄTTSKÄLLE- OCH ARGUMENTATIONSPRINCIPER

Juridisk argumentation är i viss mån reglerad av olika slags normer. Under sin studietid och framför allt i sin praktiska verksamhet lär sig varje jurist ett stort antal exempel på juridisk argumentation. Juristerna argumenterar ofta som om de hade rättat sig efter vissa regler om en korrekt och hållbar hantering av rättskällor och andra juridiskt relevanta argument. Dessa rättskälle- och argumentationsprinciper har följaktligen en sedvanerättslig ställning och bildar en beståndsdel av rättstraditionen.

Varje sådan norm kan sättas ur spel i ett konkret fall om tillräckligt starka skäl motiverar det. Å andra sidan går det inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla rättskälle- och argumentationsprinciper och ändå argumentera *juridiskt*.

RÄTTSKÄLLORNAS SÄRSTÄLLNING I JURIDISK ARGUMENTATION

Olika rättskällor, såsom lagen, prejudikat, lagens förarbeten m.m. har en *särställning* i juridisk argumentation.

- Rättskällorna *väger relativt sett tyngre* i juridisk argumentation, medan sakliga skäl väger relativt tyngre i en rent etisk debatt.
- Rättskällorna fungerar med andra ord som juridiska *auktoritetsskäl*. Ett sådant skäl väger tyngre än enbart dess innehåll ger vid handen. Man kan t.ex. hävda att en lag skall följas oberoende av sitt innehåll, därför att den har meddelats av riksdagen.
- Rättskällorna är ägnade att förklara juridiska avgöranden. Det är sålunda helt naturligt att säga »A dömdes till fängelse *därför att* lagen så bestämmer».

3.2 Olika juridiska roller

Den juridiska argumentationen är emellertid inte enhetlig. Det finns olika juridiska roller och motsvarande argumentationstyper.

Det institutionaliserade samspelet mellan lagstiftaren, beslutsfattaren, parternas ombud och rättsvetenskapen bidrar till att göra rättsliga beslut rätts säkra, dvs. så pass förutsebara med stöd av lagen som är förenligt med ett rimligt hänsynstagande till andra etiska värden.

LAGSTIFTAREN

Den argumentation på lagstiftningsstadiet, däribland i lagens förarbeten, som stöder en lagändring (i korthet – »lagstiftarens argumentation») måste uppfattas som ett särfall av den juridiska argumentationen.

Förvisso kännetecknas den av ett antal särdrag. Den är i regel friare än domarens eller rättsvetenskapsmannens argumentation. Argumentering för lagstiftning är »målrational», inriktad på att finna den utformning av den föreslagna lagen som är det bästa medlet för ett angivet mål.

Likheterna mellan lagstiftarens och rättstillämparens argumentation är emellertid likaledes viktiga.

- Lagstiftarens frihet är tämligen begränsad genom
 - vissa statsrättsliga regler, både sådana som bestämmer innehållet i rättsregler och sådana som avser normgivningsmakten, och
 - annan rätt (av i princip samma dignitet som den som föreslås), särskilt procedurella regler.

- Vidare förekommer ändamålsargumentation inte endast på lagstiftningsstadiet utan även vid lagtolkning och rättstillämpning, såväl i rättspraxis som i rättsvetenskap.
- Till sist är de pragmatiska skälen som beaktas vid lagstiftning mindre viktiga för den juridiska argumentationens relevans och korrekthet. Det är skillnad mellan argumentering och övertalning. Övertalning måste utvärderas, såväl ur en juridisk som ur en etisk synvinkel. Den kan vara effektiv men ändå etiskt förkastlig och juridiskt tvivelaktig, t.ex. då man genom att taktiskt »vinkla» argumenten åstadkommer orättvisor och inkonsekvenser i lagstiftningen.

BESLUTSFATTAREN

Domarens och ämbetsmannens argumentation påverkas av hans skyldighet att fatta bindande beslut.

Som exempel kan man citera fjärde artikeln i den franska civillagen (1804): »En domare som vägrar att döma under förebärande av lagens tystnad, dunkelhet eller otillräcklighet, kan åtalas för vägran att döma (*déni de justice*).» Den franska beteckningen används även i Sverige, jfr NJA 1973 s. 628.

Beslutet måste fattas även om argumentationen inte kan vara fullständig. Vidare måste beslutet uppfattas som rättvist. Till sist är beslutsfattaren bunden av en processrättslig ram som bestämmer beslutens avfattning (jfr kap. 17 § 7 rättegångsbalken), den högre instansens auktoritet m.m. Har t.ex. hovrätten funnit att ett fel förekommit i rättegången och visat målet åter till underrätten för erforderlig behandling (kap. 50 § 29 och kap. 51 § 29 rättegångsbalken) måste underrätten beakta hovrättens bedömning.

PARTERNA

Parternas argumentation är likaledes bunden av olika rättsregler som bl.a. bestämmer olika objektivitetskrav för advokaten och åklagaren.

Visserligen måste *advokaten* tolka såväl lagen som bevismaterialet i överensstämmelse med klientens intressen. Han måste emellertid även iaktta god advokatsed (8 kap. 4 § rättegångsbalken).

1 § av Sveriges Advokatsamfunds vägledande regler om god advokatsed innehåller följande precisering: »Advokats främsta plikt är att, inom ramen för vad lag och god advokatsed bjuder, efter bästa förmåga tillvarata klientens intressen.»

God advokatsed framgår delvis av dessa regler, men de är knappast uttömmande. Advokatens handlingsfrihet måste bedömas från fall till fall, varvid klientens intresse alltid väger tungt. Advägningprocessen präglas av *etiska* överväganden.

Åklagaren måste självfallet väcka åtal men han är skyldig att beakta både de omständigheter som talar emot den misstänkte och de som är gynnsamma för honom (23 kap. 4 § rättegångsbalken). Därför talas det ofta om åklagarens »dubbelroll».

Åklagarens roll beror på var i förfarandet ett ärende befinner sig. Agerar åklagaren som förundersökningsledare skall han objektivt utreda förhållanden som talar såväl mot som för en presumtiv gärningsman. Har åtal väckts växlar han från objektivitet till partsställning. Kompletterar åklagaren förundersökningen efter det att åtal väckts får han den besynnerliga ställningen som objektiv part.

Åklagarens arbete underkastas emellertid såväl i förundersökningen som i huvudförhandlingen en rättslig reglering och en etisk bedömning som gör hans verksamhet och argumentation förenlig med den tilltalades rättssäkerhet.

RÄTTSDOGMATIKEN

Varje juridisk disciplin, såsom civilrätt, straffrätt osv., består huvudsakligen av *rättsdogmatik* vars huvuduppgift är att tolka och systematisera gällande rätt.

Dessutom kan inslag av olika rättshistoriska, rättssociologiska och andra perspektiv förekomma i samtliga juridiska discipliner.

Det föreligger följande skillnader mellan rättsdogmatiken och rättspraxis.

- Rättsdogmatikern saknar rätt att fatta bindande beslut.
- Rättsdogmatikern är inte på samma sätt bunden av den praktiskt betingade ram som parterna lägger upp i en rättegång.
- Rättsdogmatikern söker sig till problemen, medan en praktiker reducerar dessa till vad som är nödvändigt för ett måls prövning.
- Rättsdogmatikern uttalar sig i regel mer generellt och abstrakt än en praktiskt verksam jurist och är mindre inriktad på konkreta fall.
- Den mest djupgående skillnaden är att rättsdogmatiken ofta har anspråk att vara rationellare, dvs. motiverad på ett mer generellt och djupgående sätt än den praktiska juridiken.

Likheten mellan rättsdogmatiken och den praktiska juridiken är emellertid långt viktigare: poängen är densamma, att tolka gällande rätt på ett sammanhängande och etiskt godtagbart sätt. Att således bistå rättspraxis är den klassiska rättsvetenskapens *slutmål*. Förvisso kan detta mål befinna sig bortom den enskilde rättsvetenskapsmannens horisont. Men hans bidrag måste hänga samman med annan juridisk litteratur, redan befintlig eller planerad; sammantaget utgör den rättsvetenskapliga verksamheten ett »lagarbete» som har ett sådant slutmål. Följaktligen är även rättskälleläran och metodläran i princip densamma såväl i det juridiska beslutsfattandet som i rättsdogmatiken.

BORDE RÄTTSDOGMATIKEN UNDERGÅ EN RADIKAL FÖRÄNDRING?

Rättsdogmatiken bygger på ett antal traditionella arbetsmetoder. Många jurister frågar sig om dessa är väl anpassade till juridikens roll i en demokratisk rättsstat.

I viss anslutning till den kände vetenskapsfilosofen *Imre Lakatos*' teorier kan det sägas att dessa arbetsmetoder bildar en kärna inom ett rättsvetenskapligt *forskningprogram*.

Teorikärnan spelar i detta sammanhang en liknande roll som »paradigmet» i *Thomas Kuhns* väl kända vetenskapsfilosofi.

Ett rättsvetenskapligt forskningsprogram är fruktbart, om man på grundval av samma »teorikärna» fortsätter att skapa rättsvetenskapliga teorier och juridiska tolkningar som förklarar en allt större mängd juridiska data.

Ett rättsvetenskapligt arbetsprogram degenererar när det inte längre producerar rättsvetenskapliga lösningar med allt större innehåll. Detta kan medföra att programmet byts ut mot ett nytt med en annan teorikärna.

Vissa rättsvetenskapliga forskare efterlyser ett nytt angreppssätt på juridiska problem, eftersom den klassiska rättsdogmatiken enligt deras mening inte längre kan alstra någon sammanhängande tolkning och systematisering av vissa nya rättsområden, såsom arbetsrätt, socialrätt osv. Andra hävdar emellertid att den traditionella juridiken kan lösa de nya uppgifterna.

3.3 Rättskälleläran

VISSA RÄTTSKÄLLEPRINCIPER

Vissa *rättskälleprinciper* bestämmer olika rättskällors ställning i juridisk argumentation. I en dom från Hovrätten över Skåne och Blekinge (B 187/75, DB 4107) uttrycktes kort och klart domstolarnas syn på rättskällor: »Domstols avgörande skall grundas på lag. Vid lagens tillämpning har domstol att fästa vikt vid motivuttalanden som riksdagen har godkänt. Kravet att rättskipningen såvitt möjligt skall vara enhetlig leder till att Högsta domstolens avgöranden, om än ej formellt bindande, bör vägleda övriga domstolar.»

De viktigaste rättskälleprinciperna har följande innebörd: Lagar, andra föreskrifter och fasta sedvanerättsliga regler *skall* beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation.

Se t.ex. 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen och 1 kap. 11 § den finska rättegångsbalken.

Prejudikat och lagars förarbeten *bör* beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation.

Det som *får* åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation omfattar bl.a. följande:

- olika slags institutionella rekommendationer, såsom Riksskatteverkets anvisningar, Konsumentverkets riktlinjer och Bankspektionens etikmeddelanden;
- domar, domstolsbeslut och olika myndigheters beslut vilka ej utgör prejudikat; tillika prejudikat som inte direkt berör den tolkade lagtexten men ger besked om värderingar på angränsande rättsområden;
- olika slags material som står i samband med lagstiftning och rättspraxis, t.ex. förarbeten som inte direkt berör den tolkade lagtexten men ger besked om värderingar på angränsande rättsområden; lagförslag; upphävida lagar, i den mån de ger besked om värderingar som inte förlorat sin aktualitet;
- den rättsvetenskapliga litteraturen;
- utländsk rätt; dock med vissa begränsningar såsom hänsynen till svensk *ordre public*.

Det är svårt att räkna upp vad som däremot *inte* får åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation. Med hänsyn till opartiskhetskravet får

uttalanden av politiska partier eller olika intresseorganisationer inte utan vidare åberopas i *rättskipningen*. Detsamma gäller »föredrag av enskilda personer, utläggningar i massmedia och så kallade aktuella strömningar» (se den ovan citerade domen från Hovrätten över Skåne och Blekinge; uttrycket syftar på justitieminister Lennart Geijers uttalande i TV).

»SKALL», »BÖR» OCH »FÅR»

Orden »skall beaktas som auktoritetsskäl», »bör beaktas som auktoritetsskäl» och »får åberopas som auktoritetsskäl» har i detta sammanhang en komplex innebörd, vilken delvis belyses av följande kommentarer.

- De rättskällor som *skall* beaktas som auktoritetsskäl är bindande. Andra är det inte.
- Ett viktigt kännetecken på en rättskällas bindande karaktär (dvs. på att den *skall*, inte blott *bör* beaktas som ett juridiskt auktoritetsskäl) är dess *nödvändighet* för juridisk argumentation. I sådana rättssystem som det svenska är endast lagar och i vissa fall sedvänjor juridiskt nödvändiga. En slutsats utan något som helst stöd av vare sig lagen eller sedvanan kan inte anses vara juridisk.
- De rättskällor som *skall* beaktas som auktoritetsskäl är i princip (*prima facie*, se nedan) viktigare än de som blott *bör* beaktas. De sistnämnda är i sin tur i princip viktigare än de som blott *får* åberopas som auktoritetsskäl. Vissa motskäl kan sålunda vara tillräckliga för att åsidosätta bör-källor men ändå inte tillräckliga för att åsidosätta skall-källor. Det krävs t.ex. mer för att åsidosätta lagtexten än för att frångå prejudikat eller lagens förarbeten.

En i princip viktigare rättskälla kan emellertid väga lättare än ett stort antal mindre viktiga sådana. Ett antal samverkande prejudikat *kan* t.ex. i vissa fall väga tyngre än lagtexten.

- I Sverige kan åsidosättande av bindande rättskällor anses som tjänstefel och under vissa omständigheter leda till åtal (jfr 20 kap. brottsbalken). Detta gäller inte bör-källor eller får-källor. Men om en domstol åsidosätter en bör-källa kommer domen antagligen efter överklagande att ändras.

3.4 Prejudikat

ALLMÄNT OM PREJUDIKAT

Ett prejudikat är ett avgörande av ett konkret fall, som blir ett auktoritativt mönster för framtida avgöranden.

Följande rättskälleprincip är godtagbar inom den svenska rättskälleläran.

- De högsta domstolsinstansernas avgöranden (såsom Högsta domstolens, Regeringsrättens, Arbetsdomstolens och Marknadsdomstolens) *bör* beaktas som auktoritetsskäl i väsentligt liknande fall, såväl i rättspraxis som i rättsvetenskap.
- Vissa andra domstolars avgöranden *bör* åberopas som auktoritetsskäl i framtida, väsentligt likartade mål inför den domstol som fällt avgörandet, liksom i rättsvetenskap.

Enligt 54 kap. 10 § rättegångsbalken samt 36 § förvaltningsprocesslagen meddelas prövningstillstånd först och främst, om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas av HD respektive Regeringsrätten. Av förarbetena till dessa stadganden framgår att man velat förstärka de högsta instansernas prejudikatsbybildande funktion (jfr prop. 1971:45, särskilt s. 88).

Jfr prop. 1988/9:78 s. 19–20: prejudikat bildar ett komplement som ökar lagstiftningens genomslagskraft. Jfr även SOU 1986:1, 25 och 71.

3 kap. 5 § rättegångsbalken och 5 § 1971 års förvaltningsdomstolslag ger dessutom en möjlighet – fast ingen skyldighet – att hålla plenarsammanträde med HD respektive Regeringsrätten i dess helhet eller med tolv ledamöter, då någon avdelning uttrycker en mening som avviker från en rättsgrundsats eller en lagtolkning som förut varit antagen av domstolen. De avgöranden som tillkommit i plenum bör i princip utöva ett större inflytande än andra prejudikat.

RATIO DECIDENDI

Med en engelsk terminologi kan man säga, att de väsentliga egenskaperna hos prejudikatsfallet utgör dess *ratio decidendi*; övriga domskäl utgör *obiter dicta*. *Ratio decidendi* omfattar således de skäl som är nödvändiga för prejudikatsfallets utgång. Med andra ord skulle utgången blivit annorlunda om de hade ändrats. Ett enkelt exempel från AD anføres nedan.

I rättsfallet AD 1976 nr 101 hade, i ett anställningsavtal mellan ett schweiziskt bolag och en svensk arbetstagare avseende arbete åt bolaget i Sverige, parterna i en särskild (prorogations)klausul anvisat domstol i en schweizisk stad som forum för alla ur avtalet framgående tvister. Sedan arbetstagaren, som var oorganiserad,

blivit uppsagd, väcktes talan mot bolaget i tingsrätt med yrkande bl.a. om ogiltigförklaring av uppsägningen. Fråga uppkom då om tingsrätten på grund av prorogationsklausulen saknade behörighet att ta upp målet till prövning. Arbetsdomstolen, som efter fullföljd prövade frågan, yttrade i sina domskäl:

»Parterna är ense om att punkt — — i anställningsavtalet har den innebörden att tvisten i målet skall hänskjutas till schweizisk domstol och att part skall vara hindrad att få tvisten prövad vid domstol i Sverige. Arbetsdomstolen har med hänsyn härtill att pröva huruvida anställningsavtalet i den ifrågavarande delen har denna verkan. Enligt svensk rätt gäller som princip på det internationellt processrättsliga området att ett avtal varigenom domstol i utlandet görs ensam behörig att avgöra framtida tvist som rör visst rättsförhållande (ett s.k. prorogationsavtal) i allmänhet tillerkänns verkan och innebär rättegångshinder i Sverige. Bestämmelsen i 2 kap. 2 § arbetstvistlagen att i arbetstvist i allmänhet arbetsgivaren får sökas vid tingsrätten i den ort där arbetstagaren har sitt hemvist medför inte att prorogationsavtal i tvist om tillämpning av anställningsskyddslagen skulle vara ogiltigt enligt 3 § första stycket anställningsskyddslagen.

I detta fall föreligger emellertid omständigheter som enligt Arbetsdomstolens mening bör föranleda avsteg från huvudregeln om prorogationsavtals rättsliga verkan. Arbetstagaren är en *svensk medborgare* som är *bosatt i Sverige* och som anställdt och faktiskt utfört arbete på en *arbetsplats här i landet*. Det föreligger alltså stark anknytning till svensk arbetsmarknad, medan nämnvärd anknytning till Schweiz saknas. Tvisten rör *tvingande bestämmelser* i anställningsskyddslagen. Denna lag utgör en *social skyddslagstiftning*. Dess bestämmelser har tillkommit för att ge arbetstagaren trygghet i anställningen. Arbetstagarens skyddsintresse blir enligt arbetsdomstolens mening inte tillgodosett i tillräcklig utsträckning enbart genom att anställningsskyddslagens materiella regler tillämpas på tvisten. Ytterligare krävs att arbetstagaren har möjlighet att få tvisten prövad vid domstol här i landet. Arbetsdomstolen finner därför att tingsrätten är behörig att handlägga tvisten» (min kursivering).

Arbetsdomstolen fäste vikt vid vad som kursiverats ovan:

1. Svensk medborgare
2. Bosatt i Sverige
3. Arbetsplats här i landet
4. Tvingande bestämmelser
5. Social skyddslagstiftning.

Utgörs nu *ratio decidendi* av alla dessa fem faktorer, dvs. skulle utgången nu blivit densamma om en eller flera av dessa omständigheter saknats? Ja, nog måste man väl tro att faktor 1, att arbetstagaren var svensk medborgare var utan betydelse. Alla arbetstagare som är bosatta i Sverige bör väl ha samma rättsskydd. Således skulle den omständigheten vara ett *obiter dictum* och inte ett nödvändigt skäl för utgången. Detta är då en enkel illustration av skillnaden mellan *ratio decidendi* och *obiter dictum*.

