

Eng, Svein. U/enighetsanalyse – med saerlig sikte på jus og allmenn rettsteori. Oslo. Universitetsforlaget 1998. XVIII + 652 s. Herrestad, Henning. Formal Theories of Rights. Juristforbundets forlag 1996. 295 s.

ANMÄLD AV ALEKSANDER PECZENIK

Nyligen har två intressanta doktorsavhandlingar försvarats i Oslo. Medan Engs avhandling är rättsteoretisk gäller Herrestads arbete deontisk logik. Det finns emellertid många beröringspunkter mellan rättsteori och deontisk logik. Dessutom hör båda arbeten till en analytisk tradition. Analytisk filosofi befinner sig emellertid numera i en skottlinje. Tunga kanoner avfyras av dekonstruktivister, postmodernister, fenomenologer, narrativister och andra kritiker. Förvisso består ammunitionen oftast av intellektuellt ofarliga fyrverkerier, men även äkta bomber har exploderat med stor verkningsgrad. Det går inte längre att neka att det analytiska förnuftet har sina gränser. De beskjutna reagerar olika. Vissa knäcks och ger upp, andra desperat försvarar sina förlorade positioner. Men det finns även äkta forskare som under beskjutning visar både mod och omdöme. De inser kritikernas poänger men ändå försöker styra den analytiska skutan till trygg hamn dit kanonerna inte når. Eng och Herrestad kan räknas till den sistnämnda gruppen.

Henning Herrestads bakgrund omfattar rättsfilosofi, språkfilosofi, logik och forskning om «artificiell intelligens». Avhandlingen innehåller en analys av rättighetsbe-

greppet. W.N. Hohfelds kända klassifikation av olika rättighetstyper, nämligen kravrättigheter, friheter, kompetenser (Hohfeld använde ordet «power») och immuniteter är avhandlingens bakgrund. Klassifikationen har förfinats av Stig Kanger och vidare av Lars Lindahl. Dessa använde sig som bekant av komplicerad formallogisk begreppsbildning, förtjänstfullt redovisad av Herrestad i avhandlingens andra del. Redovisningen är kreativ. Författaren noterar de kända teoriernas olika svagheter. Kanger har t.ex. förbisett att rättigheternas korrelation med olika skyldighetstyper måste grundas på distinktionen mellan «riktningslösa» skyldigheter och skyldigheter som är riktade mot en annan person (rättighetshavaren). Kangers formler måste sålunda ersättas med mera komplicerade sådana, som beaktar distinktionen. Vidare har Kangers och Lindahls kompetensbegrepp avlägsnat sig alltför mycket från juristernas språk. Kompetens har nämligen av dessa författare definierats som ett slags tillåtelse vilket Herrestad med rätta finner mindre tillfredsställande. Förvisso har Lindahl uppfattat kompetens som en kombination av tillåtelse och en individs «praktiska möjlighet» att skapa ett normativt förhållande. Men Lin-

dahls formallogiska analys bortser sedan uttryckligen från denna «praktiska möjlighet». För att analysera den i formallogikens språk behövs det enligt Herrestad en annan teori, nämligen Andrew Jones' och Marek Sergots analys av begreppet «institutionell makt». Begreppet bygger på en ny logisk form som kan läsas «om x ser till att A så räknas denna handling inom institution s som att A ser till att F ». Teorin har såväl formallogiska som filosofiska konsekvenser, den kan t.ex. tolkas som en formell representation av begreppet «konstitutiv regel».

Avhandlingens tredje del ligger på ett annat plan. Författaren ifrågasätter den kangerska logikens filosofiska antaganden. Därmed ingår han i debatten om deontiska logikens grundvalar. Deontisk logik sysslar som bekant med relationer mellan s.k. deontiska satser vilka använder sig av normativa begrepp såsom «skall» och «får». Olika svårigheter inträder beroende på hur satserna skall tolkas. Huvudproblemet är om de får tolkas som normer («äkta» normsatser). Många filosofer anser att normer inte är vare sig sanna eller falska (utan till exempel blotta känslouttryck), medan logiken är tillämplig på satser som har sanningsvärden. Kan då den deontiska logiken tillämpas på satser som saknar sanningsvärden? Författaren noterar Carlos Alchourróns artikel i vilken problemen sammanfattas som följer: Om deontiska satser tolkas som deskriptiva satser (vilka har sanningsvärden) måste deontisk logik försvagas: Medan den klassiska logiken bygger på maximen *ex falso quodlibet* (allt följer av det falska) och således leder till att ett motsägelsefullt satssystem kollapsar måste den försvagade logiken kunna tillämpas på de faktiskt existerande normativa systemen vilka som bekant innehåller logiska motsägelser. Om

