

Juridiska data. Ett bidrag till rättens ontologi

Aleksander Peczenik

Juridiska institutionen, Lunds universitet

1. Verklighet

Frågan om den juridiska argumentationens och de juridiska tolkningssatsernas karaktär leder inte blott till värdeteoretiska och kunskapsteoretiska problem, utan även till spörsmålet huruvida gällande rätt i juristernas mening finns i verkligheten eller blott utgör en fiktiv föreställning. *Karl Popper* har hävdad att det finns tre olika s k "världar". Han kallar den fysiska världen för "värld 1". "Värld 2" omfattar våra psykiska processer. "Värld 3" omfattar den logiska innebörden av böcker, bibliotek, dataminnen osv. Med andra ord omfattar värld 3 problem och lösningar, teorier, satser, matematiska tal, begrepp m m. För att undvika missförstånd kan man också urskilja olika betydelser hos sådana ord som "verklig", "finns" m fl. Fysiska ting finns₁, dvs i tid och rum. Psykiska processer finns₂, i tiden och i en persons medvetande. Innebörd, begrepp, tal, mängder m m finns₃. Vissa filosofer anser att de endast finns i "fiktiv" mening, men att helt och hållet förneka "värld 3", dvs att säga att innebörd, begrepp, problem, teorier m m *inte* finns, vore både konstigt och opraktiskt. Man säger t ex att två olika personer kan ha samma åsikt om något. Vad är det då som de delar? Inte den psykiska

processen, eftersom den enes tanke finns i den enes huvud medan den andres tanke finns i den andres huvud. Det som är identiskt för båda är just innebörden i tankarna, inte tankarna själva.

2. Gällande rätt

Gällande rätt kan framställas såsom ett komplex av följande komponenter:

- 1) normer;
- 2) handlingar vilka förläna normerna deras samhällliga karaktär; och
- 3) "övernormer" vilka ger normerna deras giltighet.

Dessa tre komponenter bildar tillsammans den samhälligt etablerade rätten. Men begreppet "gällande rätt" är dubbeltydigt och avser ibland även något annat, nämligen tolkad rätt. Tolkad rätt består i sin tur av komponenterna 1-3 jämte den ytterligare komponenten

- 4) tolkning

Alla dessa komponenter förekommer inte blott i gällande rätt utan även i andra normsystem. I gällande rätt har de emellertid vissa speciella egenskaper.

Innan detta kommenteras närmare, låt mig först säga att rättens komponenter har vissa egenskaper helt oberoende av deras tillhörighet till komplexet. De handlande människornas längd, vikt, hårfärg osv är sålunda oberoende av deras handlingars förhållande till rättsnormer. Andra egenskaper åter finns till endast tack vare komponenternas tillhörighet till komplexet. En av dessa egenskaper är t ex rättslig giltighet. De egenskaper som en komponent får endast tack vare sin tillhörighet till ett komplex kallas *emergenta egenskaper*. Rättslig giltighet är alltså en av rättsnormernas emergenta egenskaper.

Låt mig nu formulera vissa kommentarer.

1. Normer

Den första komponenten inom gällande rätt är som sagt normer. En norm är i sig ett komplex, dvs ett komplex av följande delkomponenter:

- a) Normens fysiska sida, som finns, dvs tillhör värld 1. Den omfattar t ex bokstäver på papper som häftas ihop och utgör en lagbok;

b) Normernas mening (betydelse, innebörd).

Givetvis är inte alla normer rättsnormer. Rättsnormernas innebörd varierar mycket, men följande egenskaper lär vara karaktäristiska för dem: 1) De bildar ett system som innehåller vissa normer, vilka gör anspråk på fullständighet, suveränitet och tvångsmonopol; tvångsmonopolet innebär att fysiskt våld endast får förekomma med rättsreglernas stöd. 2) Rättssystemet utgör en "dynamisk" hierarki av normer, där de högre normerna bestämmer hur de lägre blir till. En rättsnorm är gällande i princip endast om den skapats i överensstämmelse med en annan rättsnorm. Denna idé utgör kärnan i den "formalistiska" uppfattningen om gällande rätt.