ANFÖRT *RATIO DECIDENDI*

Ett anført *ratio decidendi* omfattar de omständigheter som anförts i prejudikatets domskäl.

Ett anført *ratio decidendi* är pålitligare ju utförligare och generellare domsmotiveringen är. Äldre svenska domskäl fram till 1950-talet brukade vara tämligen intetsägende. Senare har domsmotiveringarna blivit utförligare. I vissa fall skapar HD en klart uttalad regel.

I NJA 1989 s. 389 har HD infört den generella grundsatsen om strikt ansvar för personskada orsakad av tillverkningsfel.

I NJA 1981 s. 1 har HD infört den generella grundsatsen att nomader (i det föreliggande fallet samer) kunnat förvärva äganderätt genom ockupation och urminnes hävd.

En generell (och omstridd) grundsats uttalades av HD:s majoritet i NJA 1977 s. 176: »Om det sålunda i betraktande av samtliga i målet förekomna omständigheter framstår som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat har utgjort skadeorsaken, bör den skadelidandes påstående om händelseförloppet läggas till grund för domstolens avgörande — —»

I andra fall brukar emellertid Högsta domstolens argumentation för en ändrad praxis vara försiktig. Generella argument, som skulle kunna tillämpas på många falltyper, anføres ofta på ett snävt avgränsat område.

I NJA 1991 s. 720 har HD utvecklat ett rättspolitiskt resonemang till stöd för att ålägga den som driver en fjärrvärmeanläggning ett rent strikt ansvar för skador orsakade genom utsläpp från anläggningen. Motiveringen innehåller en blandning av kasuistiska argument, vilka rör enbart fjärrvärmeanläggningar, och generella argument, som skulle kunna tillämpas på många andra skador.

Försiktigheten går ibland så långt att HD uttalar att den aktuella frågan »får bedömas med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet» (jfr t.ex. NJA 1984 s. 733).

KONSTRUERAT *RATIO DECIDENDI*

Ett konstruerat *ratio decidendi* omfattar de omständigheter som inte anförts i prejudikatets domskäl men borde ha anförts och är såtillvida nödvändiga för prejudikatfallets utgång, att denna skulle varit annorlunda om de hade ändrats.

En serie avgöranden, som utgör stadgad praxis, har större betydelse än

enstaka prejudikat. Vid i övrigt oförändrade förhållanden väger en sådan praxis tyngre, ju längre tid den har varat, ju fler prejudikat den omfattar, och ju bättre dessa motiverats.

Ratio decidendi modifieras kontinuerligt vid prejudikatanvändning i nya fall.

I NJA 1948 s. 584 uttalades en generell princip, enligt vilken endast de fakta som explicit anförts av åklagaren kunde användas som åtalsunderlag. Principen bekräftades i NJA 1976 s. 368. Samma princip uttrycktes i NJA 1987 s. 194 med en omfattande motivering. I NJA 1988 s. 665 upprepades skälen från NJA 1987 s. 194 med en hänvisning till detta rättsfall. Detsamma skedde återigen i NJA 1990 s. 361.

SÄRSKILJANDETEKNIKEN

Prejudikatet bör inte följas om egenskaperna hos det ifrågavarande fallet väsentligt skiljer sig från prejudikatfallet. *Ratio decidendi* är olika. I engelsk rätt talas då om att man skiljer på fallen (*distinguishing*).

Denna särskiljandeteknik förekommer givetvis även i Sverige, men blott på ett indirekt, implicit sätt. Det inträffar nästan aldrig att Högsta domstolen i andra mål än plenimål uttryckligen förklarar att en princip som tillämpats förut inte bör följas i fortsättningen. Om domstolen frångår en princip, sker det vanligen genom återopande av andra omständigheter eller andra argument. En sådan argumentation måste givetvis underkastas en rationell prövning.

3.5 *Förarbeten*

ALLMÄNT OM FÖRBETEN

Lagförslag åtföljs av och propositioner innehåller i regel motivuttalanden, som närmare utvecklar grunderna för lagstiftningsprodukten i fråga. Betänkanden och propositioner innehåller i regel en allmän del med allmän motivering och en specialmotivering med motivuttalanden till enskilda bestämmelser.

Huvudskälet för att lagstiftaren får skriva relativt kortfattade lagar och komplettera dem med utförliga förarbeten är att förarbetena skapar ett slags dialog. Olika deltagare i lagstiftningsarbetet kan ha uttalat olika sinsemellan konkurrerande värderingar. Den person som argumenterar juridiskt får därmed ett *allsidigt underlag* för en avvägning mellan skäl och

motskäl. Lagreglerna kan inte i samma mån som förarbetena beakta de sinsemellan konkurrerande skälen och motskälerna.

Om utförliga och väl genomtänkta förarbeten finns kan följande skäl anges för att hänsyn till dessa bör tas.

- Förarbeten kan anses uttrycka »lagstiftarens vilja» eller, mera korrekt uttryckt, belysa lagens ändamål (*ratio legis*). Se avsnitt 4.9 nedan.
- Lagtolkningens kvalitet ökar då man beaktar alla de hjälpmedel som står till buds, bl.a. förarbeten, förutsatt att rättssäkerhetskravet uppfylls.
- Den snabba lagstiftningstakten gör det svårt för lagstiftaren att skapa ett motsägelsefritt, exakt och fullständigt regelsystem. Det är lättare att författa omfattande förarbeten, som skrivs i en dialogform och därför inte behöver uppfylla dessa krav.
- Den snabba lagstiftningstakten gör det svårt för rättsvetenskapsmän att hinna med att författa kommentarer och läroböcker. Därför saknar man nödvändiga hjälpmedel för lagtolkning i svåra fall. Förarbeten fyller denna lucka.

Man måste emellertid även beakta vissa faror:

- Lagtexten är ett sammanhängande system, medan förarbetena utgör ett slags dialog. Vid i övrigt oförändrade förhållanden bildar följaktligen lagtexten en fastare grund för förutsebara beslut än förarbetena.
- Genom att förarbeten tillmätts stor vikt blir rättstillämpningen ytlig och fragmentarisk. Man följer lagmotiv i stället för att beakta övergripande principer, värden och sammanhang.

FÖRARBETENAS ROLL I JURIDISK ARGUMENTATION

Förarbetenas roll varierar från ett land till ett annat. I fransk rätt stöder man uppfattningen om lagstiftarens vilja på själva lagtexten, medan förarbeten anses ha mindre betydelse. En större roll spelar de numera i bl.a. Tyskland och Schweiz.

Enligt den traditionella engelska doktrinen bör förarbeten över huvud taget inte användas vid lagtolkningen. Denna uppfattning har måhända försvagats men förarbetenas betydelse är fortfarande ganska liten. I USA liknade traditionen länge den engelska, men förarbetenas betydelse har där ständigt ökat. En av den amerikanska Högsta domstolens ledamöter, Antonin Scalia, har emellertid ifrågasatt förarbetenas användning vid lagtolkning.

Inom Norden tillmätts förarbetena en särskilt stor betydelse.

I Sverige spelar förarbetena en ännu större roll än i andra nordiska länder. Tanken att förarbetena borde ha en lika betydelsefull ställning som preju-

dikaten uttalades bl.a. i *Folke Schmidts* klassiska uppsats »Domaren som lagtolkare» (1955). Uppsatsen har påverkat den senare utvecklingen av den svenska rättskälleläran.

Förarbetenas betydelse vid lagtolkning underkastas ett antal rättskälleprinciper:

- Om det inte är möjligt att harmonisera olika delar av lagförarbeten bör följande *prima facie*-prioritetsordning antas: Riksdagsutskottets betänkan- den, lagrådets yttranden och departementschefens anföranden går före övrigt material.
- Oenigheten försvagar auktoriteten hos alla de oförenliga uttalandena i förarbetena; den största betydelsen har således de icke emotsagda ut- talandena.
- Förarbetenas betydelse varierar från ett rättsområde till ett annat. Särskilt betydelsefulla är de inom skatterätten. Inom civilrätten spelar de också en stor roll. På straffrättens område är deras betydelse mindre; den straff- rättsliga legalitetsprincipen har länge ansetts motivera bokstavstolkningens företräde.
- Stigande ålder medför att förarbetenas auktoritet försvagas.
- Vidare bör avseende fästas endast vid de förarbeten som är allmänt till- gängliga, dvs. i huvudsak sådana som publicerats i tryck.
- Uttalanden i förarbeten vilka avser frågor som faller utanför ramen för den lagstiftning som är under behandling bör i princip inte tillmätas någon betydelse.
- Uttalanden i förarbeten som inte berör någon norm som finns i själva lagtexten, bör beaktas endast i undantagsfall.

3.6 *Doktrin*

ALLMÄNT OM DOKTRIN

Doktrinen utövar ett stort inflytande på den juridiska argumentationen. Ordet »doktrin» betecknar först och främst den rättsdogmatiska litteratu- ren, vilken systematiserar och tolkar gällande rätt.

Då doktrinen betecknas som en rättskälla menas inte endast att den faktiskt påverkar den juridiska argumentationen, utan även att den har ett slags auktoritet.

En juridisk författare vinner sitt anseende genom att prestera skicklig argumentation på ett visst rättsområde. Anseendet innebär en form av auktoritet. Man väntar sig nämligen att han även i fortsättningen kommer att argumentera skickligt.

I Rom gav kejsare Augustus några framstående jurister rätt att med kejsarens auktoritet besvara rättsfrågor. Också andra kejsare gav åt vissa jurister en liknande rättighet. Domstolarna betraktade dessa juristers skrifter som gällande rätt. Den s.k. citatlagen från år 426 reglerade i detalj förhållandet mellan skrifternas auktoritet.

I medeltidens Europa utgjorde *communis opinio doctorum*, hysta av de mest berömda, i synnerhet franska och italienska juridiska författarna, en viktig rättskälla. »Doktorernas» responsa användes ofta i den kanoniska processen. Något senare har arbeten av *Grotius* fungerat som ett slags lagbok för den nederländska rätten.

I svensk rätt var doktrinen ställning mycket stark på 1600- och 1700-talet. Domstolarna återopade uttryckligen arbeten av Loccenius, Rålamb, Kloot m.fl. Hänvisningar till den utländska doktrinen var också vanliga. Vissa berömda utländska rättsvetenskapsmän fick t.o.m. olika slags anknytning till riket. Pufendorf blev sålunda professor i Lund, Grotius fick en svensk diplomatisk uppgift.

Framväxten av starkt centraliserade monarkier ledde emellertid ofta till en allmän övertro på lagstiftningen, med en minskad roll för doktrinen som följd. I ett utkast till den preussiska lanträtten från år 1794 förbjöds t.o.m. skrivandet av kommentarer till densamma.

Snart visade det sig emellertid att lagen måste tolkas. Dessutom behövde man, särskilt i Tyskland, ta fasta på *gemeines Recht*, dvs. de rättsnormer vars giltighet överskred gränserna för de relativt små, centraliserade staterna. Därför kom doktrinen tillbaka på 1800-talet. Som dess ädlaste pånyttfödare må anges C.F. von Savigny, Tysklands kanske störste jurist någonsin. Den tyska s.k. pandektvetenskapen, grundad på en långtgående förfining av romersk rätt, uppnådde då en aldrig överträffad hög nivå, påverkade civilrättens slutgiltiga kodifikation (BGB av år 1896) och utövade ett stort inflytande även långt utanför det tyska rikets gränser.

Mot 1800-talets slut var även den svenska doktrinen ställning väl befäst, och en professor uttalade då t.o.m. den något överdrivna åsikten att rättsbildningen genom praxis blott var en tillämpad doktrin.

På senare tid har den svenska doktrinen roll som rättskälla åter minskat. Det måste emellertid skiljas mellan rättsområden. Rättsvetenskapen har t.ex. ett stort inflytande i internationell privaträtt.

Doktrinen har för övrigt en klar ställning som rättskälla inom folkrätten, se artikel 38 i Internationella domstolens stadga.

DOKTRINENS BETYDELSE I SVENSK RÄTT

De svenska domstolarna brukar i vissa fall beakta den rättsvetenskapliga litteraturen. Oftast återger de endast den härskande meningen utan angivande av författarnamn. Men en domstol kan även referera vissa mera personliga rättsvetenskapliga åsikter, t.ex. genom att i domskälen ta in

rättsvetenskapliga expertutlåtanden (jfr NJA 1966 s. 210) eller namnge en rättsvetenskaplig författare (se NJA 1980 s. 197 och NJA 1987 s. 61).

GRUNDEN FÖR DOKTRINENS AUKTORITET

Huvuduppgiften för den systematisering och tolkning som doktrinen genomför består i att framställa rättsordningen som ett sammanhängande system av normer. Detta sammanhang utgör kärnan i rationalitetsbegreppet. Att underkänna doktrinen som ett hjälpmedel i juridisk argumentation vore därför detsamma som att underkänna rationaliteten.

3.7 *Lösning av kollisioner mellan rättsnormer*

DEN JURIDISKA TOLKNINGENS MÅL: ATT GÖRA RÄTTSORDNINGEN SÅ SAMMANHÄNGANDE SOM MÖJLIGT

En juridisk tolkning eftersträvar att eliminera olika slag av oförenligheter mellan rättsnormer. Tolkningen medför sålunda att rättsordningens inre *sammanhang ökar*.

Två regler är *logiskt* oförenliga om:

- den ena förbjuder en handling som den andra påbjuder; eller
- den ena förbjuder en handling som den andra tillåter.

En särskild form av logisk oförenlighet förekommer vid kvalifikationsregler. Två sådana är logiskt oförenliga om den ena bestämmer och den andra bestrider att något utgör ett (nödvändigt, tillräckligt m.m.) villkor för att en viss rättslig effekt skall uppstå. Den ena bestämmer och den andra bestrider t.ex. att ett visst slags avtal är bindande endast om det är skriftligt.

Två regler är empiriskt oförenliga om de inte är logiskt oförenliga men likväl, av en annan anledning, inte samtidigt kan följas. Den ena förpliktar t.ex. Per att dagligen arbeta från kl. 04 till 16 och den andra att arbeta från kl. 16 till 04. Arbetstagaren kan ju inte arbeta utan vila.

Två regler är värdemässigt oförenliga om de inte är vare sig logiskt eller empiriskt oförenliga men deras samtidigt efterlevnad likväl antingen är olaglig eller etiskt förkastlig.

Ett således ökat sammanhang utgör den *rättsdogmatiska* tolkningens ändamål och poäng. I *rättspraxis* är ändamålet mer begränsat. Endast de rättsnormer harmoniseras som tillämpas på det ifrågavarande konkreta fallet. Harmoniseringen kan då *försämra* deras sammanhang med *andra*

rättsnormer. Vidare harmoniseras rättsnormerna endast i den mån som fallet kräver. Den tolkning som ökar deras inbördes sammanhang i det ifrågavarande fallet kan minska det i ett annat fall.

KOLLISIONSPRINCIPER

Följande kollisionsprinciper hjälper jurister att harmonisera oförenliga rättsnormer.

- Om olika rättsnormer respektive rättskällor är oförenliga med varandra bör problemet lösas, antingen genom att de omtolkas (och därmed harmoniseras) eller genom att den ena ges företräde framför den andra.
- Om starka skäl talar mot en harmonisering av olika rättskällor bör följande rangordning beaktas. De rättskällor som skall beaktas som auktoritetsskäl (t.ex. lagen) har i princip (*prima facie*, se nedan) företräde framför dem som enbart bör beaktas (t.ex. prejudikat) och dessa framför dem som blott får åberopas (t.ex. doktrinen). Endast starka skäl kan motivera avsteg från denna prioritetsordning.
- Om en norm av lägre dignitet strider mot en norm av högre dignitet skall den senare följas (*lex superior derogat legi inferiori*).
- En mindre generell lagregel bör uppfattas som ett undantag från en mer generell, med denna oförenlig lagregel (*lex specialis derogat legi generali*).
- Om en tidigare lagregel är oförenlig med en senare bör den senare tillämpas (*lex posterior derogat priori*), men
- om en tidigare men mindre generell lagregel är oförenlig med en senare tillkommen men mer generell sådan bör den tidigare tillämpas (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*).

4 kap. Argumentationen

4.1 *Lagtolkning i svåra fall*

RUTINFALL OCH SVÅRA FALL

Med allt detta i minne måste vi återigen närma oss den viktiga frågan om etiska värderingars roll i juridisk argumentation.

Värderingar spelar ingen roll i *rutinfall*. En klar regel tillämpas då problemfritt på klara fakta. En s.k. subsumtion i ett rutinfall innebär närmare bestämt att fallets lösning logiskt följer av en rättsregel tillsammans med en faktabeskrivning.

Fast de flesta rättsfall är rutinartade inriktas denna bok främst på *svåra fall*. För att förstå rutinfallen behöver juristen inte några arbeten i allmän rättslära.

I ett *svårt fall* följer lösningen logiskt av en satsmängd som

- förutom en rättsregel och en faktabeskrivning
- omfattar en värdering eller ett annat tillägg som är rimligt men som kan ifrågasättas.

NJA 1959 s. 254. Två män som på arbetsplatsen vårdslöst lämnat en iridiumisotop obehövad dömdes för att de framkallat »allmän fara . . . genom att . . . sprida gift eller dylikt» (19 kap. 7 § strafflagen; numera 13 kap. 7 § brottsbalken). Att lämna isotopen utan bevakning bedömdes som likartat med dess *spridande*. Domen kan motiveras genom följande kedjesubsumtion.

Premiss 1 (en rättsregel)	Den som vårdslöst sprider ett farligt ämne skall dömas för framkallande av allmän fara.
Premiss 2 (en faktabeskrivning)	Pelle och Kalle har vårdslöst lämnat ett farligt ämne obehövad på arbetsplatsen.
Premiss 3 (en tillagd värdering)	Att lämna ett farligt ämne obehövad skall bedömas på samma sätt som dess spridande.
Slutsats	Pelle och Kalle skall dömas för framkallande av allmän fara.

Sådana tillagda satser som premiss 3 är förvisso rimliga men varken helt säkra eller allmänt godkända i juridisk argumentation.

För att förvandla en slutledning i ett svårt fall till en logiskt korrekt sådan tillägger man olika satser, beroende på *hur djupgående* argumentationen är. Om man t.ex. ifrågasätter premissen 3 kan man ersätta den med en ingående argumentation, varav denna premiss följer. En sådan argumentation kan t.ex. innehålla olika rättskällor eller etiska skäl som stöder analogin mellan att *lämna* och att *sprida* ett farligt ämne. Vidare måste man beakta frågan om laganalogi i straffrätt över huvud taget är tillåten (jfr den nya lagen 1994:458). Vid lagtolkning kan man således på ett alltmer djupgående sätt motivera de premisser som motiverar den juridiska slutsatsen. På så sätt erhåller slutsatsen ett bättre stöd.

Olika praktiska skäl bestämmer hur djupgående den argumentation som är tillräcklig i det föreliggande fallet skall vara.

VAGHET

Svåra fall uppstår bl.a. till följd av att vardagsspråket, däribland rättens språk, innehåller vaga och t.o.m. mångtydiga ord.

Många lexikaliskt vaga ord erhåller en exaktare juridisk mening om de sätts i samband med vissa *värderingar*. Man måste tillämpa värderingar för att t.ex. bestämma vilka avtalsvillkor som är »oskäliga».