man däremot väljer den preskriptiva tolkningen av deontiska satser (som «äkta» normsatser) måste den sanningsfunktionella semantiken ersättas med något annat. Författaren bestämmer sig att tolka deontiska satser som deskriptiva i alldeles speciell bemärkelse. I anslutning till bl.a. Sayre-MacCord uppfattar han dem som performativer. Om ett sådant performativ uttalas och vissa betingelser uppfylls skapas en norm. Normen i sig saknar sanningsvärden men performativet är sant i och med det att normen uppstår. Anmälaren är inte säker huruvida denna teori löser Alchourróns dilemma. Inte heller är det säkert att ett performativ uttalas varje gång då man drar en logisk slutsats av gällande normer. Sådana slutsatser måste analyseras noggrannare. (Ett bra exempel på en sådan analys är Eng's behandling av juristernas utsagor de lege lata, se nedan).

Därefter återvänder Herrestad till uppgiften att «explicera» rättigheter. Huvudfrågan blir nu varför Kanger och dennes efterföljare ville uttrycka Hohfelds teori i ett komplext sammanhang med modallogiken och «de möjliga världarnas» semantik. Det uppenbara svaret är att logikerna ville uppnå den högsta möjliga exaktheten. Ökad exakthet betalas emellertid med ökat avstånd från vardagsspråket. Herrestads problem är att finna den gyllene medelvägen. Denna varierar beroende på ändamålet. I allmän rättslära kan t.ex. behovet att hjälpa rättspraxis tala för minskad precision. Avhandlingens fjärde och sista del behandlar följaktligen «pragmatic constraints on stringency». Efter att ha konstaterat det triviala, nämligen att mindre exakthet ibland kan befärma rättsordningens effektivitet, medan större exakthet behövs för att t.ex. knäcka militära koder, gör författaren gällande att stringenta teorier skall utvecklas,

eftersom de kan visa sig nyttiga. Det avslutande kapitlet behandlar den deontiska logikens användbarhet på det ständigt växande forskningsområde «artificial intelligence and law». Författaren konstaterar att de hittills utvecklade expertsystemen klarar sig utmärkt utan deontisk logik. En anledning är att denna inte har löst Chisholms paradox, som består av att logisk motsägelse uppstår om det normativa systemet innehåller en skyldighet som aktualiseras då man brutit en annan skyldighet. (Återigen möter vi här problemet med *ex falso quodlibet*). Han noterar att paradoxen har lett flera logiker till att pröva nya vägar, bl.a. forska om «defeasible conditionals». Här skulle det kunna sägas en hel del, jfr. t.ex. *Artificial Intelligence and Law 4 Nos. 3-4 1996, Special Double Issue: Logical Models of Legal Argumentation*. Men de nya strömningarna behandlas inte i arbetet. I stället konkluderar författaren att deontisk logik kan finna någon användning för «computer security systems».

Avhandlingens formallogiska innehåll verkar i det mesta bestå i förtjänstfull redovisning av andras teorier. Den teori som författaren ansluter sig till verkar vara rimlig, fast knappast problemfri. Teorivalet motiveras med gott omdöme men viktiga frågor förblir obesvarade. Läsaren får en värdefull insikt i pågående forskning men de flesta frågeställningarna påminner anmälaren om unga år i Kraków på sextioalet. Sedan dess har onekligen framsteg gjorts när det gäller logisk formalism, men inte när det gäller den analytiska filosofins filosofiska problembehandling. Det radikalt nya är endast defeasible logic. Att just denna utelämnas i Herrestads arbete kan bero på att en alltför het potatis inte passar in i en doktorsavhandling. Det mest värdefulla i avhandlingen är som sagt insikten i att olika grader av stringens behövs för olika ändamål.

Endast denna insikt kan rädda den analytiska filosofin. Om man blint försöker precisera allt som preciseras kan skulle det enligt anmälarens mening leda till den analytiska filosofins marginalisering och irrationalisternas seger.