2. Handlingar

Den andra komponenten inom gällande rätt är handlingar. Det kan röra sig antingen om

- a) avsiktligt normskapande, t ex lagstiftning, eller om
- b) samhällelig praxis som skapar oskrivna normer. Denna praxis består av regelbundna handlingar vilka tolkas såsom en norms acceptans, efterlevnad, tolkning osv.

En handling är i sig ett komplex av följande delkomponenter:

- a) beteende, som finns, dvs tillhör "värld 1", och
- b) intention; man handlar för att uppnå något.

För att ha karaktären av en rättsordning måste nu ett normsystem vara i stort sett effektivt. Det innebär två saker. För det första måste vanligt folk i stor utsträckning använda rättsnormer för att utföra vardagliga handlingar. Man köper, säljer, tar anställning, betalar skatt osv, allt i enlighet med rättsnormer. För det andra måste det finnas personer som direkt eller indirekt styr användningen av rättsenligt tvång, t ex domare, åklagare, poliser m fl. För det tredje måste dessa personer använda rättsnormer vid sin myndighetsutövning. Idén att gällande rätt är en effektiv rätt utgör kärnan i flera sk rättsrealistiska uppfattningar om det diskuterade begreppet.

3. Övernormer

Ordet "gällande" är ett normativt ord. En norm är gällande endast om den bör följas. Det måste då finnas någon övernorm som säger att den bör följas. Att en lag bör följas framgår således av grundlagen. Men vad kan det vara för norm som bestämmer grundlagars giltighet? Vad kan det vara för norm som bestämmer moralnormers giltighet? Moralnormer bildar ju inte någon

mera fast pyramid i samma mening som rättsnormer och kan mycket väl vara gällande fast de inte uppkommit i överensstämmelse med någon annan gällande norm. Det finns kanske inget enkelt svar på frågan om den giltighetsbestämmande övernormen. För vårt nuvarande syfte räcker det emellertid att fastställa följande. En norm är gällande endast om en annan norm säger att den bör följas.

4. Tolkad rätt

Idén om gällande rätt som en tolkad rätt spelar en stor roll för den tredje viktiga uppfattningen om rättslig giltighet, vid sidan av den formalistiska och den rättsrealistiska. Denna tredje idé är att gällande rätt är en värderingsmässigt godtagbar rätt.

De värderande tolkningsfrågorna förekommer på tre ställen inom den juridiska argumentationen. Man måste fastställa den juridiska - värderande - tolkningen av vissa regler. Det måste även fastställas att dessa regler tillhör rättssystemet, dvs uppvisar ett samband med vissa rättskällor. Slutligen förutsättes det totala rättssystemets rättsliga karaktär. Att en tolkning som åsyftar klarläggande av den juridiskt riktiga innebörden hos lagen och andra rättsnormer är värderande, är klart för varenda jurist. Att identifiering av rättskällor involverar värderingar är däremot mindre självklart. Dock kan man ange slående exempel som bekräftar denna tes. Den svenska debatten angående frågan huruvida lagens förarbeten är att anse såsom en vägledande rättskälla av samma dignitet som prejudikat utgör ett sådant exempel. Värderande argument har framlagts för respektive emot tesen, att förarbetenas ställning *bör* jämföras med prejudikatens. Att rentav en fastställelse av hela rättssystemets rättsliga karaktär involverar värderingar är slutligen rätt överraskande. Ändå kan vi tänka på följande. Antag att ett normsystem uppfyller många rättskriterier men är extremt förkastligt, såsom exempelvis Pol Pots "rätt". En jurist som inte blott opportunistiskt ansluter sig till detta normsystem utan även söker föra en rationell debatt om dess rättsliga natur måste förutsätta att ett normsystem är rättsligt endast om det inte innehåller alltför många grovt omoraliska normer. Den extremt orättvisa rätten är ingen rätt; *lex iniustissima non est lex*. Vissa normsystem är omoraliska i så hög grad att de är *leges iniustissimae* och därmed inga rättsordningar alls, medan andra normsystem - vilka *är* rättsordningar - kan innehålla orättvisa lagar vilka bör kritiseras. På så sätt kan Chiles eller Sovjet-

unionens rättsordningar kritiseras utan att man tvekar på deras karaktär att vara gällande rätt. Begreppet "gällande rätt" är alltså värdeladdat, och värdena spelar in i detta begrepp på flera sätt.

