

# Rawls och rättvisa

Av Jan-Erik Lane

## Inledning

Ett av de mest inflytelserika arbeten i skandinavisk jurisprudens heter *Om ret og retfaerdighed*, därför att det ansågs att rättsordning och begreppet rättvisa har inget med varandra att göra. Rättvisbegreppet - om det nu alls är ett begrepp och inte bara ett värdeord - syftar på någon slags normativ ordning, medan realiteten bakom de sk rättsliga fenomenen är fakticiteter. Denna juridiska doktrin - den sk skandinaviska rättsrealismen - är i dag lika starkt institutionaliserad som när den på allvar slog igenom i slutet av 30-talet. Även om uttolkarna av denna juridiska doktrin har olika teorier om vad rättsordningen är gäller fortfarande att distinktionen mellan rätt - gällande rätt - och rättvisa är en av hörnstenarna i den rättsfilosofi som Axel Hägerström introducerade och Alf Ross vidareutvecklade.

Den skandinaviska rättsrealismen påstår emellertid något mer än att rätt och rättvisa är fundamentalt skilda saker. Den andra hörnstenen i denna rättsfilosofi är att avvisa alla försök att definiera rättvisbegreppet som blott och bart tom spekulation, eller rent av lika meningslöst eller meningsfullt som att uttala de enklaste slag av värdeord. Det går inte att ha kunskap i rättvisa utan bara om olika försök att resonera kring rättvisa. Rättvisbegreppet är ingenting annat än en rättvisvärdering och alla värderingar är just blott och bart känslor.

Det enorma genomslaget för Uppsala-skolans rättsfilosofi från Lundstedt över Hedenius och Olivercrona till Strömberg har haft den konsekvensen att det inte finns något som helst systematiskt tänkande kring rättvisa (Strömholm, 1988; Strömberg, 1988). Genom att enbart koncentrera sig på gällande rätt har man undvikit svåra frågor kring vad social rättvisa är och missat en intressant aspekt på rättens grundvalar i etiska teorier. Man kan acceptera den ena hörnstenen i den skandinaviska rättsteorin utan att acceptera den andra. Om man antar att rättvisa verkligen är ett begrepp och inte bara en värdering, hur kan man då reflektera över rätten som grundad i rättvisa? Låt oss undersöka den logiska strukturen i det mest kända verket om rättvisa under efterkrigstiden - John Rawls *A Theory of Justice* från 1971. Vi skall här kort skissera huvudtankarna hos Rawls samt några av de principiella svårigheterna i hans rättvisbegrepp såsom detta har relevans för framtida rättsreformer.

## Rättens struktur

Rawls rättsmodell betraktar rättsordning som bestående av tre delar: konstitutionen, lagstiftandet och rättsimplementeringen. Mellan dessa element finns en bestämd relation, nämligen att konstitutionen är primär i förhållandet till lagstiftandet som i sin tur är primärt i förhållande till rättsimplementeringen. *Konstitutionen* innehåller både procedurregler och innehållsregler. Den klargör hur lagstiftandet skall gå till rent procedurmässigt. Men den preciserar också gränser för innehållet i de statliga besluten, nämligen vissa grundläggande individuella friheter. Det är här fråga om vad staten inte får göra visavi individerna. *Lagstiftandet* bestämmer statens åtaganden, dvs vad staten bör göra för individerna. Och *rättsimplementeringen* är den process genom vilken de regler, som utgör rätten såsom denna framträder i konstitutionen och lagstiftningen, kommer att gälla eller erhåller gällande kraft.

Av avgörande betydelse för konstitutionen och lagstiftningen är de *principer* som läggs till grund för rätten. Det finns en mängd olika rättsregler, men frågan är vilka grundprinciper som de kan föras tillbaka på. Rättvisa har att göra med de principer som kommer till uttryck i författningen och i lagstiftandet. I utformningen av varje rättsordning står man inför ett val av vilka grundprinciper som man vill att konstitutionen skall byggas upp på - *statsproblemet* - samt av vilka grundprinciper som skall komma till uttryck i lagstiftningen - *det ekonomisk-sociala problemet*. Rawls rättviseteori är en hypotes om vilka grundprinciper som rationella människor skulle välja som lösning på statsproblemet och det ekonomiskt-sociala problemet.