Svein Eng's bakgrund är i juridiken, rätts teorin och den allmänna filosofin. Han var någon gång Torstein Eckhoffs elev, men sedan gick sin egen väg, en lång och stenig sådan, som dock enligt min mening ledde till oanade höjder. Eng's arbete är tvärvetenskapligt, både juridiskt (rätts teoretiskt) och allmän filosofiskt: «Et hovedmål med arbeidet er å beskrive; klargjøre; vise opphavs- og anvendelsesområdet for, samt en viss selvstendighet av; visse målestokker for sammenligning av og val mellom utsagn. – Det er samtidig et mål ikke å ta standpunkt til holdbarheten av utsagene selv...» (s. 3). Ett av Eng's mål är att på ett teoretiskt djupgående sätt visa hur juristerna tänker och varför de gör det som de gör. Arbetet tematiserar kritisk reflexion, dvs. att tanken vänder sig tillbaka mot sig själv och frågar efter de relevanta fakta och kriterier för bedömning av egna utsagors hållbarhet. Bris tande kritisk reflexion leder till att en teori, t.ex. en rättsvetenskaplig eller rätts filosofisk sådan, blir självförstörande (jfr. t.ex. författarens kritik av Alf Ross). Kritisk reflexion betraktas som ett konstaterbart faktum: vissa författare bedriver den, andra inte. I så måtto är arbetet deskriptivt. Men den kritisk-reflexiva form som bildar arbetets ämne utgör samtidigt en central del av arbetets perspektiv (s. 18-19, 579-580). Författaren redogör för berömda filosofers analysmetoder (såsom Rudolf Carnaps explikation och John Rawls' reflektivt ekvilibrium) och utarbetar en egen analysmetod i kontrast mot dessa. (Inom parentes kan noteras att även Herrestad har presterat intressanta kommentarer på detta

tema). Målet är att beskriva det som Eng anser att vara en utbredd regelbundenhet i faktiskt förekommande analys och argumentation (s. 528), däribland inte minst i juristernas analys och argumentation (s. 529 ff.). Engs begreppsbyggning skiljer sig sålunda från reflektivt ekvilibrium: Medan detta innebär att man ömsesidigt anpassar individuella iakttagelser och generella principer, fokuserar Engs begrepp på «enighet om denotation, oenighet om konnotation», dvs. analys och argumentationssituationer där det allmänna anpassas efter det konkreta.

Ett av Engs intressantaste forskningsresultat gäller sammansmältning av deskriptiva och normativa utsagor i juridiken. Hans teori består av följande element. (1) Engs variant på kvalifikationsteorin om normativa utsagor: Anta att en utsaga strider mot fakta. Om talaren rättar då till utsagan, indikerar det att han menade en deskriptiv utsaga. Så sker t.ex. då man först säger «Skåne är danskt», men sedan konstaterar att Skåne faktiskt är svenskt. Om talaren försöker rätta till verkligheten, indikerar det i stället att han menade att uttala en normativ utsaga. Man säger t.ex. «Skåne borde vara danskt» och sedan agerar för att genomdriva secessionen. (Denna teori bygger på vissa anmärkningar av Anscombe och Searle, för övrigt noterade av Herrestad, fast även här inställer sig anmälarens ungdomsminnen: Se Peczenik, *Podstawy semantyczne logiki norm*; opublicerad doktorsavhandling (1963) som lär finnas i universitetsbiblioteket i Kraków; jfr. även ds., *Norms and Reality*. *Theoria* 1968; s. 117–133). (2) Sammansmältning: Juristers utsagor de lege lata lär ofta ha den egenartade modaliteten, sammansmältning. De är varken rent normativa eller rent deskriptiva, varken äkta eller oäkta normsatser. Att pressa juristers utsagor de lege lata in i