NJA 1979 s. 666. En småföretagare ingick ett köpeavtal med ett storföretag. I avtalet fanns det en föga framträdande klausul om att »tvister i anledning av detta avtal . . . skola avgöras . . . efter säljarens (dvs. storföretagets) val av svensk allmän domstol eller genom skiljedom enligt lag». Småföretagaren stämde storföretaget, vilket dock ansåg att tvisten borde avgöras genom skiljedom och yrkade att talan skulle avvisas. Är skiljedomsklausulen ett oskäligt avtalsvillkor som i enlighet med 36 § avtalslagen bör lämnas utan avseende? Uttrycket »oskäligt avtalsvillkor» är vagt. Slutsatsen att villkoret är oskäligt kan emellertid stödjas på en värdering. Det bedöms nämligen som oskäligt att ett avtalsvillkor kan medföra att en ekonomiskt svagare part »betas möjligheten att få sin rätt prövad» (s. 669), bl.a. genom de höga kostnader som kan vara förenade med skiljeförfarandet.

NY TEKNIK M.M.

Nya samhällsföreteelser, vilka lagstiftaren inte kunnat förutse, kräver nya lösningar. Därmed uppstår ett stort utrymme för att domstolarna genom värderingar nyskapar rättsnormer.

I NJA 1980 s. 224 bedömdes olovligt uttag på bankomat som stöld, således inte som t.ex. bedrägeri.

Detsamma gäller t.ex. nya avtalstyper, såsom successivt ingående av avtal (jfr NJA 1978 s. 147) eller s.k. factoring (jfr NJA 1986 s. 217).

OBSOLET LAG

I extrema fall är den en gång etablerade regeln helt överspelad.

Jfr HB 1:10 som har följande lydelse: »De varor som av stadens vräkare böra skådas och provas, må köparen ej taga till sig, förr än det skett är; eller böte köparen och säljaren, vardera tio daler».

Den process genom vilken ett stadgande sedvanerättsligt förlorar giltighet kräver en viss tid. I början har domstolarna en benägenhet att regelbundet »glömma» stadgandet, dock utan att helt utesluta den rättsliga möjligheten av dess tillämpning i andra fall. Senare kan man emellertid finna att inga skäl längre motiverar någon sådan möjlighet. Stadgandet har slutgiltigt förlorat sin giltighet (genom s.k. *desuetudo derogatoria*).

Redan ett »bortglömt» stadgande kallas ibland för obsolet. Ordet »obsolet» är dock dubbeltydigt och används även som synonym med *desuetudo*.

UTFYLLANDE LAGTOLKNING

Lagtolkning i svåra fall är antingen utfyllande eller korrigerande (*contra legem*).

En utfyllande tolkning innebär ett val mellan en lagbestämmelses olika tolkningar, med andra ord en precisering av en mångtydig eller vag lagtext, men den strider inte mot lagbestämmelsens ordalydelse.

TOLKNING CONTRA LEGEM

En korrigerande tolkning tillskriver lagtexten en ny innebörd som strider mot dess ordalydelse.

Följande exempel kan anges.

- I rättsfallet NJA 1982 s. 493 ålade HD gåvoskatt för en ogiltig gåva, trots att enligt det relevanta lagrummet sådan skatt endast utgår vid »giltig utfästelse».

- NJA 1935 s. 157 och 1938 s. 35. En viss verkan tillerkändes ett muntligt avtal om fastighetsköp, ehuru lagen krävde skriftlig form, jfr 1 kap. 2 § av dåvarande jordabalken.
- NJA 1949 s. 195. En person skadades av att en elektrisk bil, som höll på att repareras, till följd av en arbetares misstag startades i ett garage. Hovrätten avgjorde fallet med stöd av en lag om skador som orsakas av »förare» och inträffar »i följd av trafik».
- NJA 1951 s. 265. En lagregel om faderns bidrag till moderns underhåll i samband med utomäktenskapligt barns födelse tillämpades på en man som gjort en kvinna havande, trots att graviditeten avbrutits på medicinsk grund. Abort ägde rum i senare delen av havandeskapet. HD utdömde det yrkade beloppet som motsvarade hälften av kvinnans utgifter och förluster i anledning av havandeskapet och aborten. HD:s majoritet (tre av fem ledamöter) åberopade »grunderna» för bestämmelsen. Det var således fråga om en laganalogi. Majoriteten värderade alltså likheten mellan en sådan abort och en vanlig födelse som väsentlig. Men bokstavligt talat är ett foster inte något »barn», inte heller är en abort någon »nedkomst».

Man kan även beakta 4 § av den gamla regeringsformen (upphävd 1969): »Konungen äger att allena styra riket . . .» Ur denna bestämmelse har man genom tolkning härlett och faktiskt tillämpat normen »regeringen har verkställighetsmakt». Betyder ordet »Konungen» språkligt sett samma sak som ordet »regeringen»? Betyder ordet »styra riket» språkligt sett detsamma som att »ha verkställighetsmakt»?

Ett annat lärorikt exempel finner man i Norge (Rt 1979 s. 1079). En sinnessjuk kvinna som dömts för dråp av sin moder och dråpförsök av sin fader till 10 års sluten psykiatrisk vård överklagade domen i strid med sin förmyndares (*hjelpeværger*) uppfattning. Åklagarmyndigheten yrkade att vadetalan skulle avvisas med stöd av 98 § straffprocesslagen av 1887, som lød: »Har siktede ikke nådd myndighetsalderen, tillkommer de ham tillagte partsrettigheter også værgen. Er han sindssvag, har værgen hans partsrettigheter». Såväl förarbetena som ett antal prejudikat anslöt sig till lagens ordalydelse. Likväl bestämde Høyesterett enhälligt att vadetalan skulle prövas. Avgörandet stöddes på en proposition till ny straffprocesslag samt på följande bedömning. Hade talan avvisats skulle det medföra att ett brottmål endast hade prövats vid en instans. Lagens ordalydelse sattes alltså ur spel med hänsyn till »en elementär rättssäkerhetsgaranti, som tillkommer alla andra i detta land».

Till den korrigerande tolkningen återkommer framställningen nedan under 4.3.

4.2 *Lagtolkningsmetoder*

Lagtolkning i svåra fall stöder sig på olika slags skäl, såsom analogislut, motsatsslut osv. Vissa av dem avslöjar att en mer övergripande tolkningsmetod använts.

- Bokstavstrogen tolkning innebär en beskrivning av textens språkliga innebörd. En lags språkliga innebörd kan belysas genom att man beaktar bl.a. följande material:
 - lagdefinitioner och andra förklaringar, som själva lagen innehåller, beträffande innebörden av vissa ord och uttryck;
 - ordböcker, språkvetenskap m.m.;
 - det sätt på vilket ord och uttryck som förekommer i lagen används i andra rättskällor och i vardagsspråket; samt
 - stilistiska egenskaper hos och egendomligheter i lagtexten eller t.o.m. vissa andra texter som skrivits av de i lagstiftningsarbetet deltagande personerna, t.ex. lagmotiv och juridiska avhandlingar.
- Språkligt konsekvent tolkning innebär att man använder följande tolkningsnormer, som utgår från att lagen bör vara ett så perfekt styrmedel som möjligt: samma ord och uttryck som förekommer på skilda ställen i en och samma lag får inte tolkas på olika sätt, om inte goda skäl finns för deras olika tolkningar. Om olika ord och uttryck förekommer i en och samma lag bör man anta, att också deras mening är olika, om inte goda skäl finns för att anta motsatsen. En lagbestämmelse får inte tolkas så att några delar av den blir överflödiga, om det inte finns goda skäl för det.
- Den logiska lagtolkningen innebär att man drar logiska slutsatser av lagen. Bl.a. konstateras om lagen är motsägelsefri. Motsägelsefrihet är det mest fundamentala rationalitetskravet och ett nödvändigt villkor för lagtolkningens sammanhängande karaktär.

Termen »logisk tolkning» används dessutom ibland för att beteckna en lagtolkning som utgår från vissa synnerligen väl etablerade normer såsom följande: ingen har en skyldighet att göra det omöjliga; ingen kan överlåta fler rättigheter än han själv har; lagen kan ej verka i det förflutna osv.

- Vid en systematisk tolkning betraktar man en lagregel i sitt sammanhang med sådana tolkningsdata som andra lagregler, lagens systematik och rättsdogmatiska teorier.
- Vid en historisk tolkning beaktas de fakta och åsikter som påverkat

lagstiftningen. Denna tolkningsform har behandlats ovan i samband med användningen av lagens förarbeten.

- Vid en komparativ tolkning av en inhemsk lag tar man hänsyn till utländsk rätt.
- Vid en teleologisk lagtolkning beaktas olika slags data angående lagens ändamål.

4.3 *Reducerande, restriktiv, extensiv och analogisk tolkning*

En nyanserad lagtolkning kan leda till att man utvidgar eller inskränker en lagregels tillämpningsområde i förhållande till dess språkliga lydelse.

- En *restriktiv* tolkning innebär att det slutgiltiga tillämpningsområdet för en regel begränsas till ordinära fall, vilka utan tvekan omfattas av dess ordalydelse enligt vanligt språkbruk.
- En *reducerande* tolkning (ett s.k. reduktionsslut) innebär att regeln tillämpas ännu restriktivare. Den tillämpas således inte ens på alla ordinära fall.
- En *extensiv* tolkning innebär att det slutgiltiga tillämpningsområdet för en regel omfattar mer än ordinära fall i nyss angiven bemärkelse. Men dessa fall måste omfattas av regelns språkligt tänkbara mening.
- Ibland är utvidgningen radikalare: en *ny, generellare regel* tillskapas som överskrider den ursprungliga regelns språkligt sett tänkbara tillämpningsområde. Det vanligaste sättet att tillskapa en ny, generellare regel är genom laganalogi, se strax nedan.

Låt oss ta följande fiktiva regel: »alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben». Regeln kan tolkas på olika sätt. En bokstavstolkning innebär att alla de personer som spelar schack, och inga andra, får söka medlemskapet. En restriktiv tolkning innebär t.ex. att endast de schackspelare som erhållit det nationella schackförbundets »ratingtal», fastställande deras spelstyrka, får söka medlemskap. En reducerande tolkning innebär t.ex. att regeln tillämpas ännu restriktivare, så att endast stormästare får söka medlemskap. En extensiv tolkning innebär t.ex. att alla de personer som en gång lärt sig schackreglerna får söka medlemskap, oavsett om de någonsin spelat ett schackparti. Man kan till sist tänka sig att det tillskapas en ny, generellare regel som innebär t.ex. att även bridgespelare får söka medlemskap i schackklubben.

De rent språkligt tänkbara tolkningsformerna, dvs. en extensiv, en bokstavlig och en restriktiv tolkning kan alla betraktas som en *precisering*

av den ifrågavarande rättsregeln. En reducerande tolkning och ett skapande av en generellare norm är däremot specialfall av en korrigerande tolkning (*contra legem*).

I vissa fall nöjer man sig inte med en reducerande tolkning utan eliminerar helt och hållet den ifrågavarande regeln ur rättsordningen, t.ex. därför att den är obsolet. En schackklubb kan t.ex. successivt ändra karaktär. Först godtages även bridgespelare. Sedan avvisas alla som inte håller en mycket hög klass i något av spelen. Till sist utträder alla schackspelare, och klubben blir en elitförening i bridge. Någon kanske minns regeln »alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben» men tar den inte på allvar.

Slutligen kan det hända att en viss tolkning delvis är restriktiv, delvis extensiv. Till och med en reducerande tolkning och ett normskapande genom analogi kan kombineras med varandra, t.ex. då regeln »alla schackspelare får söka medlemskap i schackklubben» tillämpas på stormästare i schack och mästare i bridge, medan mindre framgångsrika spelare uteslutes. Uteslutningen av vanliga schackspelare innebär där en reducerande tolkning, och godkännandet av bridgemästarna innebär ett skapande av en mer generell regel.

Valet mellan de olika tolkningssätten beror på en avvägning av olika sak- och auktoritetsskäl.

4.4 *Analogislut*

BEGREPPET »LAGANALOGI»

En *laganalogi* innebär att

- det ifrågavarande fallet ligger utanför det språkligt sett tänkbara tillämpningsområdet för den ifrågavarande lagbestämmelsen, men
- fallet bedömes ändå med stöd av lagbestämmelsen, eftersom
- lagbestämmelsen reglerar några andra fall, vilka väsentligen liknar det aktuella.

Laganalogi definieras således dels efter ett *tolkningssätt*, dvs. ett beaktande av en väsentlig likhet mellan vissa fall, dels efter ett tolkningsresultat, nämligen en *drastisk utvidgning* av en lagbestämmelses tillämpningsområde.

Förvisso hävdas det ibland att rättsspråket över huvud taget har analogisk karaktär och att analogislut sålunda kännetecknar vardaglig rättstillämpning. Men laganalogi i strikt mening måste skiljas från den s.k. analogin inom lagen (*intra legem*).

VARFÖR LAGANALOGI?

Laganalogin uttrycker principen »lika skall behandlas lika» och därmed hänsynen till såväl rättvisan som lagtolkningens inre sammanhang.

LUCKOR I LAGEN

Det sägs ofta att man använder laganalogi (i strikt mening) endast då det ifrågavarande komplexet av bestämmelser innehåller ett slags *lucka*. Man skiljer mellan följande typer av *luckor i lagen*.

1. *Egentliga luckor* föreligger då lagen inte reglerar det aktuella fallet. Närmare bestämt ligger fallet utanför det språkligt sett tänkbara tillämpningsområdet för de ifrågavarande lagbestämmelserna. I många fall är sådana luckor visserligen lätta att fylla ut med stöd av sådana utfyllnadsregler som att allt som inte är förbjudet är tillåtet. Vissa luckor är emellertid svårare att bemästra.

- Författningen säger t.ex. att riksdagen skall meddela en viss lag, men lagen antas av någon anledning aldrig. Ibland vet man inte ens hur det skall gå till.
- I andra fall är utfyllnadsreglerna visserligen logiskt sett tillämpliga på det ifrågavarande fallet men övervägande skäl finns mot att de borde tillämpas. Det aktuella fallet kan t.ex. vara av ett nytt slag, uppkommet till följd av ekonomisk eller teknologisk utveckling, jfr avsnitt 4.1 ovan.

2. Luckor i lagen uppstår också då de bestämmelser som reglerar det aktuella fallet innehåller en logisk motsägelse. En bestämmelse stadgar t.ex. att en viss handlings giltighet kräver skriftlig form, medan en annan bestämmelse säger att skriftlig form inte krävs för handlingens giltighet. Sådana motsägelser resulterar i en lucka, eftersom de logiskt oförenliga normerna slår ut varandra. I vissa fall kan sådana luckor fyllas ut med stöd av kollisionsprinciper såsom *lex superior*, *lex posterior* och *lex specialis*. I andra fall är de juridiskt väsentliga, eftersom kollisionsprinciperna inte är tillämpliga.

Vidare talas det ibland om luckor i lagen då den ifrågavarande bestämmelsen innehåller exceptionellt mångtydiga eller vaga ord, eller då en lag reglerar det aktuella fallet men man anser att en annan reglering skulle vara bättre.

Det är tveksamt om ordet »lucka» bör tillämpas i dessa sammanhang. Distinktionen mellan utfyllande av sådana »luckor» och vanlig lagtolkning är inte klar.

INSTITUTANALOGI OCH RÄTTSANALOGI

Förutom laganalogi förekommer s.k. *institutanalogi*. Ett helt regelkomplex som gäller på ett visst rättsområde tillämpas då analogt på ett annat rättsområde. Som exempel kan nämnas att åtskilliga av köplagens regler anses tillämpliga vid avtal om hyra av lös egendom.

Det förekommer också *rättsanalogi* (*analogia iuris*), som innebär att man tillämpar allmänna och oskrivna normer härledda ur ett antal bestämmelser. Detta resonemang har följande struktur:

- En generell norm motiveras genom att flera bestämmelser så väl hänger samman med varandra och så mycket liknar varandra, att de kan uppfattas som specialfall av denna generella norm.
- Det aktuella fallet ligger utanför det språkligt sett naturliga tillämpningsområdet för dessa bestämmelser.
- Å andra sidan omfattas det ifrågavarande fallet av den generella norm som motiveras av bestämmelserna.
- Därför bedöms fallet i fråga med stöd av denna generella norm.

Som ett exempel kan man ange den s.k. nordiska rättsstridighetsläran, enligt vilken man inte bör vara vare sig straffrättsligt ansvarig eller skadeståndsskyldig för en handling vars nytta väger tyngre än risken att den skall framkalla skada. Ansvarsfrihetsgrunder såsom nöd, nödvärn, samtycke eller tjänsteplikt kan sålunda uppfattas som olika specialfall av denna generella och oskrivna grundsats.

MOTSATSSLUT

Om man bestämmer sig för att inte använda laganalogi kan en annan juridisk slutledning i stället följas, nämligen motsatsslutet (*argumentum e contrario*).

Ett motsatsslut föreligger då följande villkor är uppfyllda: Det aktuella fallet regleras inte av någon rättsnorm. Det behandlas därför på motsatt sätt jämfört med de av denna norm reglerade fallen.

Allt som inte är förbjudet av lagen anses sålunda vara tillåtet. Motsatsslutet stöder sig på respekt för lagen. Lagens ordalydelse har bestämts genom en legitim, auktoritetsgrundande lagstiftningsprocess. Den respektfulle och lojale lagtolkaren anser sig inte berättigad att genom analogislut utvidga lagens tillämpningsområde.

VALET MELLAN ANALOGISLUT OCH MOTSATSSLUT

Analogislut innebär att man argumenterar för att med stöd av några likheter utvidga en rättsnorm och motsatsslut innebär att man argumente-

rar mot en sådan utvidgning. De är argumentformer, »lådor» som måste fyllas med innehåll, dvs. med en avvägning mellan olika juridiska skäl.

Följande argumentationsprinciper är till hjälp vid valet mellan analogi- och motsatsslut.

Endast om en likhet mellan skilda fall är väsentlig utgör den en tillräcklig grund för laganalogi.

Den för laganalogi karakteristiska väsentlighetsbedömningen innebär ofta en *avvägning* av olika slags skäl och motskäl.

Jfr NJA 1981 s. 1050 där HD som vi minns gjort en allsidig jämförelse mellan retentionsrätt i olika fall, angett skäl för och mot en laganalogi samt konstaterat följande: »På grund av det ovan anförda framstår ett utövande av retentionsrätt i överlämnat räkenskapsmaterial som olämpligt och det bör inte kunna komma ifråga att genom analogi från bestämmelser som de förut omnämnda medge sådan rätt . . .».

Laganalogi får tillämpas i *dispositiva civilrättsliga fall*, om inte klara skäl talar för motsatsen.

Bestämmelser som anger *tidsfrister* får inte användas analogt.

Bestämmelser som uttrycker tillräckliga villkor för att en viss generell norm *undantagsvis* inte skall följas får inte tolkas analogt, om inte starka skäl talar för en sådan tolkning.

Endast starka skäl kan följaktligen motivera extensiv eller analog tolkning av *ogiltighetsvillkor*, som ju utgör undantag från den i 1 § avtalslagen uttryckta grundsatsen att avtal är bindande. Om lagen inte uttryckligen säger att vissa avtal är ogiltiga, så skall de inte heller anses vara ogiltiga, om inte starka skäl talar för ogiltighet.