## Konstitutionen

Författningen är all rättsordnings utgångspunkt, eftersom den definierar hur lagstiftning skall gå till. Innan man lagstiftar och skapar rättsregler måste man alltså välja en författning, skriven eller oskriven. Det finns ett mindre antal stater som saknar en skriven formell konstitution; hit hör främst Storbritannien vars grundläggande statsrättsliga normer är uttryckta i Common Law. Nya Zeeland baserar sin konstitutionella lagstiftning på det brittiska systemet. Slutligen har vi Israel som också saknar skriven konstitution (se närmare Retfaerd 40: 66). Vilken författning skulle man välja om man nu vore i en sådan situation att man kunde välja? Rawls föreslår att en fri människa i ett konstitutionellt val skulle ta fasta på frihetsbegreppet och försöka institutionalisera detta i författningen. Detta kan ske genom en rättighetskatalog eller en allmän princip om frihet som tolkas av

en författningsdomstol. Frihetsprincipen ges följande lydelse i Rawls' rättsvisebegrepp:

Varje person skall ha en lika rätt till det mest omfattande totala system av lika fundamentala friheter som är förenlig med ett liknande system av frihet för alla. (Rawls, 1971: 302)

Frihetsprincipen kommer till uttryck i författningens olika konkreta friheter: åsikts-, samvets-, förenings-, yttrande-, deltagandefrihet. Det är här fråga om de klassiska sk *negativa* friheterna, dvs vad den politiska gemenskapen måste upprätthålla i förhållande till de enskilda individerna.

Nu kan inte alla dessa friheter maximeras samtidigt och för alla individer. Friheter kan begränsas genom restriktioner på en frihet eller genom att individerna har olika frihet. Det är här inte fråga om att individer använder de formella friheterna på olika sätt beroende på deras skilda förutsättningar och kapaciteter - detta gäller frihetens *värde* för en individ, inte själva friheten. Utan begränsningar i de formella friheterna, är enligt Rawls, nödvändiga. Men hur kan de motiveras rationellt i ett rättssystem? Det finns rättssystem som innehåller en rad inskränkningar på de olika friheterna, men vilka inskränkningar är acceptabla ur *rättsvisesynpunkt*? En begränsning av vissa individers yttrandefrihet kan motiveras med att det gagnar andras friheter, osv.

Rawls inför en sk prioriteringsregel för att hantera hur olika friheter kan inskränkas:

Frihet kan bara inskränkas till förmån för friheten. Det finns två fall: (a) varje inskränkning av en frihet måste stärka det totala frihetssystemet och (b) varje ojämlikhet i fråga om frihet måste vara acceptabel för de individer som har en mindre frihet. (Rawls, 1971: 250)

Som exempel på den första acceptabla inskränkningen nämner Rawls att existensen av en stat eller rättsordning kräver begränsningar av olika friheter. När det gäller den andra acceptabla inskränkningen är det fråga om tillfälliga skillnader i formella friheter mellan individer som måste tas bort på längre sikt. Rawls frihetsprincip med tillhörande prioriteringsregel har i debatten inte tagits upp till närmare behandling. Man har vanligen sett den sk *första* rättsviseprincipen som en okontroversiell formulering av konstitutionell demokratisk författning. Vissa svårigheter bör dock påpekas.

Att det skulle finnas acceptabla skillnader i formella negativa friheter mellan individerna i ett samhälle hörs underligt. Vem skall avgöra när dessa är acceptabla för de förfördelade? Och hur skall det be-

stämmas? En annan sak är att olika friheter kan komma i konflikt med varandra. Deltagandefriheten eller att alla skall få rösta i politiska val kan leda till att majoriteten fattar beslut som förtrycker minoriteten. Härav restriktionen att det finns acceptabla begränsningar som leder till största möjliga totala frihet utan att varje frihet maximeras. Men hur skall man mäta hur olika friheter adderas till en summa? Antag att betydande inskränkningarna i deltagandefriheten i Sydafrika motiveras med att ett införande av lika deltagandefrihet för alla oavsett hudfärg skulle leda till att majoriteten berövar den nu styrande minoriteten dess "friheter". Kan man då med Rawls prioriteringsregel hävda att ofriheten i Sydafrika är orättvis? Hur skall man beräkna den totala friheten i dessa två fall?