Tolkad rätt består alltså av fyra interrelaterade komponenter: 1) normer, 2) normskapande handlingar, 3) den giltighetsbestämmande övernormen och 4) den värderande tolkningen. Den fjärde komponenten leder emellertid till allvarliga ontologiska problem. Om "rätt" betyder "tolkad rätt" och tolkningen är värdebemängd, hur kan då olika tolkare genom sin värdebemängda tolkning fastställa en enda gällande rätt, som är samma för alla? För att besvara denna fråga konstaterar vi att olika tolkare är normalt tämligen lika. De har samma begrepp; samma rationalitetsideal; samma föreställning om att man skall basera juridisk argumentation på vissa rättskällor; liknande uppfattning om vad som utgör de korrekta rättskällorna och argumentationsmetoderna; samma värderingar angående legalitet och rättssäkerhet m m. Ändå kan dessa tolkare komma till olika resultat, fastän de alla åsyftar samma sak, nämligen en rationell och godtagbar tolkning. Det gjorda antagandet om relativ likhet följer av filosofiska premisser rörande viljefrihet m m, vilka inte kan beaktas här. Men slutsatsen kan nu anges och den är att gällande rätt är samma för alla, endast om alla rationella tolkare skulle i en optimal tolkningssituation kunna enas om dess innehåll. Om de å andra sidan inte kan enas, oavsett hur rationella de än är, så "spricker" gällande rätt upp i flera personliga normsystem. Vi har alltså att göra med tre entiteter:

- 1) den samhälleligt etablerade rätten, som är densamma för alla;
- 2) den tolkade rätten, som likaledes är densamma för alla; och
- 3) en mängd av personliga normsystem, som alla rekommenderar en viss tolkning.

3. Juridiska data

Dessa ontologiska funderingar gör det möjligt att fruktbart tillämpa på rättsvetenskapen vissa riktningar inom den moderna vetenskapsteorin. En av dessa riktningar är *Imre Lakatos'* teori om forskningsprogram. Ett givet forskningsprogram - dvs en serie teorier - har en "kärna" som skyddas av hjälphypoteser.

Inom programmet får motexempel riktas mot hjälphypoteserna, men inte mot själva kärnan. Om exempelvis en doktorand i fysik iakttar data som synes strida mot relativitetsteorin gör han alltså rätt då han söker efter en störande faktor, t ex okänd strålning, men inte då han försöker falsifiera själva relativitetsteorin. På så vis utvecklas mer och mer komplexa teorier, vilka tar hänsyn till allt fler faktorer och observationer. Forskningsprogrammet är fruktbart och progressivt om nästa, mera komplicerade, teori har större empiriskt underlag än sin företrädare. Med andra ord förklarar den en större mängd data. Omvänt degenererar programmet, när det inte längre producerar teorier med allt större empiriskt underlag.

Det verkar att gå bra att tillämpa Lakatos' metodologi på den juridiska argumentationen om vi antar att de värderingar som ständigt skapas inom denna argumentation är analoga med vetenskapens *observationsdata*. Givetvis hävdar jag *inte* att värderingar är observationsdata, såsom förmedlade av något "värdesinne" eller eljest. Tvärtom måste man ständigt beakta den grundläggande skillnaden mellan värdesatser och observations-satser. Men ändå har värderingar samma plats i den juridiska argumentationens *struktur* som observationsdata har i naturvetenskapens struktur. Närmare bestämt måste man skilja mellan normativa (praktiska) och beskrivande (teoretiska) komponenter i juridisk argumentation. De normativa komponenterna är följande. Värderingar motsvarar som sagt *observationsdata*. Den juridiska argumentationens *kärna* - analog med teorikärna i Lakatos' mening - består då av tre komponenter. För det första omfattar den rättsvetenskapens "ram" eller "paradigm", bestående av fyra komponenter: (1) antagandet om att lagen och andra rättskällor har en stor vikt i den juridiska argumentationen; (2) en viss rättviselära; (3) en viss uppfattning om de juridiska metodreglerna och (4) vissa grundläggande rättsliga värderingar rörande t ex rättssäkerhetens betydelse. För det andra omfattar denna "kärna" rättskällor, framför allt lagar, lagens förarbeten och prejudikat. När nya värderingar skapas genom den juridiska argumentationen, påverkas tolkningen men aldrig den juridiska "kärnan". De fyra paradigmatiska elementen är således fasta. Deras ändring skulle innebära en ändring av forskningsprogrammet. Även rättskällors ordalydelse är fast. Den kan ändras endast av lagstiftaren eller prejudikatsinstanserna. För det tredje omfattar denna normativa "teorikärna" vissa värderande, icke blott rättsliga, antaganden