Bestämmelser som motiverar att en person *straffas eller pålägges bördor* får inte tolkas analogt, om inte synnerliga skäl talar för en sådan tolkning.

Följande två specialfall är av största vikt.

- Den straffrättsliga legalitetsprincipen innebär att ingen gärning får anses som ett brott och inget straff åläggas utan stöd av lag (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*); jfr 2 kap. 10 § 1 st. regeringsformen. Ett förbud mot analogisk tillämpning av straffbud har införts i brottsbalken (1 kap. 1 §) genom lag 1994:458.

- Den skatterättsliga principen »ingen skatt utan lag» (*nullum tributum sine lege*) talar mot en analogisk och extensiv tolkning av bestämmelser som ålägger en person skatt, men något kategoriskt analogiförbud finns inte i svensk skatterätt.

VALET MELLAN FLERA ANALOGIER

Ett aktuellt fall kan likna de fall som omfattas av en regel, samtidigt som det ur en annan synvinkel kan likna andra fall, reglerade av en annan regel. Om laganalogi är påkallad men reglerna i fråga är oförenliga, måste man välja mellan (åtminstone) två analogier. Valet mellan olika analogier bör styras av samma väsentlighetsbedömning som gör sig gällande vid användningen av *en* analogi.

ARGUMENT A FORTIORI

Följande argumentationsprinciper uttrycker två former av det s.k. *a fortiori*-argumentet:

Om lagen tillåter någon att göra mer, är det också tillåtet att göra mindre (*a maiori ad minus*-argumentet).

Om lagen förbjuder någon att göra mindre, är det också förbjudet att göra mer (*a minori ad maius*-argumentet).

A fortiori-argumentet utgör egentligen ett analogislut, förstärkt med en värdering avseende frågan vad som är »mer» respektive »mindre».

4.5 *Teleologisk lagtolkning*

STRUKTUREN

Genom teleologisk lagtolkning fastställs lagens ändamål. Teleologisk tolkning utgör ett särfall av en *konsekvensinriktad* (»målrational») argumentation. Det är rimligt att vid lagtolkning beakta lagens ändamål. Lagen består av normer, och en norms syfte är att tjäna ett ändamål.

SUBJEKTIV OCH OBJEKTIV TELEOLOGISK LAGTOLKNING

Lagens ändamål kan skilja sig från personliga ståndpunkter hos de människor som deltagit i lagstiftningsarbetet. Slutsatsen om lagens ändamål följer i stället av en komplex satsmängd, som är olika vid subjektivteleologisk och objektivteleologisk lagtolkning.

Den *subjektiv*teleologiska (med andra ord »genetiska») lagtolkningen

baserar sig på en uppfattning om lagstiftarens vilja. Denna uppfattning kan i sin tur stödja sig på lagens förarbeten.

Den *objektiv*teleologiska lagtolkningens baserar sig däremot på en allsidig och förutsättningslös avvägning mellan olika juridiska skäl. Avvägningen stöder slutsatsen att ett bestämt ändamål skall förverkligas.

DEN KLASSISKA OCH DEN RADIKALTEOLOGISKA LAGTOLKNINGEN

Har några andra tolkningsmetoder företrädare framför den teleologiska? Det klassiska svaret på denna fråga är att den teleologiska lagtolkningen bör tillämpas först som den sista utvägen, sedan det trots användning av den bokstavstroga, den logiska, den systematiska och den historiska metoden konstateras att den tolkade bestämmelsen kvarstår som vag.

En *radikal*teleologisk riktning kräver å andra sidan, att den teleologiska lagtolkningen används på alla tolkningsproblem, och från allra första början av tolkningsprocessen.

EKELÖFS LÄRA

Den radikalteleologiska lagtolkningen i Sverige har förespråkats främst av *Per Olof Ekelöf* (1906–1990). Hans åsikter kan sammanfattas på följande sätt. Lagen skall utan vidare tillämpas på *ordinära* fall. Denna tolkning påverkar *utgången* av ordinära fall. De ordinära fallens utgång kan tänkas leda till vissa samhälleliga *verkningar*. En del av dessa verkningar utgör lagens *ändamål* (dvs. de verkningar som lagen borde ha). Ändamålet bör avgöra lagtolkningen i *säregna* fall.

I sådana fall bör rättstillämpningen inte känna sig bunden av lagens förarbeten. Inte heller bör enligt Ekelöf någon komplicerad, systematisk eller logisk tolkning utföras. I stället bör lagtolkningen anpassas till det sålunda fastställda ändamålet. Ekelöf medger emellertid att även prejudikat – men inte förarbeten – utgör viktiga lagtolkningsdata. Om ett prejudikat finns som kan belysa lagtolkningen i det säregna fallet följer Ekelöf prejudikatet, även om han kanske skulle ha löst det fallet på något annat sätt om prejudikatet inte funnits.

Ekelöf anger följande exempel. 45 kap. 5 § 1 st. rättegångsbalken har följande lydelse:

»Väckt åtal må icke ändras. Åklagaren äge dock mot samme tilltalade utvidga åtalet att avse annan gärning, om rätten med hänsyn till utredningen och andra omständigheter finner det lämpligt.»

Låt oss antaga att flera personer åtalas för att gemensamt ha begått ett antal stölder. En åtalas endast för delaktighet i en enda stöld. Omedelbart före huvudförhandlingens början ändrar dock åklagaren åtalet så att vederbörande inte längre åtalas för denna stöld utan i stället för delaktighet i en av de andra stölderna. Den tilltalade erkänner, och det föreligger också andra bevis för brottet. Är en sådan åtalsändring tillåten? Lagens ordalydelse talar mot denna slutsats. Ekelöf anser emellertid att ändringen bör tillåtas. Han frågar sig först till vilka verkningar en tillämpning av lagrummet leder i ordinära fall. Någon åtalas för ett brott, och senare utvidgas åtalet till att även avse ett annat brott. Båda behandlas i samma process. Alla inblandade sparar tid, pengar och bekymmer, jämfört med vad som skulle orsakas av två processer. Ekelöf konstaterar att denna besparing utgör bestämmelsens ändamål. Till sist återkommer han till det ovan angivna, säregna fallet och slår fast att samma besparing uppstår även när någon under de angivna omständigheterna åtalas för ett brott *i stället* för ett annat. Alltså är åtalsändringen tillåten.

Ekelöfs metod har följande starka punkter.

1) I likhet med alla andra teleologiska tolkningsläror beaktar den lagens ändamål.

2) Den bidrar till att avgöranden i ordinära och säregna fall får samma verkningar. Därmed ökar beslutsfattandets generalitet – i enlighet med principen »lika skall behandlas lika».

Metoden är alltså rimlig och bör tillämpas i vissa fall. Men dess *radikal*teleologiska anspråk kan kritiseras. Vissa problem medför nämligen att den trots Ekelöfs högt ställda anspråk endast får komplettera, men inte ersätta, andra mer traditionella tolkningsmetoder.

- En del faktiska verkningar av lagens tillämpning på ordinära fall uppfattas av Ekelöf som identiska med ändamålet, dvs. med de verkningar lagen *bör* ha. »En del» betyder dock inte »alla». Lagens ändamål är den verkan som enligt den tolkandes omdöme är av godo. Men vem vet med säkerhet vilka verkningar av t.ex. en komplicerad skattelagstiftning som är goda respektive onda?
- Metoden är synnerligen svårtillämpad när det gäller stadganden med flera ändamål, vilka ofta står i ett motsatsförhållande till varandra. Inom civilrätten konkurrerar således parternas olika intressen. På straffrättens område erkänner man inte endast prevention, att hindra gärningsmannens återfall i brott och att avskräcka andra potentiella förbrytare, utan även vård – att bättra gärningsmannen – och vedergällning. Till och med i Ekelöfs ovan anförda processrättsliga exempel har man att göra med två motsatta ändamål. Bestämmelsen om åtals-

ändring syftar ju inte bara till att garantera de ovan beskrivna besparingarna. Om det vore så, skulle alla åtalsändringar vara tillåtna, bara de ledde till en minskning av kostnaderna för rättegången. Det konkurrerande ändamålet är självfallet att skydda den tilltalade mot helt oväntade åtalsändringar som skulle ge åklagaren medel att trakassera en misshaglig person och försvåra dennes försvar.

LAGENS ÄNDAMÅL OCH AVVÄGNING

Lagens ändamål är en rationell konstruktion, nämligen den mest rationella, dvs. den mest sammanhängande och sakliga tolkningen av olika slags data. Närmare bestämt härleds ändamålet ur en komplex premissmängd som kan innehålla följande data:

- »lagstiftarens vilja» (lagens ändamål i »subjektiv» mening), dvs. hypoteser om de i lagstiftningsprocessen deltagande personernas avsikter;
- lagens förarbeten;
- de rättskälleprinciper som bestämmer förarbetenas ställning som auktoritetsskäl i juridisk argumentation;
- »lagens ändamål» i objektiv mening, fastställt genom avvägning mellan olika etiska och juridiska sak- och auktoritetsskäl, inklusive vissa traditionella lagtolkningsmetoder;
- »lagens ändamål» i Ekelöfs mening, fastställt med stöd av lagens verkningar i typiska fall.

Vilka av dessa data som bör beaktas i det konkreta fallet beror på en avvägning mellan fallets samtliga omständigheter.

4.6 *Den juridiska sammanvägningsmetoden*

TELEOLOGISK LAGTOLKNING ELLER DEN JURIDISKA SAMMANVÄGNINGSMETODEN?

I ljuset av det ovan sagda framstår teleologisk lagtolkning som en av flera tolkningsmetoder. Den bör inte ha någon särställning. Inte heller går det att uppställa någon universellt giltig prioritetsordning mellan olika lagtolkningsmetoder. I stället bör resultat av olika tolkningsargument jämkas samman, eftersom lagtolkning bör vara så rättvis som möjligt. Rättvisan kräver nämligen en *avvägning* mellan olika värden. Att tolka lagen rättvist innebär att man i det föreliggande fallet optimalt väger alla relevanta rättskällor och sakliga hänsyn mot varandra.

5 kap. Etiken

5.1 *Frågan om juridiska värderingar kan vara riktiga*

DEN JURIDISKA ARGUMENTATIONENS RÄTTFÄRDIGANDE

Värderingars stora betydelse i juridisk argumentation ger upphov till den allmänna rättslärans huvudproblem, nämligen frågan om vad det bör innebära att rättstillämpning är riktig.

Att *rättfärdiga* en slutsats innebär att visa att den är riktig eller korrekt.

Juridiska slutsatser kan rättfärdigas

- inom det juridiska argumentationssystemet, förankrat i lagar, andra etablerade rättskällor och hävdvunna argumentationsmetoder, eller
- utanför detta system.

Det förra är det *juridiskt tillräckliga rättfärdigandet*. Det senare är ett *djupgående rättfärdigande*. En politiker, samhällskritiker eller moralfilosof kan nämligen argumentera från utgångspunkter som ligger utanför det juridiska argumentationssystemet. Han kan således ifrågasätta och kritisera eller stödja och motivera de antaganden från vilka juristerna utgår.

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

JURIDISKA TOLKNINGSSATSER

Juridiska satsers (bl.a. tolkningssatsers) mening och djupgående rättfärdigande är komplexa och problematiska.

Juristernas argumentation utgör en säregen blandning av teoretiska och praktiska element. Den juridiska tolkningen i *svåra fall* stöder sig på såväl påståenden om gällande rätt som etiska normer och värdeomdömen. De

juridiska tolkningssatserna är således praktiska, sammanbundna med etiska värderingar, men de kan ändå vara riktiga. Hur kan då, måste man fråga sig, etiska värderingar vara riktiga? Finns det några objektiva värden? Är värdesatser inte rent subjektiva, personliga omdömen?

5.2 Olika värdeteorier och etiska läror

KUNSKAP OM VÄRDEN?

Det finns olika uppfattningar i fråga om man kan ha *kunskap* i värdefrågor. *Kunskapsteoretiska värdekognitivisterna* påstår, medan *värdeskeptiker* förnekar, att man kan ha kunskap om värden.

FINNS DET NÅGRA VÄRDEN?

Man kan emellertid inte ha kunskap om något som inte finns. Skilda kunskapsteoretiska uppfattningar påverkas därför av olika teorier om världens *existens*: *Värderealister* påstår, medan *värdenihilister* förnekar, att det finns objektiva värdeegenskaper, och därmed objektiva, faktiskt existerande värden.

VÄRDENATURALISMEN

Värdenaturalistiska teorier kan uppfattas som ett särfall av värderealistiska sådana; de likställer nämligen värden med vissa empiriskt konstaterbara («naturliga») fakta, såsom människors attityder. En sådan teori kan t.ex. hävda att en handling är etiskt god om och endast om den gillas av människor eller ökar deras lycka. Det faktum att handlingen gillas eller att den alstrar lycka är med andra ord detsamma som handlingens etiska värde. Det vaga uttrycket »människor» kan preciseras på olika sätt, t.ex. »ett stort antal människor» eller »mänsklighetens majoritet».

Värdenaturalistiska teorier kan emellertid kritiseras som ensidiga. Närmare bestämt är värdenaturalismen oförenlig med en rimlig teori som innebär

- att *flera* olika fakta är kännetecken på att en handling är etiskt god;
- att det följaktligen finns *flera* giltiga moralvärden och moralprinciper;
- att dessa ibland kommer i konflikt; samt
- att det inte finns någon giltig princip för hur sådana konflikter skall lösas.

VÄRDESATSER SPRÅKLIGA INNEBÖRD

Något liknande motsättningar förekommer även i samband med värdesatser språkliga innebörd. *Språkteoretiska värdekognitivister* likställer värdesatser med vissa teoretiska satser som kan vara sanna (eller falska).

Den viktigaste uppgiften för en teoretisk sats är att lämna information. Satsen uttrycker ett påstående. Två huvudtyper av teoretiska satser är empiriska satser och analytiska satser. Empiriska satsernas sanning beror på fakta. Analytiska satser är sanna eller falska oberoende av fakta, i kraft av meningen hos vissa begrepp. Exempel: »Alla ungarlar är ogifta.» Satsens sanning bestäms av meningen hos begreppen »alla», »ungkarl», »är» och »ogift».

Språkteoretiska icke-kognitivister gör gällande att värdesatser inte kan vara sanna. De är lika litet sanna eller falska, som matematiska tal är friska eller sjuka.

Emotivisterna tillägger att värdesatser är rena känslouttryck. Satsen »handlingen H är god», uttalad av Kalle, uttrycker Kalles gillande av H men beskriver inget alls. En värdesats liknar en projektor: den överflyttar den talandes känsla på det föremål som väcker känslan.

5.3 *Uppsalaskolan*

AXEL HÄGERSTRÖMS FILOSOFI

Bland värdenihilisterna måste man nämna *Axel Hägerström* (1868–1939), Uppsalaskolans grundare.

Hägerströms åsikter grundar sig på funderingar om verklighetens beskaffenhet. All kunskap är en kunskap om verkligheten. Allt som verkligen finns kan placeras i tid och rum. Värdesatser är varken sanna eller falska, eftersom de inte beskriver något som finns i tid och rum.

Övertygelsen att ett värde finns är enligt Hägerström blott ett uttryck för en känsla. Känslor är inte detsamma som beskrivning av några fakta. De är inte ens identiska med en beskrivning av attityder. Ett värde kan därför inte vara någon egenskap hos det föremål som värderas. Satser om värden, gällande rätt, rättigheter osv. beskriver således ingenting alls. Om det antas, som kognitivisterna gör, att de ändå beskriver några värden, så är dessa satser enligt Hägerström *själv motsägande*, eftersom de gör anspråk på att beskriva värden men i själva verket inte gör det utan blott uttrycker känslor.

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

KORT OM HÄGERSTRÖMS ELEVER

Hägerströms filosofi har inspirerat bl.a. Vilhelm Lundstedt (1882–1955), Karl Olivecrona (1897–1980), Tore Strömberg (1912–1993) och andra s.k. skandinaviska rättsrealister.

Olivecrona har uppfattat rättsregler som *fristående imperativer* (fristående påtryckningssatser): De betraktas av vissa människor som befallningar, trots att den som befaller inte kan identifieras som någon individ. Föreställningen att lagen har en bindande kraft uttrycker enligt Olivecrona respekt för konstitutionen men motsvarar inga fakta. Olivecrona krävde emellertid inte att begreppet »gällande rätt» skulle utmönstras ur juridiken. Han medgav att föreställningen om gällande rätt har viktiga samhälleliga funktioner.

EN KRITIK AV UPPSALASKOLAN

Uppsalaskolan skapade en klyfta mellan juristernas vanliga uppfattningar och rättsfilosofin. Att t.ex. Olivecrona trots sin kritiska inställning till juridiska begrepp betonade att dessa hade nyttiga funktioner skapade också ett praktiskt dilemma. Fast en jurist uppmuntrades att använda juridiska begrepp, berövades han all möjlighet att uppfatta dem som rationella. Hur kan man samtidigt anse att gällande rätt är en fantasiskapelse och ändå på ett samhällsnyttigt sätt argumentera juridiskt?

Vidare kan Uppsalaskolans värdenihilism – som likställer värdeomdömen med rena känslouttryck – kritiseras som följer.

- Man stöder ofta värdeomdömen med skäl. Jan anser således att Per är en god människa *därför* att Per är så hjälpsam. Rena känslouttryck kräver emellertid inga skäl.
- Den som uppriktigt uttalar ett värdeomdöme anser att det är *riktigt*. Känslor är däremot varken riktiga eller oriktiga, utan subjektiva, personliga.
- Uppsalaskolan ådagalägger en skeptisk, egentligen arrogant attityd gentemot många vardagligt begagnade begrepp, såsom »god», »gällande rätt» m.m. Vanliga människor anser t.ex. att satsen »H är en god handling» utgör ett påstående *om handlingen H*. En värdenihilist påstår emellertid att satsen blott har anspråk på att beskriva något men *i själva verket* inte gör det utan endast uttrycker känslor.

- Värdenihilisterna uppfattar en *debatt* om värden som egentligen meningslös. Antag att Jan tycker att H är en god handling medan Per tycker att H inte är det. Jans och Pers åsikter om handlingen (»H är god«, »H är inte god«) förefaller därför vara logiskt oförenliga. Det skulle de emellertid inte kunna vara om Jan blott uttryckte sina känslor och Per sina. Det finns t.ex. ingen logisk motsägelse mellan att en individ tycker om surströmming och att en annan avskyr denna rätt. Varför skall då Jan och Per föra en etisk debatt i stället för att helt enkelt erkänna att de har olika känsloliv?
- Uppsalaskolans skeptiska attityd mot juridiska begrepp grundar sig ytterst på vissa antaganden om ett annat, än mer abstrakt och komplicerat *begrepp*, nämligen verklighetsbegreppet. Ur verklighetsbegreppet härleds således slutsatsen att det verkliga finns i tid och rum. Varför, kan man fråga, betraktas då verklighetsbegreppet som mer påtagligt än rättsbegreppet och andra rättsliga begrepp? Många filosofer anser tvärtom, att verklighetsbegreppet är synnerligen obestämt. »Det verkliga» kan uppfattas på olika sätt, beroende på vårt sätt att ordna data. Kort sagt behöver man inte anta att endast materiella ting och mänskliga tankar är verkliga, utan det finns skäl att medge att även begrepp, problem, värden, gällande rätt m.m. existerar.

Den berömde vetenskapsfilosofen *Karl Poppers* verklighetslära utgår t.ex. från att det finns tre olika »världar».