Än mera betänksam blir man när Rawls hävdar att ojämlikheter i individuell frihet kan motiveras med ett lågt ekonomiskt samhällstillstånd. Kravet på individuella friheter skulle alltså vara mera acceptabelt i länder med hög ekonomisk tillväxt. Varför skulle ofrihet kunna fördras när det kombineras med fattigdom men vara förkastligt när det förekommer i rika samhällen? Att konstruera ett rättssystem i ett fattigt land kan inte innebära att det är fritt fram att införa ojämlikhet i fråga om friheter.

## Lagstiftningen

Att i en författning slå fast de traditionella sk liberala friheterna är ett nödvändigt men inte tillräckligt villkor för en rättvis rättsordning. Härtill kommer den positiva lagstiftningens roll, att med beslut i riksdagen befrämja olika samhällsmål vars medel implementeras i förvaltningen och rättsordningen. Men vilken princip skall styra valet av mål och medel för den offentliga politiken så att rättvisa befrämjas? Nu inför Rawls sin egentligt innovativa teori, den *andra* rättvisseprincipen eller den sk *differensprincipen*. Medan frihetsprincipen skall styra rättsordningens primära del - konstitutionen -läggs differensprincipen till grund för lagstiftningen, gällande rätts sekundära del. Lagstiftandet uttrycker den ekonomiskt-politiska ideologi som samhället vill genomföra efter det att konstitutionen fastlagts. Och rättvis lagstiftning måste baseras på en fördelningsteori.

När riksdagen stiftar rätt, hur skall den befrämja rättvisa? Jo, genom att maximera den sämst ställdes lott givet några inskränkningar. Rawls' differensprincip lyder:

Sociala och ekonomiska ojämlikheter skall arrangeras så att de leder till (a) största nytta för de sämst ställda, i förening med en regel om sparande, samt (b) knyts till tjänst och position givet att alla har lika möjligheter. (Rawls, 1971: 302)

Offentlig politik genom olika slag av lagstiftning och budget reglering innebär alltid en påverkan på fördelningen av nyttigheter mellan individer eller klasser av individer. Samhällets regelsystem skall enligt Rawls' rättvisebegrepp konstrueras så att det antingen leder till jämlikhet eller till att ojämlikheten accepteras därför att den förbättrar den sämst ställdes lott. Social-ekonomisk politik är alltså rättvis om den leder till jämlikhet i sociala resultat eller till ojämlikheter som gynnar de sämst ställda. Rättvisa som differensprincipen bygger alltså på en presumtion för jämlikhet som vägledande princip för public policy av olika slag. Men utformningen - att staten skall gynna de sämst ställdas lott - bygger på en verklighetsteori enligt vilken en maximering av jämlikheten kan leda till att alla får det sämre, dvs även den sämst ställda.

Rawls anger två restriktioner på tillämpningen av differensprincipen: att sparandet måste ha en nivå som gör det möjligt för framtida generationer att leva ett anständigt liv samt att alla skall tillförsäkras lika möjligheter vid rekrytering till tjänster. Principen om att gynna de sämst ställda får alltså inte leda till att alla samhällets resurser används till fördel för nu levande generationer eller att tjänster rekryteras med någon form av positiv diskriminering till förmån för de sämst ställda. Medan sparandebegränsningen inte kan åberopa själva differensprincipen - man skulle gynna de sämst ställda över flera generationer - därför att en framtida generation kan inte förbättra situationen för den sämst ställda tidigare generationen, skulle principen om lika möjligheter kunna härledas ur differensprincipen. Om man antar att positiv diskriminering till förmån för missgynnade grupper som t ex kvinnor vid rekrytering till högre tjänster skulle resultera i att ett sämre arbete utförs, skulle ju detta strida mot principen om att de sämres lott skall maximeras. Nationalinkomsten skulle bli större om de mest dugliga hamnar på rätt plats, vilket genom fördelningspolitik även skulle gynna de sämst ställda. Nu hävdar emellertid Rawls att man även via positiv diskriminering kan rekrytera rätt man/kvinna på rätt plats. Restriktionen motiveras då i stället med att positiv diskriminering kränker ad hoc principen om förtjänst och duglighet.