som tas för givna både av moralfilosofer och jurister. Ett sådant antagande är t ex att lagen bör tjäna samhällsnyttan. De normativa juridiska *teorierna* omfattar slutligen t ex teorier om straffets ändamål (allmänprevention, individualprevention, vård, vederläggning osv), om äganderättens övergång (vid avtalslutet, vid besittningsövergång osv) med flera. De måste anpassas både till juridiska "data" inklusive värderingar och till den ovan skisserade "kärnan".

Vid sidan av dessa normativa komponenter omfattar den juridiska argumentationen även följande deskriptiva (teoretiska) komponent: deskriptiva data rörande vissa värderingar som finns i samhället och information om olika fakta vilka utgör föremål för värdering samt, inte minst, data om rättskällor. Deskriptiva teorier omfattar både en juridisk systematisering av rättskällor och vissa rättssociologiska teorier, angående t ex rättens samhälleliga funktioner. Deskriptiva teorikärnor skulle omfatta samhällsvetenskapliga grundantaganden som tas för givna av både samhällsvetare och jurister. Det är tveksamt huruvida samhällsvetenskaperna uppnått det höga utvecklingsstadium då sådana antaganden uppstår, men jag kan inte behandla denna fråga här.

I enlighet med ett sådant synsätt är ett rättsdogmatiskt forskningsprogram - dvs en serie av rättsdogmatiska teorier - fruktbart och progressivt om dess "kärna" - vilken bl a omfattar vissa rättskälle- och metodregler - hjälper till att utveckla nya och åter nya teorier som väl passar både till lagar och andra rättskällor samt till de värderingar som ständigt nyskapas av lagtolkare och andra jurister.

4. Juridiska värderingar och "språng"

Vi har sett ovan att den juridiska argumentationen ger kunskap om tolkad rätt grundad på (1) rättskällor och vissa traditionella argumentationsnormer samt på (2) egna värderingar gjorda av den person som argumenterar. Värderingarna förekommer på tre ställen inom den juridiska argumentationen. Man måste först fastställa den juridiska - värderande - tolkningen av vissa normer. Omfattar t ex ordet "vålla" i skadeståndslagen 2:1 nödvändiga eller tillräckliga skadeorsaker? Svaret beror på avvägning av etiska, ekonomiska, rättstekniska och andra

faktorer. Det måste vidare bedömas om de tolkande normerna tillhör det gällande rättssystemet. Att skadeståndslagen är gällande rätt är säkert, men värderingar spelar en stor roll då man bedömer karaktär och auktoritet hos prejudikat, skadeståndslagens förarbeten, läroböcker osv, vilka alla säger något om den svenska skadeståndsrättens innebörd. Slutligen förutses som sagt det totala rättssystemets rättsliga karaktär över huvud. Till synes behöver man inga värderingar för att fastslå att den svenska rätten som helhet utgör gällande rätt. Men i ett sådant land som Pol Pots Kambodja skulle man genom att lita till sina värderingar kunna argumentera meningsfullt mot godkännande av hela det föregivna rättssystemets giltighet.

Jag kommer nu att införa begreppet "ologiskt språng" i juridisk argumentation. Dessförinnan låt mig bara säga att de värderande stegen i juridisk argumentation motsvarar olika slags språng. De värderingar som avgör hela rättssystemets karaktär av gällande rätt motsvarar det argumentativa språnget *till rätten*. De värderingar som avgör rättskällors auktoritet och deras tolkning motsvarar språng *inom rätten*.

Den icke-triviala delen av den juridiska argumentationen innefattar språng. Med andra ord "hoppas" juristerna till sina slutsatser utan att - psykologiskt sett - ha klarhet om de premisser från vilka slutsatserna skulle följa. En logiker kan komplettera premisserna och förvandla språnget till en hållbar slutledning. Men då blir premisserna enbart relativt säkra, dvs säkra inom det juridiska paradigmet men osäkra inom en bredare debatt.