Värld 1 omfattar fysiska ting, t.ex. berg, djur och bilar, vilka finns i tid och rum.

Värld 2 omfattar psykiska upplevelser, t.ex. en jurists tankar om gällande rätt.

Värld 3 omfattar innebörden av tankar, böcker, dataminnen osv; den omfattar även begrepp, satser, matematiska tal, mängder, egenskaper, problem, lösningar, teorier m.m. Dessa är tidslösa och kan inte placeras i rummet. Talet fem t.ex. är alltid och överallt detsamma.

Att hävda att värld 3 är fiktiv, dvs. inte finns, vore både opraktiskt och besynnerligt. Det skulle vara opraktiskt att avstå från att använda sådana uttryck som att »det finns en oändlig mängd primtal» eller »det finns en lösning på detta problem». Det skulle vara besynnerligt att förneka att Kalles och Pelles tankar kan ha *samma innebörd* fast Kalles tanke – betraktad som en psykisk upplevelse – finns i Kalles huvud, och Pelles tanke i Pelles huvud. Olika människor kan ha gemensamma tankar men knappast något gemensamt huvud.

Innebörden kan finnas även om ingen människa någonsin tänkt på den. En dator t.ex. kan skriva logaritmtabeller, som sedan automatiskt överförs till ett

bibliotek och ligger där olästa. Dessa tabeller har en innebörd, fast de inte orsakar några tankar.

Att tala om tre »världar» i Poppers mening är helt oskyldigt, om man bara förstår att det rör sig om ett bildligt språk, inte helt exakt men med ett visst retoriskt och pedagogiskt värde.

För att undvika missförstånd kan en distinktion göras mellan olika betydelser av sådana ord som »verklig» och »finns». Fysiska ting finns och är verkliga i fysisk mening. Psykiska upplevelser finns och är verkliga i psykisk mening. Begrepp och teorier finns och är verkliga i begreppslig (»ideell») mening.

Endast ett fåtal professionella rättsfilosofer ansluter sig numera till Hägerströms lära. Men skolan fortsätter att indirekt bestämma många svenska juristers oreflekterat negativa inställning till all teori om rättsprinciper och etiska värden. En jurist präglas ofta omedvetet av sin fars rättsvetenskap och sin farfars rättsfilosofi.

5.4 *Moderna etiska läror – Hares utilitarism*

INLEDNING

Modern moralfilosofi påverkas inte ofta av värdenihilism. Debatten domineras i stället av utilitarism, rättvise- och rättighetsläror samt gemen-skapsetik.

DET ETISKA SPRÅKET, BL.A. UNIVERSALISERBARHET

R.M. Hare ansluter sig till en lång tradition inom brittisk *utilitarism*, vilken omfattar bl.a. Bentham och Mill, men visar ändå stor originalitet.

Hares morallära stöder sig på logisk analys av det etiska språket. Hare utgår från att etiska värdesatser är överordnade andra slags värdesatser, universaliserbara och preskriptiva.

Att etiska satser är *överordnade* innebär att de går före andra slags normer och värdesatser. Om någon handling är etiskt god men strider mot t.ex. en estetisk princip eller den handlandes intresse, så skall denna handling utföras. Det etiskt goda är det högsta goda.

Att etiska satser är *universaliserbara* innebär att varje etisk sats följer av en universell princip, vilken avser alla personer, föremål eller handlingar av ett visst slag. Lika skall behandlas lika.

Detta krav har en urgammal förhistoria, omfattande t.ex. bibelns bud: behandla inte andra som du inte själv vill behandlas. I detta sammanhang kan det även

erinras om *Immanuel Kants* kategoriska imperativ: handla endast efter den maxim om vilken du kan vilja att den också skall vara en allmän lag.

Hare drar följande slutsats av etiska satsers universaliserbarhet. I den mån skillnad mellan en själv och andra inte är universaliserbar, saknar den etisk relevans. Ur etisk synvinkel bör man behandla andra på samma sätt som sig själv.

Hare anser sålunda inte att en individuell handling bör bedömas efter sina konkreta konsekvenser. I stället bör en universell regel fastställas med vilken handlingen stämmer överens. Sedan bör handlingen bedömas efter de konsekvenser som uppstår då regeln följs.

DET ETISKA SPRÅKET. PREFERENSER OCH ETIKEN

Att etiska satser är *preskriptiva* i Hares mening innebär att normer (och »imperativer») kan härledas från dem och att dessa normer bör följas. Om en person uttalar att en handling är god och ändå vägrar att utföra den uppträder han inte uppriktigt.

Etiska satsers *preskriptiva* karaktär innebär vidare att de uttrycker olika personers *preferenser*. Hare anser inte att en handling bör bedömas efter den lycka den alstrar, utan i stället efter huruvida den universella satsen stämmer överens med andras preferenser.

EN PREFERENSAVVÄGNING

En konsekvens av de etiska satsernas universaliserbara och *preskriptiva* karaktär är att en person i sina handlingar bör ta hänsyn till andras preferenser. Enligt Hare bör man närmare bestämt handla i enlighet med en preferensordning som utom ens egna preferenser beaktar vad andra personer vill, hur många personer det rör sig om och hur starka deras preferenser är.

Det följer givetvis *inte* att den enskildes *alla* handlingar ständigt bör anpassas till andras preferenser. Tvärtom, var och en bör utrustas med en fri sfär vari endast ens egna preferenser är relevanta.

För att bestämma denna preferensordning måste moraltänkaren inte blott *sanningsenligt beskriva* olika personers preferenser utan även *anta dessa preferenser som sina egna* och slutligen *våga dem samman*. Enligt Hare följer härav att man bör behandla andra så som de själva vill bli behandlade.

DET ETISKA TÄNKANDETS TVÅ NIVÅER

En av Hares originellare tankar visar sig i följande teori om det *etiska tänkandets två nivåer*. Den kritiska nivån består däri att man fullständigt beräknar andras preferenser i alla tänkbara fall och väger dessa mot varandra. Eftersom en människa inte kan helt lösa denna uppgift, måste hon ofta nöja sig med det etiska tänkandets *intuitiva* nivå, vilken består av att man följer sina etiska känslor och vissa etablerade moralprinciper, t.ex. att man inte bör leva på andras bekostnad, ljuga för sina vänner, missköta sina barn, intrigera på arbetsplatsen, plåga sin hund m.m.

KRITIK AV HARES TEORI

Utilitarism i allmänhet och Hares lära i synnerhet kan kritiseras på olika sätt, bl.a. genom angivande av vissa motexempel. Dessa uppfattas ofta som ett skäl för att ersätta utilitarismen med en *teori om individens rättigheter*. Alla människor tillerkänns således rätt att leva, att ha sin frihet, att äga sitt arbetsprodukter m.m., helt oberoende av andras preferenser.

Antag t.ex. att en viss människa funderar på självmord och blott har en svag preferens för att leva. Genom att döda henne och transplantera hennes olika kroppsdelar kan man rädda livet på ett antal andra som till varje pris vill överleva. Bör man döda denna individ och verkställa transplantationerna?

En utilitarist kan besvara kritiken genom att hävda att rättigheterna återspeglar synnerligen starka eller synnerligen vanliga preferenser. Antagandena om preferensernas styrka är emellertid svårbevisbara. Vissa kritiker gör gällande att olika personers preferenser över huvud taget inte kan rationellt vägas mot varandra.

5.5 Moderna etiska läror – rättvise- och rättighetsläror

RÄTTVISA SOM DET HÖGSTA VÄRDET

Enligt vissa filosofer bör utilitarismen förkastas och ersättas med en rättighets- och rättviselära som tillräckligt uppmärksammar varje individs autonomi. Etikens mål är enligt denna uppfattning att främja rättvisan och skydda varje individs rättigheter. Dessa får inte offras på samhällsnyttans altare. Men vad menas med rättvisa?

LIKA SKALL BEHANDLAS LIKA

Rättvisa innebär bl.a. att *lika skall behandlas lika*. Den belgiske rättsfilosofen *Chaim Perelman* har formulerat den s.k. formella rättvisepincipen som säger att individer som tillhör samma »väsentliga kategori» skall behandlas lika. Olika materiella principer för *distributiv rättvisa* (med andra ord rättvis värdefördelning) är versioner av denna rättvisepincip. Den väsentliga kategorin kan antingen omfatta alla individer eller definieras efter sådana egenskaper som förtjänst, utfört arbete, behov m.m. Beroende på olika omständigheter kräver sålunda rättvisan att varje individ behandlas i proportion till sina förtjänster, arbetsprestationer, behov osv.

Principerna för distributiv rättvisa ger inte några klara anvisningar om hur man bör handla. De uttrycker endast olika rättvisevärden som måste *vägas mot varandra*.

HYPOTETISKT SAMHÄLLSFÖRDRAG OM ATT DEN SVAGE SKALL SKYDDAS

En annan rättviselära har utarbetats av den amerikanska moralfilosofen *John Rawls*.

Rawls anger inte direkt vad som menas med en rättvis *handling* utan koncentrerar sig i stället kring frågan om det rättvisa *samhällsskicket*.

Den rättvisa samhällsorganisationen är enligt Rawls den som skulle accepteras av olika individer, om dessa hade befunnit sig i ett läge som framtingar rationalitet och opartiskhet. Detta tilltänkta läge karakteriseras av den s.k. *okunnighetsslöjan*. Om någon befinner sig i detta läge vet han ingenting om sin plats i samhället, sin klasstillhörighet eller status. Inte heller vet han någonting om sin begåvning, sin intelligens, styrka eller liknande. Därför kan hans generella ställningstaganden i fråga om den rättvisa samhällsorganisationen inte påverkas av den egoistiska tanken på att positivt särbehandla sådana som har samma egenskaper eller åsikter som han själv.

Individer vilka således tvingas att vara rationella och opartiska skulle enligt Rawls ena sig om följande principer.

Frihetsprincipen. Varje person skall ha lika rätt till det mest vidsträckta helhetssystem av grundläggande politiska friheter som kan förenas med ett likadant system för alla andra.

Differensprincipen. Sociala och ekonomiska olikheter skall arrangeras så, att de uppfyller två villkor:

- att de gynnar de sämst ställda och
- att de är förknippade med ställningar och ämbeten som är tillgängliga för alla, så att alla har lika chanser.

Rawls' lära kan emellertid *kritiseras* som följer. Måste rationella individer välja Rawls' principer? Anta att man lever i ett samhälle som består av tre medlemmar, A, B och C, vilka endast sysslar med att tillverka och konsumera kakor. Produktionssystemet är sådant att ojämlikhet i hög grad ökar effektivitet. Man har att välja mellan två samhällsorganisationer, I och II, vilka karakteriseras av följande fördelning av kakor:

I. A får 5 kakor. B får 6 kakor. C får 7 kakor.

II. A får 4 kakor. B får 8 kakor. C får 16 kakor.

I detta läge skulle Rawls välja samhällsorganisationen I. Men om existensminimum ligger klart under 4 kakor – t.ex. om redan 2 kakor räcker till för att leva på ett någorlunda drägligt sätt, är det inte så klart att samhällets totala produktion skall behöva hämmas (18 i stället för 28 kakor) för att så obetydligt öka den sämst ställdes konsumtion.

RÄTTVIST FÖRVÄRVADE RÄTTIGHETER

Robert Nozick har kritiserat Rawls' och andras teorier om distributiv rättvisa för att de förbiser att många saker redan från början finns och är anknutna till bestämda personer. Nozick antar att människor har vissa rättigheter, t.ex. äganderätt till rättvist förvärvade saker, som är oberoende av den etablerade rätten och samhälleliga moralkonventioner eller andra samhälleliga institutioner. Varje människa har en rättighet till sin egen person och sitt eget arbete. Hon har ingen rättighet till andra personer.

I detta sammanhang utvecklar Nozick följande tankar, som i stor utsträckning överensstämmer med *John Lockes* teori.

- Ett ursprungligt förvärv av en sak är rättvist om man »blandar sitt arbete» med saken. Det är rättvist att man tillägnar sig en sak som man bearbetar, inte blott det mervärde som ens arbete skapat, förutsatt att andra inte förlorar på det.
- En överlåtelse är rättvis om den grundar sig på den berättigades fria vilja.
- Ingen har rätt till en nyttighet förutom genom rättvist ursprungligt förvärv eller rättvis överlåtelse.

Inte heller Nozicks lära är immun mot *kritik*. Visserligen har varje person rätt till eget arbete. Men varför skall en persons arbete ge rätt till hela

värdet av det föremål med vilket det blandas? Varför skulle t.ex. den som utvinner en knapp resurs såsom olja ha rätt till hela värdet av den, inklusive det värdet som oljan redan hade obearbetad under havsbotten, alldeles oberoende av hans arbete? En besvärlig fråga rör dessutom samhällets nya medlemmar, vilka föddes eller invandrade efter det att möjligheterna till ursprungligt förvärv blivit rätt begränsade. Har dessa ingen rätt till nyttigheters omfördelning?

VISSA SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER AVSEENDE FRÅGAN OM RÄTTVISA OCH RÄTTIGHETER

Förvisso är det rättvist att lika behandlas lika, att den svage skyddas och att väl förvärvade rättigheter respekteras. Men alla »endimensionella» rättviseläror kan kritiseras för sin ensidighet. En närmare analys har visat att rättvisan kräver en *sammanjämkning* av Perelmans, Rawls' och Nozicks principer med andra hänsyn. Att handla rättvist innebär att man optimalt *väger* alla hänsyn mot varandra. Det vanliga sättet att kritisera orättvisa beslut är ju att påpeka att vissa relevanta hänsyn inte beaktats.

5.6 *Moderna etiska läror – gemenskapsetiken*

GEMENSKAPSETIKEN I ALLMÄNHET

Såväl utilitarismen som rättvise- och rättighetsläror präglas av individualism. De försöker grunda det etiskt goda på olika *individers* preferenser, olika *individers* behov och arbete, olika *individers* rationella val av en samhällsorganisation m.m.

Detta individualistiska synsätt är emellertid förenat med vissa problem. En ensam individ kan inte rationellt välja mellan olika etiska ståndpunkter, om han inte stöder sig på sitt samhälles kulturarv. De individualistiska läror i allmänhet och Rawls' rättviseteori i synnerhet har misslyckats med att ta på allvar det faktum att vi tillhör en gemenskap, som medlemmar av en bestämd familj, folkgrupp, kulturkrets m.m. Vidare formar samhället de enskilda individernas identitet. En människa väljer inte sin etik, utan hennes personlighet genomsyras av den. De liberala individualisterna ser inte detta eftersom de utgår från en förenklad teori om människans natur. En människa är för dem enbart en egennyttomaximerare, kort sagt en egoist som liknar *homo oeconomicus*. I själva verket är hon emellertid även en social varelse, *homo socialis*.

ETT EXEMPEL PÅ GEMENSKAPSETIK: MACINTYRES DYGDLÄRA

Den centrala tanken i *Alasdair MacIntyres* teori är att etisk godhet är detsamma som dygd, dvs. ett slags duglighet. Idén har hämtats från *Aristoteles*. I enlighet med Aristoteles' läror utgår MacIntyre från antagandet att den begreppsliga relationen mellan »människa» och »god människa» är samma som mellan »schackspelare» och »bra schackspelare». En bra schackspelare är en duktig (duglig) sådan. Han är bra på att spela schack. Med andra ord uppfyller han i hög grad vissa förträfflighetsmått, typiska för schackspelet. Han kan finna svaga punkter i en schackställning. Har han en fördel kan han finna en vinnande spelplan. Han kan räkna ut många varianter. Han gör få fel. Sådana egenskaper utgör schackspelets *interna värden*, vilka endast kan uppstå då man spelar schack. Schackspelet är en *verksamhet* (*practice*).

Andra verksamheter kan inte definieras så exakt men ändå karakteriseras genom vissa underförstådda ändamål, förträfflighetsmått och interna värden. När man t.ex. bildar familj inleder man en verksamhet vars komplexa ändamål innefattar att man tar hand om sina barn. Genom att tillträda en offentlig tjänst inleder man en verksamhet vars interna värden innefattar att man lojalt följer lagar och föreskrifter. På så vis grundar MacIntyre sin lära på en vidareutveckling av idén om att x är gott för ett visst ändamål.

Först därefter definierar han begreppet »etisk duglighet». Olika verksamheter påverkar varandra och bildar ett komplicerat system i ständig utveckling. En människas etiska duglighet bestäms av hennes samhälleliga roller och en historisk utveckling av den relation vari hon står i förhållande till familj, stad, nation m.m. En *etiskt duglig* människa är en sådan som harmoniskt kan uppfylla de mål och förträfflighetsmått samt skapa de värden som kännetecknar olika verksamheter. Den etiskt duglige har både förmågan och benägenheten att finna den rätta medelvägen mellan de ibland motstridande krav som olika verksamheter ställer.

Verksamheterna är förankrade i samhälleliga *traditioner*. Varje individ är en traditionsbärare. En tradition är ett oundgängligt »argument» som hjälper individen att finna det etiskt goda. Aristoteles' moralfilosofi, Thomas av Aquinos morallära, den skotska värderelativismen och den moralfilosofiska liberalismen uppfattas av MacIntyre som fyra skilda traditioner.

Rationell argumentation sker i regel inom en bestämd tradition. En rationell debatt mellan olika traditioners företrädare försvåras däremot av att dessa är ojämförbara: ord ändrar mening vid övergången från en

tradition till en annan. Inre motsättningar kan emellertid leda till en traditions kris. En sådan kris gör ett kritiskt meningsutbyte med främmande traditioner både möjligt och nyttigt, förutsatt att man kan utvidga och berika den egna traditionens språk. På så sätt berikade t.ex. Cicero latinet för att kunna uttrycka vissa tankar som hittills endast kunde sägas på grekiska.

MacIntyres lära kan *kritiseras*, bl.a. på grund av bristande klarhet: Kan man verkligen finna den optimala avvägningen mellan olika värden, förträfflighetsmått och ändamål som karakteriserar olika verksamheter? Vissa människor sätter t.ex. familjelivet och sällskapslivet i främsta rummet, andra söker framgång i arbetslivet eller politiken. Var ligger den rätta medelvägen mellan familjemänniskans och karriärmänniskans levnads-ideal?

GEMENSKAPSETIKENS HUVUDPROBLEM

Framför allt kan gemenskapsetiken kritiseras på följande principiella sätt. Förvisso måste etiken byggas på ett konkret samhälles kulturarv, dess sedvänjor. Men denna teori leder oundvikligen till två grundläggande frågor:

- hur pass lokala får dessa sedvänjor vara?,
- kan de inte kritiseras, rangordnas eller överskridas?

För att korrekt besvara dessa frågor måste man beakta följande.

- Den etiska gemenskapen kan uppfattas som ett system av olika verksamheter och värden med mycket skild geografiska och historiska utsträckning.
- Genom en förnuftig avvägning kan man finna den rätta medelvägen mellan de krav som olika verksamheter ställer. Vid denna avvägning skapas nya värden som överskrider kulturarvet.
- Vissa medfödda funktioner och begrepp som betingar allt tänkande och språk gäller alla människor, oavsett deras kulturtillhörighet.

5.7 *Prima facie-värden och värdeprinciper*

INLEDNING

Det behövs sålunda en syntes varvid olika etiska lärors insikter tas på allvar, men överdrivna synpunkter justeras. Avsnitt 5.7 och 5.8 innehåller författarens försök att utarbeta en sådan syntes.