Differensprincipen är Rawls originella bidraget till debatten om rättvisa i rättssystem och public policy. Konsekvenserna för det politiska reformarbetet och rättsordningen hänger samman med vilka konkreta implikationer som just differensprincipen har. Märkligt nog har man i debatten om Rawls' rättvisebegrepp mera fäst sig vid själva motiveringen för varför en rationell individ skulle välja just differensprincipen som grundval för rättsordningen - *slöjan av okunnighetsargumentet*. Kritiken mot Rawls går i allt väsentligt ut på att argumenteringen för valet av första och andra rättvisereglererna såsom

innehåll i samhällskontraktet inte går att deducera ur några enkla rationella beslutsaxiom utan att införa ad hoc-antaganden som just försvarar dessa två maximer, t ex att varje individ alltid väljer att maximera sin säkerhetsnivå. Må så vara, men de två rättvisepriinciperna är intressanta i sig som grundval för en rättsordning. Vad de implicerar beror i hög grad på hur differensprincipen tolkas konkret.

## Differensprincipen, socialism och kapitalism

Hur skulle samhället se ut om man genomför de två rättvisepriinciperna fullt ut? Brian Barry har mot Rawls invänt att hans rättvisebegrepp bara legitimerar ett liberalistiskt samhälle, men det är nog knappast riktigt (Barry, 1973). Själv framhåller Rawls att de två rättvisepriinciperna är förenliga både med en kapitalistisk och socialistisk samhällsordning. Låt oss citera:

Eftersom produktionsmedlen och naturresurserna ägs offentligt under socialismen kommer marknadens fördelningsfunktion att vara starkt begränsad, medan ett system med privat ägande använder priser för både allokering och fördelning. Vilket av dessa två system som bäst svarar mot rättvisans krav kan inte, tror jag, avgöras i förväg. (Rawls, 1971: 271-2)

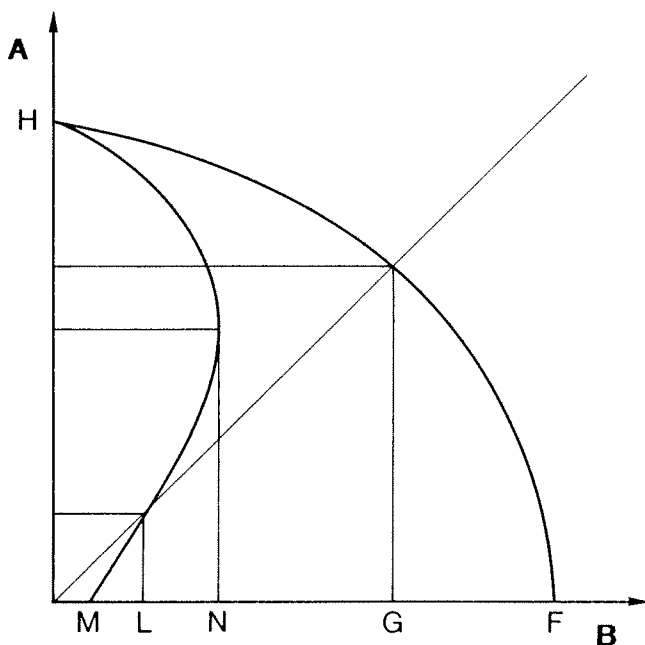
Den typ av socialism som Rawls är beredd att acceptera som förenlig med frihets- och differensprinciperna kan inte hämtas från existerande socialistiska stater, utan det gäller här den ideala modellen för sk marknadssocialism som utvecklats under kritik av planhushållningsmodellens befälsekonomiska system. Om rättvisepriinciperna möjliggör ett system där det offentliga äger produktionsmedlen men dessa allokeras med marknadspriser, då kan det inte stämma att Rawls' system är någon slags liberalism.

Rawls menar själv att han utgår från rättsordningen i en representativ demokrati med privata äganderättsinstitutioner. Rawls är emellertid ingalunda anhängare av en nyliberal statsteori. För att befrämja rättvisa måste staten vara aktiv och vidta en rad åtgärder i form av socio-ekonomisk lagstiftning. Mellan frihets- och differensprincipen råder en sk lexikalisk ordning, som innebär att frihet går före jämlikhet. Det är alltså ej rättvist att åberopa jämlikhetsargumentet för frihetsinskränkningar i t ex det ekonomiska systemet. Friheter kan bara begränsas därför att det leder till en större total frihet. Men differensprincipen har mycket klara implikationer även sedan frihetsprincipen institutionaliserats.