Ett *juridiskt språng* från satsen till satsen q är *berättigat* om, och endast om,

- q *inte* utgör någon *deduktiv slutsats* av p; och

- slutledningen från p till q *kan förvandlas till en deduktiv* sådan genom att en ändlig mängd premisser tilläggs som är evidenta (säkra) *inom det juridiska paradigmet*, dvs inom det juridiskt tillräckliga rättfärdigandet;

men

- slutledningen från p till q *kan inte förvandlas till en deduktiv* sådan genom att en ändlig mängd premisser tilläggs som är så säkra (evidenta) att *ingen rationell människa över huvud taget kan ifrågasätta* dem.

Av utrymmesskäl kan jag inte här argumentera för denna definition. Låt mig blott ange ett exempel. Betrakta följande resonemang (jfr NJA 1950 s 650).

| | |
|------------------------------|--|
| Premiss 1 (SkL 2:1) | Var och en som . . . vållar person- eller sakskada skall ersätta skadan |
| Premiss 2 (faktabeskrivning) | A har gjort något som var en tillräcklig men inte nödvändig orsak till B:s skada |
| Slutsatsen: | A har inte vållat B:s skada |

Resonemanget är ofullständigt och kan fullständiggöras t ex på följande sätt:

| | |
|---|---|
| Den ursprungliga premissen 1 (allmän regel - SkL 2:1) | Var och en som . . . vållar person- eller sakskada skall ersätta skadan . . . |
| Den ursprungliga premissen 2 (faktabeskrivning) | A har gjort något som var en tillräcklig men inte nödvändig orsak till B:s skada |
| Den tillagda premissen 3 | Att "vålla skada" innebär att en väsentlig differens föreligger mellan den situation som vållandet skapat och den som i alla fall hade funnits även om den presumtive skadevållaren inte handlat på det sättet han faktiskt gjort |
| Den tillagda premissen 4 | Om A gjort något som var en tillräcklig men inte nödvändig orsak till B:s skada, så finns det ingen väsentlig differens mellan den situation som vållandet skapat och den som i alla fall hade funnits även om den presumtiva skadevållaren inte handlat på det sättet han faktiskt gjort |
| Slutsatsen: | A har inte vållat B:s skada |

Den sistnämnda syllogismens juridiska relevans beror givetvis på de tillagda premisserna. Den tillagda premissen 4 är kanske självklar, men den tillagda premissen 3 - den s k differensläran - är omstridd. Man behöver en ytterligare syllogism som leder fram till den. Denna syllogism skulle i sin tur basera sig på tillagda premisser. Till slut skulle man kunna samla en sådan premismängd varom alla rationella jurister skulle kunna enas. Men det finns ingen chans att samla en sådan premismängd varom enighet uppstår ur alla debattvinklar man kan tänka sig. Vi är alltför olika för att kunna hoppas på att alla konservativa, socialister, anarkister, liberaler, utilitarister, rättighetskämpar

m fl nöjer sig med ett och samma svar på våra avvägningsfrågor. Därför behövs det juridiska språng, och därför behövs det juridiska paradig.

5. Ett samband mellan juridiska språng och rättens ontologi?

Värderingars roll – som ovan bekskriven – i den juridiska argumentationen utgör ett tillräckligt villkor för två slutsatser:

- 1) rättslig giltighet är en emergent egenskap som normer har endast inom ramen för ett system;

och

- 2) rättslig giltighet fastställs genom språng.

Den stora frågan huruvida ett starkare samband består mellan språng och emergenta egenskaper måste i denna uppsats förbigås. Men poängen kan uttryckas ändå. Den är följande. Svåra idéer om språng, emergenta egenskaper m m behövs för att kunna s a s inifrån förstå den juridiska argumentationen och framställa den som rationell, dvs koherent, förutsebar, rättvis osv. Är man inte villig att diskutera sådana idéer, så måste man förr eller senare anamma värdenihilisternas trista slutsats att den juridiska argumentationen må vara nyttig men ändå blott bygger på fiktioner och illusioner. Härmed skulle juridiken säkert placeras på en utförsbana som för rakt till historiens soptipp. Låt oss åtminstone försöka stoppa denna utveckling.