PRAKTISK MENING HOS NORM- OCH VÄRDESATSER

En etisk eller juridisk norm- respektive värdesats har *både* en praktisk *och* en teoretisk mening.

Den förra innebär att satsen är ägnad att uttrycka vissa personliga *attityder* och utgöra skäl till *handling*. Den viktigaste uppgiften för en *normsats* är att påverka människor, dvs. att framkalla vissa slags handlingar och undertrycka andra. En normsats utgör ett skäl till handling, den är ägnad att rättfärdiga (rationellt motivera) handlingar. En *värdesats* uttrycker ett värdeomdöme; den förmedlar t.ex. en uppfattning om att något är vackert, fult, gott eller ont. Därmed uttrycker eller uppmuntrar den till en viss personlig *attityd*, såsom ett gillande eller ogillande av en handling, ett föremål, en person, ett tillstånd m.m. Även en värdesats kan följaktligen utgöra ett skäl till *handling*.

Tack vare sin praktiska mening är norm- och värdesatser en art av *praktiska* satser. Renodlade *teoretiska* satser har däremot ingen praktisk mening.

TEORETISK MENING HOS NORM- OCH VÄRDESATSER

Fast etiska och juridiska norm- och värdesatser har en praktisk mening är de inte *bara* känslouttryck. De har även en *teoretisk mening* som innebär att vissa fakta är kännetecken på att en viss handling skall utföras, att vissa personer, handlingar eller föremål är goda, onda, vackra, fula m.m. Sådana kännetecken bestäms dels av språkliga konventioner, dels av en historiskt utvecklade enighet inom en bestämd kulturkrets. De är sålunda inte beroende av en individs godtyckliga beslut.

FRÅGAN »VARFÖR?»

Teoretisk mening hos norm- och värdesatser förklarar det faktum att man kan ställa sådana frågor som *varför* den och den handlingen är god eller ond och *varför* den och den handlingen bör utföras. En sådan sats ger nämligen vid handen att en viss attityd är berättigad, dvs. kan stödjas på skäl. Svar på sådana frågor kan *motiveras*. Om någon som t.ex. hävdar att ett avtalsvillkor är oskäligt tillfrågas »varför?» kan han t.ex. säga att avtalet kan medföra att en ekonomiskt svagare part »betas möjligheten att få sin rätt prövad» (jfr NJA 1979 s. 666).

Motiveringen består ofta i att man pekar på orsakssambandet mellan mål och medel. Man *antar* först målet, t.ex. att slå vakt om parternas likhet inför lagen. Man konstaterar så att målet kan förverkligas endast genom att sådana avtalsvillkor betraktas som oskäliga. Man drar härav

slutsatsen att avtalsvillkor som kan medföra att en ekonomiskt svagare part betas möjligheten att få sin rätt prövad är oskäligen. Men kan även det antagna målet, nämligen likhet inför lagen, motiveras? I så fall måste dess yttersta grund bestå antingen av människans natur eller av kulturarvet.

SJÄLVKLARA OCH UNIVERSELLT GILTIGA ETISKA GRUNDER?

Vissa grundläggande rationalitetskrav, framför allt rent logiska sådana, gäller *alla* människor, oavsett deras kulturtillhörighet. Måhända gäller detta även etikens huvudsakliga mål – alla bör respektera sina medmänniskors preferenser (jfr avsnitt 5.5 ovan). Men etikens yttersta mål måste kompletteras med vissa praktiskt användbara kännetecken på att andras preferenser och behov beaktats tillräckligt. Olika etiska läror, värden och principer ger oss sådana kännetecken. Men för att fastställa och väga samman dessa principer och värden måste man i viss mån lita till kulturarvet (traditionen).

HUR UTTRYCKER SIG ENIGHETEN OM ETISKA VÄRDEN OCH VÄRDEPRINCIPER?

Vissa värden är således *etablerade* i vår *praxis att motivera* etiska slutsatser. Närmare bestämt har omdömesgilla människor som tillhör vår kulturkrets en benägenhet att bete sig som om de hade uppfattat det som besynnerligt att

- ignorera de flesta sådana värden vid en etisk avvägning, och ändå
- hävda att avvägningen har motiverats på bästa möjliga sätt.

KULTURBEGREPPET

En kultur omfattar bl.a. språk, kunskap, teknologi, konst, etik, rätt och statsskick, allt i ömsesidigt beroende.

Men vad bildar en och samma kultur? Är »vårt» kulturarv svenskt, nordiskt, europeiskt, västerländskt eller globalt? Hur pass lokal får en kultur vara? Varken den indiska, den kinesiska, den europeiska, den afrikanska eller den latinamerikanska kulturen är en renodlad kultur. Varje försök att undersöka en kultur som en sluten och väl avgränsad enhet är dömt att misslyckas. »Vårt» kulturarv är sålunda snarare en blandning av olika fragment med mycket skilda geografiska och historiska utsträckningar. Det omfattar ett antal globala och »moderna» föreställningar om vetenskap och teknologi. Det omfattar tillika de i västerlandet utvecklade idéerna med anspråk på universell giltighet, såsom tolerans, jämlikhet, grundläggande mänskliga rättigheter m.m. samt en (europeisk?) benägen-

het att då och då självständigt ifrågasätta det egna samhällets etablerade sanningar. Ett nordiskt ordningssinne och svenskt trygghetsbehov finns där bredvid en skånsk sänklighet och lundensisk humor. Kort sagt kan kulturarvet inte uppfattas som en historiskt, geografiskt eller etniskt avgränsad enhet. Ändå är det en påtaglig del av verkligheten. Att leva utan något kulturarv är lika omöjligt som att leva utanför samhället.

VÄRDEBEGREPPET

Ett *värde* kan definieras som ett visst *ideal*, med andra ord en *måttstock för värdering*. Idealet kan förverkligas till en viss grad, således mer eller mindre.

Det finns många värden, däribland många etiska värden. Det etiskt goda kan inte reduceras till ett enda värde.

Vissa värden är *handlingsideal*. Vid i övrigt oförändrade omständigheter är det en god handling att hjälpa sin medmänniska, att tala sanning, att hålla avgivet löfte m.m. Sålunda bör man hjälpa sina medmänniskor, tala sanning, hålla sina löften osv.

Det finns även *kollektiva värden*, som är gemensamma och odelbara, t.ex. en god miljö, effektiviteten hos domstols- respektive förvaltningsförfarandet och upprätthållen ordning över huvud taget. Det oklara ordet »sambällsnytta» kan också anses syfta på olika slags gemensamma värden.

En speciell kategori utgör de så kallade *produktvärdena*. Man har då för ögonen sådana kulturprodukter som kunskap, konst och teknologi. Självfallet hör även staten och rätten hit.

VÄRDEPRINCIPER

En stor del av etiken och en icke oväsentlig del av rätten består av *principer* (grundsatser, »riktlinjer»).

Principer har debatterats livligt inom den moderna rättsfilosofin. Debatten försvåras av att ordet »princip» är vagt och måhända t.o.m. mångtydigt. I varje fall finns det olika slags principer. Ordet »princip» syftar t.ex. ofta på viktiga och generella normer. Här behandlas emellertid endast en annan betydelse av ordet. En princip i denna mening uppställer ett *ideal* som kan förverkligas till en viss grad, således mer eller mindre. Sådana principer kan kallas för *värdeprinciper*.

1 kap. 2 § 1 st. regeringsformen kan tas som ett exempel. Bestämmelsen har följande lydelse: »Den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet.» Bestämmelsen uttrycker egentligen *tre värdeprinciper*. Ju stör-

re respekten är för jämlikhet, frihet och värdighet, desto bättre är rättstillståndet i ljuset av denna bestämmelse.

Varje värdeprincip uttrycker ett visst ideal, eller med andra ord ett visst värde. Den kan t.ex. bestämma att jämlikhet, frihet eller mänsklig värdighet är värdefulla ting. Samma innehåll kan sålunda uttryckas på två sätt: man kan tala om värdeprinciper eller om värden. Det finns bara följande skillnad: medan en värdeprincip utsäger vad som (i princip!) bör göras bestämmer ett värde vad som i princip är det bästa.

Vissa värdeprinciper ingår i rättsordningens etiska värdebas. Varje rättsordning är uppbyggd kring vissa värden, mål och principer. Principerna kan ligga till grund för positivrättsliga regler och institutioner. I många rättsordningar anför de dessutom flitigt av domstolar; EG-domstolens praxis är ett lärorikt exempel. Å andra sidan återopas de sällan av svenska domstolar för att motivera individuella avgöranden. Vissa principer uttrycks direkt i lagen. Grundlagar innehåller t.ex. ofta principer om jämlikhet och om grundläggande fri- och rättigheter såsom yttrandefrihet, föreningsfrihet och annat. Andra principer utgör generaliseringar av rättsregler.

Följande exempellista belyser olika typer av rättsliga värdeprinciper.

- Vissa principer kännetecknar en *demokratisk rättsstat*, t.ex. Rättssäkerhet; likhet inför lagen; domstolarnas oavhängighet; fri åsiktsbildning; medborgarnas fria insyn i rättsreglernas innebörd och rättspraxis; makthavarnas ansvar; den demokratiska principen om majoritetens inflytande över valet av politiska befattningshavare och deras beslutspraxis; myndighetsutövningens anpassning till medborgarnas intressen; och medborgarnas kontroll över politiska beslut.
- *Privaträttsliga principer* omfattar bl.a. Principen om privat äganderätt; publicitet kring sakrättsliga förhållanden; rangordningsprincipen i sakrätten; parter autonomi i avtalsrätten; avtalsfrihet; principen *pacta sunt servanda*; skydd för god tro i avtalsrätten; principer som bestämmer när ett avtalsvillkor kan jämkas eller lämnas utan avseende som oskäligt; löntagarnas skydd i arbetsrätten; olika familjerättsliga principer, t.ex. att vårdnadshavare bör se till att barnets behov blir tillgodosedda; att makar bör visa varandra trohet och hänsyn m.m.
- *Processrätten* bygger på principen att båda parter måste höras; även andra processrättsliga principer är betydelsefulla, såsom principen om instansprövning, muntlighet, koncentration, kontradiktoriskt förfarande, oskyldighetspresumtion i brottmål, principen att i omstridda fall

beslut bör fattas som gynnar den tilltalade (*in dubio pro reo, in dubio mitius*) m.m.

- Den *straffrättsliga* legalitetsprincipen har utan tvekan en stor betydelse. Man kan även nämna straffmättningsprinciperna, t.ex. att straff bör bestämmas med beaktande av den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, den grad av hänsynslöshet som den tilltalade visat m.m. Man kan dessutom erinra om principer som anger straffets ändamål (att avskräcka, att bättra, att vedergälla osv.).
- I *skatterätten* kan man bl.a. nämna principen om beskattning efter skatteförmågan och principen att i omstridda fall beslut bör fattas som gynnar den skatteskyldige och inte staten: *in dubio contra fiscum*.
- Vissa principer gäller olika *rättskälle- och tolkningsfrågor*, t.ex. de rättskälle- och argumentationsprinciper som anförs i kap. 3 och 4 ovan.

HUVUDTESEN OM PRIMA FACIE-KARAKTÄREN HOS ETISKA PRINCIPER OCH VÄRDEN

De generella etiska och rättsliga principerna och värdena har en provisorisk (*prima facie*-) karaktär. Ingen av dem bestämmer slutgiltigt hur man skall handla. De är blott etiska skäl. Det slutgiltiga etiska omdömet kräver en avvägning mellan flera sådana skäl.

BEGREPPET »PRIMA FACIE»

Att en etisk norm- eller värdesats har en *prima facie*-karaktär innebär följande.

1) Satsens objektiva mening, dess innebörd, är sådan att denna sats utgör ett *rimligt skäl* som inom en bestämd kulturkrets skall beaktas vid en etisk avvägning som avgör frågan om en bestämd handling skall utföras. Ingen person som tillhör denna kulturkrets kan nämligen på en och samma gång helt förkasta ett betydande antal av sådana norm- och värdesatser och ändå uppfattas som en omdömesgill samhällsmedlem.

2) Satsen anger att en handling av en bestämd typ skall utföras *i princip*, närmare bestämt *vid i övrigt oförändrade förhållanden*.

3) Satsen bestämmer emellertid *inte slutgiltigt* att en sådan handling skall utföras. Närmare bestämt måste en avvägning utföras för att bestämma om alla tänkbara motskäl väger mindre tungt i det ifrågavarande fallet.

KONKURRENS MELLAN OLIKA PRINCIPER, VÄRDESATSER OCH LÄROR

De generella etiska principerna, värdesatserna och läror har som sagt en *prima facie*-karaktär.

- Olika kännetecken på etisk godhet tävlar med varandra. Olika etiska läror konkurrerar likaledes med varandra; se avsnitt 5.4–5.6 ovan.
- Ett rationellt val mellan etiska principer, värdesatser och läror baserar sig ofta på avvägning.
- Alla generella etiska principer, värdesatser och läror har följaktligen bara *prima facie*-karaktär, eftersom konkurrerande hänsyn kan väga tyngre i konkreta fall.

Hypotesen om avvägningars betydelse för etiken gäller vid första anblick inte vissa särskilt väl etablerade generella principer, värdesatser och läror. Dessa uppfattas av vissa moralfilosofer som en tillräcklig grund för *slutgiltiga* skyldigheter. Det görs t.ex. gällande att man *aldrig* får döda en oskyldig människa, oavsett konsekvenserna. Men är det alltid ont att döda en oskyldig? »Syndabocken» får kanske offras om miljoner människor därmed undanslipper svårt lidande. Får inte ett försvarskrig föras mot en Hitlerliknande tyrann som vill förslava mänskligheten? Är inte detta krig berättigat trots att det hotar civilbefolkningens liv? Varje oskyldig individs liv väger sålunda så pass tungt att man inte får döda en oskyldig människa, om inte dödandet medför att *extremt stora värden förverkligas*, sådana som otaliga människors grundläggande trygghet och frihet.

Redan *Aristoteles* har uttalat en liknande tanke. Den aristoteliska angreppsvinkeln utgår från att praktisk filosofi avser handlingsprinciper och att den värld i vilken vi handlar är en värld av »ting som kunde ha varit annorlunda än de är». I denna kaotiska värld av det tillfälliga och oförutsedda kan man inte ha någon universell kunskap. Att leta efter säkra slutsatser i praktiskt sammanhang är ett lika vulgärt misstag som att godta något mindre än säkra slutsatser i matematik.

KAN MAN FÖRKASTA KULTURENS VÄRDEN OCH PRINCIPER?

Endast ett fåtal principer och värden är så pass säkra *var för sig*, att det egentligen inte går att ifrågasätta att de uttrycker etiska *prima facie*-hänsyn som bör beaktas vid en avvägning. Nästan alla människor utgår t.ex. från att man inte utan någon övervägande anledning får döda folk. Nästan alla människor som tillhör den västerländska kulturkretsen utgår från allas rätt att fritt förfoga över ett visst minimum av personliga ägodelar; osv.

De flesta etiska värden och principer kan emellertid ifrågasättas, *men*

inte alla på en och samma gång. Detsamma gäller rätten. Förvisso ändras rättsnormerna ständigt. Men man kan knappast föreställa sig ett samhälle i vilket lagen effektivt avskaffat all egendom, allt familjeliv och allt skydd för mänskligt liv. Om man på en och samma gång skulle ändra på flera grundläggande rättsprinciper skulle man vara tvungen att genomföra en radikal, oacceptabel och nästan oföreställbar ändring av det vardagliga livet.

De etiska *fundamentisterna* anser att all giltig etik ytterst baserar sig på vissa säkra omdömen, uppenbara var för sig. Dessa fundamentala omdömen behöver inte bevisas. Alla icke-fundamentala etiska satser måste på något vis härledas från de fundamentala för att själva vara välgrundade.

De etiska *koherentisterna* (sammanhangsteoretikerna) gör gällande att det inte finns några fundamentala och säkra omdömen.

Den teori som förespråkas i förevarande framställning bygger på en moderat koherentism.

5.8 Slutgiltiga norm- och värdesatser

BEGREPPET »SLUTGILTIGT»

En etisk norm- eller värdesats är i en viss mening *slutgiltig* om den kan motiveras så pass väl att alla relevanta motskäl väger mindre tungt i det ifrågavarande fallet. En sådan norm är då *slutgiltigt handlingsrättfärdigande*. Närmare bestämt är det etiskt sett orimligt att inte följa den.

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

HUVUDTESEN OM SLUTGILTIG ETISK AVVÄGNING

Vid bedömning av varje etisk fråga har man en slutgiltig, definitiv skyldighet att följa den bästa *avvägningen* mellan så många relevanta värdeprinciper respektive värden som möjligt.

- Avvägning är *nödvändig* för att fullständigt motivera en *slutgiltig* etisk norm- eller värdesats.
- En fullständig och slutgiltig avvägning sker i ett *konkret sammanhang*, t.ex. för att fastställa om en konkret handling är etiskt god.
- En sådan avvägning är dessutom betingad av det konkreta fallets *fullständiga kontext*, dvs. dess samband med alla för detta fall relevanta etiska och juridiska hänsyn.

AVVÄGNING MELLAN JURIDISKT RELEVANTA HÄNSYN – ETT
EXEMPEL

I den mån etiken är juridiskt relevant gäller det ovan sagda även juridisk argumentation i svåra fall.

NJA 1984 s. 693. En tyskregistrerad bil, tillhörande en utlänning med en beaktansvärd anknytning till både Sverige och Förbundsrepubliken Tyskland, befann sig i Tyskland. Ägaren belånade bilen hos ett tyskt kreditinstitut i form av säkerhetsöverlåtelse enligt västtysk rätt. Sedan lånade han ut bilen för en resa till Sverige. Meningen var att bilen inom kort skulle återföras till Tyskland. Sedan bilen förts till Sverige utmättes den emellertid av kronofogdemyndigheten för uttagande av innehavarens obetalda skatter. Tvisten gällde frågan huruvida den tyska säkerhetsöverlåtelsern hindrade utmätning i Sverige.

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

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

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

HD upphävde utmätningen med hänsynstagande till bl.a. det anförda.

En analytiskt begåvad läsare kan inse att de anförda skälen kan uppfattas som slutsatser av vissa generella principer respektive värdesatser.

Den »internationella handelns utveckling och den allt livligare handelspolitiska samarbetet mellan olika länder» är emellertid inte det enda som bör styra den svenska rättens behandling av i utlandet förvärvade rättigheter. Avvägning mellan de två ursprungliga värdena, systemets enkelhet och utlänningens rättssäkerhet, påverkas av andra relevanta hänsyn, såsom att Sveriges välstånd i hög grad bestäms av internationell handel, att ekonomiskt välstånd väger tyngre än den inhemska lagstiftningens oin-

skränkta dominans osv. Så snart man påstår att en viss hänsyn väger tyngre än en annan utsätter man sig för frågan »varför?». Det behövs då en ytterligare avvägning.

AVVÄGNINGSARGUMENTATIONENS SLUTPUNKT

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 *fundamentisterna* anser att det yttersta skälet som bildar den ifrågavarande avvägningsargumentationens slutpunkt är säkert, uppenbart i och för sig. Endast ett fåtal slutgiltiga värdeomdömen är emellertid uppenbara, säkra var för sig. Det är ovisst om de kan bilda fundament för alla etiska och juridiska avvägningar. Det är därför rimligt att säga att argumentationens slutpunkt måste bestämmas av *individens personliga (intuitiva) preferenser*.