dessa dikotomier är ägnat att dölja deras egenart. En jurist som uttalar sig de lege lata och noterar att utsagan strider t.ex. mot domstolspraxis rättar ibland till utsagan, men ibland säger han i stället att domstolarna har fel. Vilket alternativ som kommer att väljas är öppet vid den tidpunkten som utsagan avges. (3) Teorins grund: Det finns en omfattande institutionell praxis av en sådan sammansmältning inom juridiken. (4) Prognosteoretiskt inslag i teorin: Källan till deskriptiv komponent är frågeställningen «Vad skall de andra juristerna säga?» Antaganden om vad som motiverar andra jurister förutsägelser ingår som beståndsdel i juristers utsagor de lege lata. Engs teori närmar sig på denna punkt Alf Ross' kända «prognosteori»: Ett rättsvetenskapligt påstående om att en viss regel är gällande är enligt Ross en förutsägelse om, att normen kommer att utgöra en väsentlig del av framtida motiveringar av domar och andra rättsliga avgöranden. Men Engs prognosteorin gäller inte bara domstolarnas förväntade beslut utan förväntningar om juristernas åsikter över huvudtaget. Vidare är Engs teori inte som sagt uttömd med prognosen på det sättet som Ross' teori är det. I Engs teori är prognosen ett element som flyter samman med förväntningar och önskemål avseende ett rimligt och rättvist beslut med betraktande av typfallets eller det enskilda fallets egenart (s. 317–323). Därmed närmar sig Engs teori Aulis Aarnio's idé om ett «auditorium» som den juridiska argumentationens yttersta måttstock.

Författaren presterar också en intressant och omfattande lista med faktorer som åberopas vid och faktorer som faktiskt påverkar val mellan konkurrerande normativa definitioner och mellan konkurrerande deskriptiva karakteristiker. Ett antal exempel analyseras i

avhandlingen, bl.a. juristernas utsagor om gällande rätt och om ett prejudikats ratio decidendi. Eng förklarar juristernas språkbruk genom sådana faktorer som «ansvarsfraskrivelse», «tillitskapning», «skjult handlingspåverkan», «selvbekreftelse», «försvar mot usikkerhet» och estetiska hänsyn som enkelhet, symmetri, konsekvens. Eng vill beskriva de i juristernas språk befintliga måttstockarna för valet mellan utsagor utan att själv ta ställning till utsagornas hållbarhet. Det är viktigt för Eng att den kritisk-reflexiva formen som arbetet redogör för uppvisar en viss självständighet i förhållande till nivån för filosofiska grundpositioner (s. 19-21). Det rör sig bara om en viss, inte absolut självständighet. Engs undersökningar om den kritisk-reflexiva formens existens visar t.ex. att Quines kritik av distinktionen mellan analytiskt sanna (respektive analytiskt falska) utsagor och andra utsagor har en begränsad räckvidd: «Quines kritikk er bare holdbar som kritikk av en abstrakt oppfatning av sontringen mellom analytisk u/sanne og andre utsagn; som kritikk av en oppfatning om at sontringen kan trekkes uavhengig av diskusjons- og beslutningsaspektet ved språk og argumentasjon. Quines kritik er ikke holdbar som allmen kritikk» (s. 362-363, 582-583).

Avhandlingarna har vissa gemensamma drag. Båda är vetenskapliga arbeten på hög nivå internationellt sett. Problemformuleringarna är klara, exakta och förankrade i en

omfattande litteratur. Komplexa frågor analyseras med föredömlig klarhet. Svåra filosofiska problem som skulle kunna spränga forskningsprojektet lämnas åt sidan. En sådan självbegränsning ligger i den analytiska filosofins natur. Men båda författarna är medvetna om vad som lämnas utanför och noterar det med all önskvärd intellektuell hederlighet. Det sistnämnda bildar en välgörande kontrast mot vissa skrifter av en äldre generations analytiker. Återigen: både Eng och Herrestad är medvetna om den analytiska metodens gränser och samtidigt är de medvetna om den nytta som metoden kan göra om den används på rätt sätt.

Det finns emellertid även stora skillnader. Engs arbete är definitivt mindre formallogiskt än Herrestads. Vidare är det inte bara analytiskt, utan innehåller även explicit reflexion om eget förhållande till nivån med filosofiska grundpositioner. Bland annat därför framstår det som mognare. Bland Engs forskningsresultat kan t.ex. sammansmältningsteorin visa sig vara en bestående rättsteoretisk landvinning. Jag finner således Engs bok intressantast i nordiskt rättsteori sedan Nils Kristian Sundbys avhandling på sjuttioalet.

Författarupplysningar:

Aleksander Peczenik, professor i allmän rättslära vid Juridisk fakultet, Lunds universitet