Differensprincipen uttrycker inte en liberal rättsideologi, utan den hör hemma i socialistisk idétradition bland de sk utopisterna, inte den

sk vetenskapliga socialismen. Att maximera de sämst ställdas lott givet de traditionella negativa friheterna och alla lika möjligheter ställer krav på omfattande välfärdspolitiska program av antingen resurssallokering eller resursomfördelning. Rättvisa för Rawls är jämlikhet *ex post* förutsatt att det gynnar den sämst ställda. Rättvisa i en liberal samhällssyn är jämlikhet *ex ante* den sociala interaktionen.

Man kan i en enkel modell beskriva vad differensprincipen innebär. Antag att vi har ett modellsamhälle med två individer eller klasser av individer, de bäst ställda (A) och de sämst ställda (B). Olika kriterier kan ligga till grund för skiktningen: inkomst, förmögenhet, hälsa, begåvning. Genom att samarbeta kan A och B skapa vissa nyttigheter som kan fördelas på olika sätt mellan A och B, vilka vi identifierar med två sk nyttomöjlighetskurvor i diagram 1.



**Diagram 1. Differensprincipen**

**Fall 1** Här kan man fördela resultatet - nationalinkomsten i detta modellsamhälle - på ett oändligt antal sätt mellan extrempunkter H och F, där A respektive B erhåller hela vinsten med den samfälliga insatsen. 45-graders vinkeln anger en exakt jämlik fördelning mellan A och B, och kravet på sk Pareto-optimalitet eller effektivitet implicerar då valet av punkten G. Skulle denna socialpolitiska lösning imple-

menteras ledde det till mycket omfattande statliga program för omfördelning.

**Fall 2.** Nu kan man inte helt enkelt maximera jämlikheten, utan det finns en sk trade off mellan effektivitet och jämlikhet på så sätt att de bäst ställda svarar med att reducera sin samhällsinsats om fördelningen till förmån för de sämst ställda drivs för långt. Hur exakt denna nya nyttomöjlighetskurva ser ut är en empirisk fråga, men låt oss anta att kurvan mellan H och M uttrycker ett realistiskt förhållande. Att maximera jämlikheten, dvs välja en punkt L där 45-graders vinkeln skär kurvan HM, skulle inte maximera de sämst ställdas lott. Det gör i stället punkten N, där de sämst ställda accepterar att de bäst ställda får mer därför att de även gynnar de sämst ställda. I detta fall måste staten vara mera försiktig i sin socialpolitiska lagstiftning, därför att det är svårt att finna fram till N.

## Avslutning

Under 80-talet har ett marknadsliberalt synsätt kommit att få en större respons än på flera årtionden (Sandel, 1982; Walzer, 1983). Detta gäller inte bara i länder där marknaden av tradition haft en stark position, utan så är även fallet i välfärdsstaterna och de kommunistiska systemen. Rawls' rättviseteori hör inte samman med denna trend, utan *A Theory of Justice* tillhör de statsinterventionistiska ideologierna. Det går en klar gränslinje mellan Rawls och marknadsteoretiker som J.M. Buchanan, G. Tullock och R. Nozick. Rawls' rättviseteori kan användas som ett instrument för en slags demokratisk socialism med restriktionen att frihet och lika möjligheter går före jämlikhet. Svårigheten med de två principerna för rättvisa är att de är *svårkonkretiserade*. Hur går man tillväga för att beräkna den mängd av olika friheter som maximerar den totala friheten? Och hur maximerar man de sämst ställdas lott, om det finns en trade off mellan effektivitet och jämlikhet?

## Litteratur

- Barry, B. (1973) *The liberal theory of justice*. Oxford: Clarendon Press.
- Ross, A. (1966) *Om ret og retfaerdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi*. København: Nyt Nordisk Forlag.
- Retfaerd* 40 (1988).
- Rawls, J. (1971) *A theory of justice*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard U.P.
- Sandel, M.J. (1982) *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge: Cambridge U.P.
- Strömberg, T. (1988) *Rättsordningens byggstenar: om normtyperna i lag och sedvane-rätt*. Lund: Studentlitteratur.

Strömholm, S. (1988) *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*. Stockholm: Norstedt.

Walzer, M. (1983) *Spheres of justice: a defence of pluralism and equality*. New York: Basic Books.

*Forfatteroplysninger:*

Jan-Erik Lane, professor i offentlig förvaltning vid Umeå universitet, innehar en forskartjänst i policyanalys vid HSFR, placerad vid nationalekonomiska institutionen vid Lunds universitet.