6 kap. Rätten och etiken

6.1 *Den etiska prima facie-skyldigheten att följa lagen*

NÄSTAN ALLA ETABLERADE RÄTTSREGLER HAR PRIMA FACIE-KARAKTÄR

Värderingarnas stora roll inom juridiken gör det naturligt att anta följande. Om en etablerad rättsregel, stadgad av lagen eller enligt andra rättskällor, är sådan att ett svårt fall kan tänkas förekomma vid dess tillämpning har denna föreskrift en i viss mening provisorisk, *prima facie*-karaktär.

Visserligen behövs inga etiska avvägningar för att avgöra *rutinfall*. Ett *svårt* fall kräver emellertid en etisk avvägning och en sådan kan motivera avsteg från föreskriftens ordalydelse.

SKILLNADEN MELLAN RÄTTSREGLER OCH RÄTTSPRINCIPER

Men om regeltillämpningen i svåra fall kräver en avvägning kan man då inte dra slutsatsen att alla rättsregler egentligen är värdeprinciper? Svaret är ett nej, eftersom det föreligger följande skillnader.

1. Medan varje princip uttrycker ett bestämt värde utgör en regel oftast en beslutad *sammanvägning av flera värden*.

En straffrättslig regel kan uttrycka en avvägning mellan hänsyn till allmänprevention, individualprevention, gärningsmannens människovärde osv. En skatterättslig regel kan uttrycka en kompromiss mellan ekonomiska, fördelningspolitiska, miljöpolitiska och andra värden. Om lagen är klar utförs avvägningen huvudsakligen av lagstiftaren. Om den är vag, delegeras uppdraget till rättspraxis.

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

EN ETISK PRIMA FACIE-SKYLDIGHET ATT FÖLJA LAGEN

Viktiga etiska skäl talar för att det föreligger en etisk *prima facie*-skyldighet att följa lagen och även att beakta andra etablerade rättskällor.

Denna etiska skyldighet har självfallet en provisorisk, *prima facie*-karaktär. Antag t.ex. att en nazistisk förordning förpliktar polisen att döda judar. Eftersom polisen har en etisk *prima facie*-skyldighet att följa lagen har den också en etisk *prima facie*-skyldighet att döda judar. Men denna paradoxala och fruktansvärda skyldighet har inga etiskt förkastliga konsekvenser, eftersom man hur lätt som helst kan finna etiska motskäl som väger tyngre än nazistlagen. Samtidigt som man har den nazistiska *prima facie*-skyldigheten att döda har man en uppenbar etisk *prima facie*-skyldighet att *inte* döda. Självfallet väger *prima facie*-skyldigheten att *inte* döda tyngre än den nazistiska *prima facie*-skyldigheten att döda. Givetvis har man ingen *slutgiltig* etisk skyldighet att döda judar.

Den etiska skyldigheten att följa rättsreglerna medför att man i viss mån kan lita på lagen och därmed undvika den hopplösa uppgiften att i varenda fall göra en fullständig avvägning av alla etiskt relevanta hänsyn.

VISSA SKÄL FÖR DEN ETISKA PRIMA FACIE-SKYLDIGHETEN ATT FÖLJA LAGEN

Med det ovan sagda i minnet kan en etisk *prima facie*-skyldighet att följa rättsreglerna motiveras på följande sätt.

Ordningsargumentet. Den rent etiska argumentationen är till följd av sitt yttersta beroende av olika individers intuitiva och personliga preferenser relativt osäker. Rättsreglerna är å andra sidan »fastare». Dessutom finns det en etablerad juridisk argumentationsmetod som är till stor hjälp vid reglernas tolkning. Inom rättstillämpningen behövs avvägningar endast för att avgöra om en rättsregel bör tillämpas på våra fall, inte för att avgöra rutinfall. *Kaos* skulle följaktligen uppstå, om det i ett samhälle inte längre existerade någon rättslig *ordning*.

Men *varför* är människors ordnade samlevnad (*prima facie*-) etiskt bättre än kaos? Ett svar på denna fråga måste stödjas med ytterligare etiska skäl. Ett av dessa är att ordning motsvarar många människors preferenser. Enligt *Thomas Hobbes* skulle den enskildes liv i ett statslöst samhälle vara »ensamt, fattigt, smutsigt, djuriskt, kort» och således icke godtagbart.

Denna slutsats bekräftas av följande *gemenskapsargument*. Kaos är främmande för vårt liv och följaktligen praktiskt omöjligt. En normal rättsordning skapar ramar för medborgarnas liv. Den präglar deras gemensamma kulturarv. Den enskilde kan inte fly från sin kultur. Att konsekvent vägra lyda rättsreglerna vore emellertid just ett sådant fåfängt flyktförsök. Fast en individ kan vägra lyda varje rättsnorm för sig kan han inte på en och samma gång vägra lyda alla eller nästan alla rättsnormer.

Medborgarnas implicita samtycke. Ett annat skäl för att lyda lagen stöder

sig på ett implicit samtycke och löfte avgivet av den ifrågavarande statens medborgare. Samtycket uttrycker sig närmare bestämt genom att människor

- faktiskt stannar i det ifrågavarande landet;
- dagligdags deltar i dess rättsligt bestämda samhällsliv och
- förväntar sig att andra gör detsamma.

Hypotetiskt samtycke av rationella och opartiska individer. En tredje teori stöder laglydnaden på ett *hypotetiskt* samhällsfördrag som skulle slutas av *rationella och opartiska människor*; bl.a. kan John Rawls' läror (jfr avsnitt 5.5 ovan) tillämpas analogt på detta område.

Ömsesidighetsargumentet. Ännu ett argument bygger på ömsesidighet. Eftersom varje individ lever i ett samhälle i vilket han drar nytta av andras laglydnad skall han själv lyda lagen och därmed låta andra dra nytta av hans laglydnad.

Demokratiargumentet. Särskilda skäl talar dessutom för att man bör lyda lagen i en *demokratisk rättsstat* (se kap. 1).

6.2 *Etiska skyldigheter och rättsliga roller*

DEN SLUTGILTIGT BINDANDE ETIKEN MÅSTE BEAKTA DEN
ETABLERADE RÄTTEN

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

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

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

För varje människa som så perfekt som möjligt argumenterar i etiska och juridiska frågor gäller då följande: Om hon fastställer att hon har en

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

ETT MOTARGUMENT: RÄTTEN KAN STRIDA MOT ETIKEN

Denna tes låter paradoxal men skenet bedrar. Som bekant kan en gällande rättsregel ha oetiskt innehåll. Hur kan vi då hävda att en sådan regel är *etiskt* bindande? Kritiken kan emellertid bemötas:

Den oetiska regelns *bokstav* är endast *prima facie*-bindande. Den är inte *slutgiltigt* bindande, vare sig etiskt eller rättsligt. Slutgiltiga rättsliga skyldigheter respektive rättigheter uppstår genom *etisk* tolkning av rättsreglerna. Vid en sådan tolkning strävar man efter den rätta medelvägen mellan lagens bokstav och olika etiska värden. Därför är tolkningens resultat bindande, inte blott rättsligt utan även etiskt.

Endast i extremt orättvisa »rätts»-ordningar brister detta samband mellan juridik och etik. I vissa situationer är den etiskt och förnuftigt tolkade rätten en omöjlighet. Antag återigen att en nazistisk förordning förpliktar polisen att döda judar. Det finns övervägande etiska skäl som talar mot varje tänkbar tolkning av denna förordning. Visserligen kan olika personer lämna sina tolkningsförslag, men inget av dem kan vara tillräckligt förnuftigt. I ett sådant fall finns det visserligen en gällande *prima facie*-föreskrift men ingen slutgiltigt bindande rättsregel.

ETT ANNAT MOTARGUMENT: JURIDISK TOLKNING KAN STRIDA MOT LAGTOLKARENS ETISKA ÖVERTYGELSE

Ett annat motargument bygger på den kända iakttagelsen att en god jurist måste vara »schizofren». Som bekant måste juristerna i vissa fall tolka lagen *mot* sin etiska övertygelse. Hur kan vi då hävda att en sådan tolkning är *etiskt* bindande? Kritiken kan emellertid bemötas då man beaktar att

- varje juridisk lagtolkare uppträder i en viss roll, som domare, åklagare, advokat, rättsvetenskapsman m.m. och
- varje sådan roll måste påverka juristens etiska skyldigheter.

I den självvalda juridiska rollen är domare, rättsvetenskapsmän och andra jurister *etiskt* bundna att följa den juridiskt sett slutgiltiga lagtolkningen. Den rent etiska »övertygelsen» *bortser* däremot från den juridiska rollen och kan följaktligen inte vara etiskt fullständig. Därför kan den inte vara slutgiltigt bindande i etisk mening. Kort sagt: en jurist bör handla som jurist.

7 kap. Sammanhanget

7.1 *Inledande anmärkningar om domens motivering*

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

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

Domskälen utformas så att de harmonierar inte endast med de konkreta materiella och processuella reglerna utan även med allmänna saksäl. Fler och fler förklarande domskäl åskådliggör om domen är acceptabel eller inte. Här kan begreppet »sammanhang» spela en viktig roll. Värderingar stöds på skäl och ju bättre skälen samverkar, desto bättre grund har värderingarna. Detta kan ske så att en eller flera kedjor av skäl stöder samma ståndpunkt. Skäl med större räckvidd är att föredra framför skäl som är knutna mer till det föreliggande fallet och fler allmänna skäl ger en säkrare grund.

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

7.2 *Sammanhängande motivering – den filosofiska bakgrunden*

Begreppen »sammanhängande motivering», »koherent motivering» och »koherens» kommer nu att belysas närmare.

Många filosofer betraktar koherensbegreppet som ett medel för att lösa kunskapsteoretiska problem. De flesta är eniga om att logisk motsägelserfrihet blott utgör ett nödvändigt men inte något tillräckligt villkor för koherens. Ingen motsägelser föreligger t.ex. mellan atomfysiken och den

straffrättsliga uppsåtsläran men de är knappast koherenta med varandra. Men filosoferna möter stora svårigheter då de försöker formulera ett exakt begrepp och klara kännetecken på koherens. Man karakteriserar ofta bildligt en koherent satsmängd som »tightly knit unit» osv.

7.3 *Vissa kännetecken på sammanhängande motivering*

Följande bör beaktas då man studerar sammanhangsteorin.

- Teorin är en bakgrundsram som gör det möjligt att förstå poängen med juridisk argumentation. Närmare bestämt besvarar sammanhangsteorin den principiella frågan vad som ytterst sett gör den juridiska argumentationen riktig. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är en motivering bättre ju mer sammanhängande den är.
- Teorin är följaktligen så abstrakt att det finns ett avstånd mellan den och juridisk argumentationspraxis. Teorins huvudsyfte är inte att direkt underlätta juridisk argumentation i konkreta fall.

Man kan skilja mellan bl.a. följande slags krav på sammanhängande motivering.

ARGUMENTATIONENS STÖD

Den första gruppen består av olika krav på att den ifrågavarande slutsatsen stöds med skäl. Ett mer omfattande stöd innebär en bättre motivering.

Hur sammanhängande en motivering är bestäms bl.a. av hur långa argumentkedjor den omfattar. Satsen p1 kan således stödja p2, p2 kan stödja p3, osv. Längre kedjor gör motiveringen bättre strukturerad och djupare.

En sammanhängande motivering beror också på samband mellan olika argumentkedjor. För det första kan samma premiss stödja olika slutsatser, t.ex. då en och samma generella princip stöder olika mer konkreta rättsregler. För det andra kan samma slutsats följa av olika premismängder. HD:s argumentation i det ovan återopade retentionsfallet (NJA 1981 s. 1050) utgör ett exempel på en särskilt framgångsrik kumulation av olika skäl.

ARGUMENTATION OCH ALLMÄNNA BEGREPP

Den andra gruppen omfattar olika krav på de *begrepp* som används. *Allmänna begrepp* är ett »klistre» som håller ihop argumentationen.

I detta sammanhang kan man tala om (a) universella begrepp, (b) generella begrepp i strikt mening och (c) analogi.

Varje begrepp är i en viss mening *universellt*, eftersom det betecknar alla föremål av en viss klass, inte namn på individuella ting. Universella begrepp utgör en nödvändig betingelse för en sammanhängande motivering. En »motivering» som endast använder namn på individuella ting och inga begrepp är knappast tänkbar.

Vidare följer varje etisk och juridisk *prima facie*-slutsats av en universell princip, vilken avser alla personer, föremål eller handlingar av ett visst slag.

Jfr avsnitt 5.4 ovan om *Hares* teori och avsnitt 5.5 om *Perelmans* s.k. formella rättvisepincip.

Begreppen kan emellertid vara mer eller mindre *generella*. Ju generellare det ifrågavarande begreppet är desto mer omfattande mängd av data det betecknar.

Den allmänna delen i olika länders strafflagar använder sig av tämligen generella begrepp för att behandla sådana frågor som uppsåt, strafffrihetsgrunder m.m. angående alla klassiska brottstyper. Sådana civillagar som den tyska BGB har också en allmän del.

Olika slags *analogislut* i juridik leder också till att generella begrepp skapas; se avsnitt 4.8 ovan.

Enligt *Neil MacCormicks* lära om normativ koherens inom rättsordningen stöder vissa generella *principer* ett antal rättsregler och gör dessa koherenta.

Inte endast rättsvetenskapliga teorier utan även konkreta juridiska beslut motiveras med användning av generella begrepp. Besluten är konkreta men deras motivering kan vara generell i alla de ovan angivna betydelserna. I vissa fall skall domstolen explicit ange en generell motivering, i andra är det tillräckligt att en sådan kan tänkas.

SAMMANJÄMKNING AV OLIKA KRAV PÅ SAMMANHÄNGANDE MOTIVERING

Inget motiveringskrav bestämmer självständigt i vilken grad argumentationens motivering är sammanhängande. Tvärtom måste olika motiveringskrav jämkas samman, eftersom de kan konkurrera med varandra: det ena kan i vissa fall uppfyllas mer just därför att det andra uppfylls mindre. En komplex avvägning behövs t.ex. för att besvara frågan vilken motivering som är bäst, den som innehåller längst argumentkedjor eller den som omfattar störst antal data.

Dessutom kan motiveringskraven stundtals jämkas samman med andra värden, t.ex. effektiviteten. En brandsoldat i aktion bör t.ex. hellre lyda order än ständigt begära tidskrävande motivering.

Viktigast är sammanjämningsbehovet mellan en bestämd argumentationsarts interna koherens och dess koherens med andra argumentationsarter. En ökning av internt sammanhang inom juridisk argumentation måste t.ex. »betalas» genom att argumentationens sammanhang med den »fria» etiska argumentationen minskar. Juridikens existensberättigande beror på att den interna sammanhangsvinsten väger tyngre än den externa sammanhangsförlusten. Detsamma gäller den juridiska argumentationens eventuella splittring i ett antal olika varianter, anpassade till olika rättsområden. Juridikens interna differentiering är rationell endast om den medför en viktigare koherensvinst inom respektive delområden än koherensförlust inom helheten.

7.4 *Koherens i tiden*

TRADITION

En rättsordning, en juridisk teori, ett etiskt system m.m. kan motiveras i ljuset av en *tradition*.

Varje tradition omfattar vissa grundvärderingar och rationalitetsuppfattningar som inom traditionen tas för givna och nästan aldrig kritiseras. Den är förankrad i bestämda samhälleliga och politiska institutioner. Den uppställer sina egna krav på rationell argumentation och problemlösning.

Ronald Dworkins teori om »integritet» (dvs. koherens) inom rättsordningen är ett exempel på koherens i tiden. Han jämför en jurist med en författare som deltar i produktion av serieromaner. Varje författare – och varje jurist – ser till att de tillägg som han skapar inte blott passar till generella principer och hans egna, materiella värdeomdömen, utan även harmonierar med såväl det som redan publicerats som med förutsägelser om vad efterträdarna förväntas ha att tillägga.

ÄNDRINGAR INOM EN TRADITION

En levande tradition är emellertid inte statisk, utan den utvecklas, varvid gamla frågor finner nya svar som ger upphov till nya frågor. Ändå kan det nya och det gamla bilda en sammanhängande helhet. En tradition kännetecknas med andra ord av en viss grad »diakron» koherens (dvs. koherens över tiden). Dess nutida komponenter harmonierar i viss mån med såväl det förflutna som med förutsägelser om framtiden.

Logisk motsägelsefrihet utgör ett nödvändigt fast inte tillräckligt villkor för att en teori eller en rättsordning är koherent vid en bestämd tidpunkt. Motsägelsefrihet är emellertid inte något nödvändigt villkor för koherens över tiden. Vetenskapen, rättsordningen, kulturen m.m. undergår ständiga förändringar. Det nya kan mycket väl vara logiskt oförenligt med det gamla och ändå bilda dess harmoniska vidareutveckling.

En koherent förändring kan basera sig på vissa förutbefintliga och grundläggande åsikter, regler, principer och värden. En omtolkning av gällande lag och ett »skapande dömande» genom prejudikatbildning bygger således ofta på etablerade rättsregler och metodprinciper. Dessa förankras i samhällets rättstradition. Men samtidigt kan vidareutvecklingen leda till att rättstraditionen förändras.

JURIDISK MOTIVERING SOM STRÄVAR EFTER DIAKRON KOHERENS

Vid i övrigt oförändrade förhållanden beror kvaliteten hos en juridisk motivering inte endast på dess inre koherens utan även på sådana omständigheter som

- hur väl den beaktar tidigare gällande rätt och hävdvunnen juridisk metod, och
- hur lång rättshistorisk utveckling den beaktar.

Dessa krav måste jämkas samman. Historiskt väl förankrade teorier eller regelsystem kan uppvisa en relativt låg grad av koherens med kulturens nyare komponenter. Om denna brist väger tyngre än den historiska förankringen bör teorin respektive regelsystemet modifieras. Så är t.ex. fallet då en rättsregel eller hävdvunnen juridisk arbetsmetod har blivit obsolet, dvs. förlorat sitt samband med de i samhället rådande värderingarna.

Vid första anblick verkar det ovan sagda överdrivet konservativt. Intrycket försvagas emellertid då man beaktar följande.

- Inga normer, inte heller några teorier kan skapas utan att man i någon mån bygger på det bestående. Allt kan ändras men inte allt på en gång.
- Juridiska teorier som t.ex. bygger på romersk rätt, omfattar hela privaträtten, motiveras med långa och väl sammanbundna argumentkedjor och använder sig av relativt generella begrepp är mer koherenta än sådana som saknar historiska rötter, förklarar en mycket liten del av rättsordningen, serveras utan argumentation och uttrycks kasuistiskt.

7.5 *Rationell debatt*

Teorin om sammanhängande motivering måste kompletteras med vissa krav på rationell debatt.

Enligt *Jürgen Habermas* är konsensus om en sats förnuftig om satsen skulle godkännas av alla deltagare i en helt rationell debatt. Denna kännetecknas av den »idealiska språksituationen», dvs. ett läge då den intellektuella kommunikationen inte hindras av våld och då alla har samma chans att ställa och besvara frågor, tolka andras uppfattningar, rekommendera olika handlingssätt m.m.

Robert Alexy har förtydligat denna teori genom att uppställa vissa regler för debattens ordnande m.m., vilka måste uppfyllas för att dess utgång så mycket som möjligt skall bestämmas av sammanhängande skäl och inget annat. Alexys debattregler kräver närmare bestämt

- uppriktighet,
- gemensamt språkbruk,
- debattens öppenhet,
- frihet från inslag av tvång och
- en viss fördelning av argumentationsbördan.

Argumentationsbörderegler kräver bl.a. att den som har anfört ett skäl inte har någon skyldighet att ange vidare skäl, om det inte är så att motskäl har anförts.

Att »argumentera» genom att ljuga, godtyckligt ändra ords mening, tillgripa tvång osv. innebär att man använder andra »argumentations»-medel än sammanhängande skäl. Debattreglerna kan således uppfattas som medel för att befrämja koherent motivering.

8 kap. Det enda rätta svaret?

8.1 *Dworkins teori*

Den amerikanske rättsfilosofen *Ronald Dworkin* hävdar att varje rättsfråga ytterst gäller individuella rättigheter och att dessa är »förutbefintliga» (*pre-existent*). Den ifrågavarande rättigheten har med andra ord existerat redan innan argumentationen slutförts. Den juridiska argumentationen är följaktligen ett medel för att fastställa de förutbefintliga rättigheterna. Den skapar dem inte utan ger oss endast motiverad kunskap om dem. Enligt Dworkin är domaren bunden såväl av rättsregler som av rättsprinciper. En rättsregel gäller tack vare sitt ursprung, t.ex. därför att riksdagen stiftat den. (Denna tes skiljer sig inte från rättspositivisternas uppfattning.) En rättsprincip gäller däremot därför att två villkor samtidigt uppfylls:

- principen passar väl till rättens »institutionella historia», nämligen till lagar, prejudikat och andra rättskällor, och
- principen uttrycker juristers och allmänhetens föreställningar om riktighet, rättvisa eller någon annan »dimension» av etiken.

8.2 *Tesen om ett enda rätt svar*

Enligt Dworkin finns det ett enda rätt svar på varje rättsfråga, och detta alldeles oavsett hur svår frågan är. Visserligen kan en vanlig domare ha stora problem med att finna svaret, men den perfekta »domaren Hercules» skulle lyckas därmed.

»Domaren Hercules» är en idealmodell som har obegränsad tid till förfogande, obegränsad frihet, obegränsad kunskap, obegränsad intelligens och ständig vilja att finna det bäst motiverade svaret på alla rättsfrågor.

»Domaren Hercules» skulle enligt Dworkin misslyckas med att finna det enda rätta svaret endast om skälen för och mot ett visst avgörande vägde exakt lika. Det finns emellertid så många rättskällor och etiska

sakskäl att en sådan jämvikt inte är sannolik. Därför finns det enligt Dworkin verkligen ett enda rätt svar på varje rättsfråga.

8.3 Ojämförbarhet

Man kan emellertid hävda att Dworkins tes om ett enda rätt svar är falsk. Dworkin räknar endast med följande tre möjligheter: (a) skälen väger tyngre; (b) motskälen väger tyngre; och (c) skälen och motskälen har samma tyngd. Han förbiser en fjärde möjlighet: (d) skälen och motskälen är ojämförbara, dvs. man kan aldrig veta vilka som väger tyngst.

Definitiva (inte blott *prima facie*-) etiska och juridiska slutsatser förutsätter en slutgiltig avvägning mellan olika skäl. Denna avvägning vilar ytterst sett på betraktarens personliga och intuitiva preferenser. Visserligen föredrar en normal människa en väl motiverad (dvs. väl sammanhängande, koherent) etisk och juridisk uppfattning framför en mindre väl motiverad. Men koherenskraven är inte tillräckligt exakta för att tillförsäkra ett enda riktigt svar på alla värderande och normativa frågor. I de fall man inte kan bestämma vilken uppfattning som är bäst motiverad måste man lita på intuitionen. I riktigt svåra fall kan följaktligen ingen »Hercules» på förhand veta hur andra »Herculesar» kommer att döma.

8.4 Sammanhang, riktighet och sanning

I ljuset av det ovan sagda kan man förespråka

- en värderealistisk och kognitivistisk uppfattning om etiska *prima facie*-värden och samtidigt
- en icke-kognitivistisk uppfattning om slutgiltiga norm- och värdesatser.

Det är således rimligt att påstå att *det finns* »förutbefintliga» *prima facie*-värden, skyldigheter och rättigheter, förankrade i den ifrågakvarande etiska kulturen.

Det går emellertid inte att meningsfullt säga att *slutgiltiga* etiska norm- och värdesatser kan vara sanna. Dessa satser är riktiga eller oriktiga beroende på en avvägning som ytterst beror på individens personliga preferenser. Preferenserna är i en viss mening »fria». Avvägningarna återspeglar följaktligen ingen förutbefintlig verklighet, utan de skapar en ny sådan. Ändå kan vi ha rationellt underbyggda åsikter om slutgiltiga etiska värden, skyldigheter och rättigheter. Sådana åsikter är riktiga, dvs. så väl

avvägda och motiverade som möjligt. Förvisso bildar de ingen kunskap i strikt mening men de är så tillvida kunskapsliknande, att de bildar en väl sammanhängande helhet.

SANNING OM GÄLLANDE RÄTT

Rättsreglernas *ordalydelse* i ett »normalt» samhälle där rätten inte är extremt oetisk – se avsnitt 2.7 ovan – kan fastställas och beskrivas sant.

Utsagor innehållande en viss *juridisk tolkning* av gällande rätt kan däremot inte vara sanna eller falska utan endast riktiga eller inte riktiga. Sådana utsagor måste nämligen motiveras genom avvägningar.

Men vad betyder det då att juridiska tolkningssatser är riktiga, fast de inte kan betecknas som sanna? Det behövs en teori om riktighet av praktiska satser, vilket inte är samma sak som sanning.

Visserligen är det svårt att helt exakt definiera det juridiska riktighetsbegreppet. Men om en viss juridisk tolkning har stöd av en i hög grad sammanhängande (*koherent*) motivering, så är det rimligt att anta att denna tolkning är den riktiga.

På så sätt har den allmänna rättslärans huvudproblem – frågan om vad det innebär att rättstillämpningen är riktig – funnit en rimlig lösning.

Rättsfallsregister

Sverige

NJA

1935 s 157 49

1938 s 35 49

1948 s 584 40

1949 s 195 49

1951 s 265 49

1959 s 254 46

1966 s 210 44

1973 s 628 32

1976 s 368 40

1977 s 176 39

1978 s 147 48

1979 s 666 73

1980 s 197 44

1980 s 224 48

1981 s 1 39

1981 s 1050 29, 55, 87

1982 s 493 48

1984 s 693 80

1984 s 733 39

1986 s 217 48

1987 s 61 44

1987 s 194 40

1988 s 665 40

1989 s 389 39

1990 s 361 40

1991 s 720 39

AD

1976 nr 101 37

Norge

Rt

1979 s 1079 49

Sakregister

- advokaten 32 f., 85
- a fortiori-argument 56
- analogislut 9, 29 f., 47, 49, 50 f.,
52–56, 87, 88, *se* även lucka i la-
gen, institutanalogi, laganalogi,
rättsanalogi
- val mellan analogi och motsats-
slut 54 ff.
- val mellan flera analogier 56
- argumentationsbörda 91
- argumentationsprinciper 30, 55 f.,
77
- auktoritet 32, 42 ff., 54
- auktoritetsskäl 29, 31, 35 ff., 45, 52,
59
- avtal, avtalsrätt 21, 25, 26, 30, 37 f.,
44, 48, 49, 54, 76
- avtalsvillkor 12, 47, 55, 73
- avvägning
- avvägningsargumentationens slut-
punkt 81, 93
- egenskaper hos slutgiltig avväg-
ning 79
- i svåra fall 24, 82 f.
- mellan juridiskt relevanta hän-
syn 80 f.
- mellan preferenser 66
- mellan principer resp. värden 59,
72, 77 f., 82, 84
- mellan motiveringskrav 88
- och etik 33, 74, 77 f. 84
- och lagens ändamål 59
- och rättssäkerhet 12
- vid användning av förarbeten 40
- vid objektivteleologisk tolkning 57
- vid teorival 22, 24
- vid valet mellan analogi och mot-
satsslut 55 f.
- vid valet mellan olika tolknings-
sätt 52
- begreppsanalys 9
- civilrätt 12, 19, 25, 32, 33, 34, 43,
55, 58, 88
- debatt 14, 16, 27, 31, 64, 71, 91
- demokrati 11, 13, 14–16
- doktrin, *se* rättsdogmatik
- domaren 13, 32, 85, 92
- ”Domaren Hercules” 92
- domarideologi (Ross) 19
- domsmakten 13
- domsmotivering 9, 29, 39
- e contrario se* motsatsslut
- enda rätta svar på varje rättsfråga 92
- etik, etisk 12–15, 17, 19, 21, 23–26,
28, 31–34, 35, 44, 46, 47, 59, 60–
86, 88, 89, 92 ff.
- folkstyre, folksuveränitet 13 f.
- forskningsprogram i rättsveten-
skap 34
- frihet 14, 22, 33, 67, 68, 75, 76, 78,
91
- fundamentism 79, 81

förarbeten 18, 31, 35 f., 37, 40–42, 49, 50, 57, 59
 – och subjektivteleologisk lagtolkning 56
 författning (*även* grundlag, konstitution) 13, 19 ff., 25, 26, 53, 60, 63, 76, *se även* grundnorm
 förutsebarhet 11 f., 15, 23, 31, 41, *se även* rättssäkerhet
 generalitet 33, 39 f., 58, 87 ff., *se även* universalitet
 generalklausul 12
 giltighet 17, 18, 19, 20, 21, 24–28, *se även* gällande rätt
 – rättsnormernas interna giltighet 24 f.
 – etiska (normernas innehåll) 25 103, 184, 185 f.
 – formaljuridiska (normernas ursprung) 25
 – sociologiska (effektivitet) 25
 – rättssystemets externa giltighet 26 ff.
 – och etiken 28
 grundlag *se* författning
 grundnorm 20, 24
 gällande rätt 9, 17–28, 63, *se även* giltighet
 – behov av teori om 17 f.
 – och tradition 90
 – sanning om 94
 – som en del av verkligheten 64 f.
 handlingsnorm 26 f.
 handlingsrättfärdigande 79
 härskande uppfattning i juridik 43
 identifikationsregel *se* igenkänningsregel
 igenkänningsregel 20, 24
 institutanalogi 54

institutionellt faktum 27
 institutionell rekommendation 35
 intresse 15, 30, 32 f., 35, 38, 58, 65, 76, 80
 juridisk avvägningslära 28
 juridisk relevans 29, 30, 79 f., *se även* relevans
 juridiska roller 9, 31, 71, 84, *se även* advokaten, domaren, lagstiftaren, åklagaren
 jämlikhet 14, 69, 74, 75, 76
 kaos 83
 kognitivism *se* värdekognitivism
 koherens, 86–90, 94 *se även* koherentism, sammanhang, sammanhängande motivering
 koherentism 79
 kollisionsprinciper 45, 53
 kompetens 22, 27
 konsensus 91
 konstitution *se* författning
 korrekthet, *se även* riktighet
 – i juridisk argumentation 9, 30, 32, 60
 kultur, kulturarv 70, 72 ff., 77, 78, 83, 90, 93
 kulturkrets *se* kultur
 kvalifikationsnorm 26 f., 44
 laganalogi 47, 49, 51, 52–56
 lagens ändamål 9, 32, 41, 51, 56–59
 lagstiftaren 13, 31, 40, 47, 82
 lagstiftarvilja 41, 56, 59
 lagtolkning 9, 12, 13, 18, 24, 41 f., 46–59, 85 och *passim*, *se även* analogislut, a fortiori-argument, lagens ändamål, motsatsslut, sammanhang, tolkningssats
 – bokstavstrogen 50
 – extensiv 51

- historisk 50
- korrigerande 48
- utfyllande 48
- logisk 50
- normskapande 51
- reducerande 51
- restriktiv 51
- språkligt konsekvent 50
- systematisk 50
- teleologisk *se* lagens ändamål
- legitimitet 11, 12, 15, 16, 17, 18, 21, 54, 60
- likhet inför lagen 11, 73, 74, 76, *se* även jämlikhet
- lucka i lagen 41, 53

- makt, maktutövning 11, 13, 15, 17, 19, 20, 31, 49, 75, 76
- maktindelning 13
- motivering, *se* domsmotivering, lagtolkning, rättfärdigande, sammanhang, sammanhängande motivering
- motsatsslut 9, 50, 54 *f.*

- naturrätt, naturrättslära 17, 21 *f.*, 24, 28
- norm, normsats 19, 22, 27, 30, 73, 75, 77, 79, 83, 90, 93 och *passim*

- objektivitet 17, 32, 33
- obsolet lag 48, 52, 90
- ojämförbarhet 71, 93
- ordinära fall 51, 57 *f.*, *se* även rutinfall

- paradigm 34
- praktisk mening 17, 60, 73
- preferensavvägning 66
- prejudikat 18, 21, 25, 31, 35 *f.*, 37-40, 45, 49, 57, 90, 92

- prima facie 36, 42, 45, 72, 77 *f.*, 82 *ff.*, 88, 93
- princip 15, 16, 21, 22, 25, 26, 30, 31, 34, 35, 37, 40, 41, 42, 45, 53, 55, 56, 58, 59, 61, 65, 67, 68, 69, 70, 72-78, 80, 82, 84, 87, 88, 89, 90, 92
- privaträtt 43, 76, 90
- processrätt 19, 32, 52, 58, 76
- prognoseori 18

- ratio decidendi 37 *ff.*
- ratio legis, *se* lagens ändamål
- rationalitet 9, 16, 24, 31, 33, 40, 44, 50, 63, 67, 68 *f.*, 70 *f.*, 73 *f.*, 78, 84, 89, 93, *se* även sammanhang, sammanhängande motivering
- rationell debatt 91
- målrationellitet 56
- relevans
- etisk 70, 79 *f.*, 83
- och rätten 84
- juridisk 29 *f.*, 32, 59
- ren rättslära 19 *ff.*
- riktighet 9, 23, 24, 60 *f.*, 63, 87, 91, 92, 93 *f.*
- rule of recognition *se* igenkänningsregel
- rutinfall 46, 82 *f.*
- rättfärdigande 14, 21, 73, *se* även stöd
- djupgående 60
- juridiskt tillräckligt 60
- rättighet 11, 15, 16, 22, 50, 62, 65, 67, 69, 70, 74, 76, 80, 85, 92, 93
- rättsanalogi 54
- rättsbegreppet *se* gällande rätt
- rättsdogmatik 9, 33, 34, *se* även doktrin
- rättskällor 35 *ff.*, 42, 45, 47, 50, 59, 60, 77, 82, 92, *se* även auktoritets-skäl, doktrin, förarbeten, prejudi-

kat, rättskälleprinciper, sakska-
 sedvana, utländsk rätt
 rättskälleläran 25, 26, 34, 35 ff.
 rättskälleprinciper 35 ff., 59
 rättslig kultur *se* kultur
 rättsordning, rättssystem 11, 13, 19,
 20, 23, 24–27, 38, 44, 52, 78, 83,
 86, 88 ff., *se* även gällande rätt
 rättspolitik 12, 39
 rättspositivism 17, 19, 21, 23 f., 28,
 92
 rättsrealism 17, 18, 28, 63, *se* även
 uppsalaskolan
 rättsstat 11–15, 34, 76, 84
 rätts säkerhet 11–14, 15, 23, 33, 41,
 49, 76, 80
 rättsstillämpning 9, 11, 32, 41, 52,
 57, 60, 83, 94, *se* även domare,
 lagtolkning, rättskällor
 rättsprincip 25, 65, 79, 82, 92, *se*
 även princip
 rättsvetenskap *se* doktrin, rättsdogma-
 tik
 rättsvisa 12, 13, 15, 24, 32, 53, 59,
 65, 67–70, 85, 88, 92
 sakska- 29 ff., 59, 86, samhällsför-
 drag, samhällskontrakt 21 ff., 68,
 84
 sammanhang, sammanhängande moti-
 vering 9, 19, 34, 41, 44 f., 50,
 53, 59, 79, 86–90, 91, 93 f., *se*
 även koherens
 sammanvägningsmetod, juridisk 59
 sanning 9, 62, 66, 75, 93 f.
 sedvana 30, 35 f., 48
 skepticism 24, 61, 63, 64
 skyldighet
 – att ge skäl 91
 – att fatta bindande beslut 32
 – etisk skyldighet att följa la-
 gen 82 ff.

slutgiltig avvägning 79 ff.
 slutgiltigt bindande etik och etablerad
 rätt 84
 slutgiltigt bindande rätt och etik 85
 stöd, även lagstöd 11, 12, 14, 21,
 26, 31, 36, 41, 47, 49, 50, 52 ff.,
 55, 59, 60, 63, 70, 73, 83, 86 ff.,
 94, *se* även relevans, sammanhang
 subsumtion 46
 svåra fall 24, 46 ff., 50, 60, 80, 82 f.,
 93
 teleologisk lagtolkning, *se* Ekelöf, la-
 gens ändamål
 teoretisk mening 17, 60, 73
 teoretisk sats 22, 62, 73, *se* även
 sanning
 – analytisk 62
 – empirisk 62
 tolkning *se* lagtolkning
 tolkningssats 60 f., 94
 tradition, traditionell 30, 34, 41, 58,
 59, 65, 71 f., 74, 89 f., *se* även kul-
 tur
 tvång
 – frihet från inslag av tvång 91
 – tvångsmonopol 26
 universalitet *se* även generalitet
 – formell (universaliserbarhet) 65,
 87 f.
 – och kulturbundenhet 74
 uppriktighet 91
 uppsalaskolan 62 ff.
 utländsk rätt 35, 43, 51, 80
 vaghet 23, 24, 47, 48, 53, 57, 61,
 75, 82
 värdekognitivism 61 f.
 – värdenaturalism 61
 värdenihilism 61, 62 f.
 värdeprincip 72, 74 ff., 79, 82

värdering 9, 12, 13, 18, 21, 22, 35,
 40, 46 f., 60 f., 75, 82, 86, 89, 90,

se även värdesats

värdesats 22, 61, 65, 73, 77–80, 93

yttrandefrihet 76

åklagaren 32 f., 57 ff., 85

åsiktsbildning 15, 16, 76

äganderätt 39, 69, 76

öppenhet

– av rättssystem 26

– i rationell debatt 91

ALEKSANDER PECZENIK

Juridikens teori och metod

Denna bok är i första hand avsedd som en lärobok i allmän rättslära. Framställningen kretsar kring frågan om juridikens begreppsbildning och arbetsmetod är förenliga med rättssäkerheten.

Tolkning av gällande rätt är juridikens huvuduppgift. Vad menas med att rätten är gällande? Lagtolkningen genomsyras av olika praktiska avvägningar; måste inte avvägningarna mynna ut i en osäkerhet? Framför allt, är rättssäkerheten förenlig med ett annat viktigt ideal – nämligen rättvisan i det individuella fallet?

För att besvara dessa frågor jämför författaren juridiken med den etiska och den vetenskapliga argumentationen och försöker utveckla en rättskälle- och argumentationsteori.

Aleksander Peczenik är professor i allmän rättslära vid Lunds universitet. Han har tidigare gett ut flera böcker, bl.a. *Rätten och förnuftet* (2 u. 1988), *Juridisk argumentation* (1990) och *Vad är rätt?* (1995), till vilken denna lärobok tjänar som introduktion.

FRITZES

BESTÄLLNINGAR: FRITZES KUNDTJÄNST 10647 STOCKHOLM
FAX 08-205021 TELEFON 08-6909090