

Koherens och juridik

1. Rättsvetenskapen

Juridiska beslut är motiverbara med stöd av värdeomdömen. Rättsvetenskapens funktion kan ses i detta sammanhang. Den klassiska rättsvetenskapen hade anspråk på att genom en till dels deskriptiv och till dels normativ argumentation generera kunskap om gällande rätt (jfr Peczenik 1999 avsnitt 5). I denna artikel görs ett försök att förklara och rättfärdiga förekomsten av den deskriptiv-normativa rättsvetenskapen med kunskapsanspråk.

2. Eftertanke om rätt och moral

Uppsatsen bygger på följande historiska generaliseringar. Visserligen baserar sig juridiken på lag och etablerade normer men även rättvisan uppfattas ofta som viktig för såväl lagstiftning som rättstillämpning. Rättsregler rättfärdigas explicit eller (oftare) implicit genom en avvägning mellan moraliska principer eller värden. Vidare är den rimliga juridiska argumentationen ett särfall av den rimliga moralargumentationen. (Alexy 1989, 15 f hävdar en svagare tes, att den är ett särfall av den rimliga praktiska argumentationen). Både moraliska sakskäl och juridiska auktoritetsskäl (s k rättskällor) är relevanta såväl i moralisk som i juridisk argumentation. Olika rättskällor, såsom lagen, prejudikat, lagens förarbeten mm har emellertid en särställning i juridisk argumentation (jfr Peczenik 1995, 203 f). Rättskällorna väger relativt sett tyngre i juridisk argumentation, medan sakliga skäl väger relativt tyngre i en rent moralisk 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 dess innehåll, därför att den har meddelats av riksdagen. Vidare är rättskällorna ägnade att förklara juridiska

avgöranden. Det är sålunda helt naturligt att säga "A dömdes till fängelse därför att lagen så bestämmer". Till sist är rättskällorna nödvändiga för juridisk argumentation. En argumentation som inte ens implicit ansluter sig till någon rättskälla är inte juridisk.

Dessa data stämmer väl med följande uppfattning om nödvändigt samband mellan rätten och moralen. Rätten är *pro tanto* moraliskt bindande. I tidigare skrifter har jag talat om att rätten är "*prima facie*" moraliskt bindande (jfr t ex a a 520 f). Men det är bättre att i stället tala om "*pro tanto*". Shelly Kagan skiljer på "*prima facie*" skäl ("vid första anblick") och "*pro tanto*" skäl. Enligt Kagan kan vissa överväganden vid första anblick förefalla vara skäl för beslut eller bedömning men sedan visa sig vara irrelevanta då situationens andra aspekter beaktades. Ett *prima facie* skäl kan undermineras av de andra aspekterna och sedan helt försvinna ur siktet. Det förhåller sig annorlunda med *pro tanto* skäl. Sådana försvinner aldrig fast de i vissa situationer viker för starkare motskäl. Avvägningsidén är naturlig för *pro tanto* skälen men den passar inte för *prima facie* skäl som inte är *pro tanto* (jfr Rabinowicz 1997, 21). Antag nu t ex att en nazistisk förordning förpliktar polisen att döda judar. Polisens moraliska *pro tanto* skyldighet att följa lagen har inga moraliskt förkastliga konsekvenser. Samtidigt som man har den moraliska *pro tanto* skyldigheten att följa lagen har man en uppenbar moralisk *pro tanto* skyldighet att inte döda. Självfallet väger *pro tanto* skyldigheten att inte döda tyngre. Som bekant kan en gällande rättsregel ha ett omoraliskt innehåll. Hur kan vi då hävda att en sådan regel är moraliskt bindande? Kritiken kan emellertid bemötas: Den omoraliska regelns bokstav är endast *pro tanto* bindande. Den är inte slutgiltigt bindande, vare sig moraliskt eller rättsligt. Slutgiltiga rättsliga skyldigheter respektive rättigheter uppstår genom moralisk tolkning av rättsreglerna. Vid en sådan tolkning strävar man efter den rätta medelvägen mellan lagens bokstav och olika moraliska värden. Därför är tolkningens resultat bindande, inte blott rättsligt utan även moraliskt (jfr Peczenik 1995, 528).

Endast i extremt orättvisa "rätts"ordningar brister detta samband mellan juridik och moral. I vissa situationer är den moraliskt och förnuftigt tolkade rätten en omöjlighet. Antag återigen att en nazistisk förordning förpliktar polisen att döda judar. Det finns övervägande moraliska 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 *prima facie* gällande föreskrift (i en svag mening av ”*prima facie*”) men ingen *pro tanto* gällande och bindande rättsregel (jfr a a 191 f.).

Men hur kan en jurist förvissa sig om huruvida hans samhälle är normalt eller utsatt för extremt omoralisk maktutövning? Frågan är givetvis moralisk. Därmed uppstår risken för följande paradox. Ingen moralisk argumentation behövs i ett normalt samhälle för att konstatera att lagen är gällande. Ändå behövs en moralisk bedömning för att besvara frågan huruvida det ifrågavarande samhället är normalt. Innebär inte det senare påståendet att en moralisk argumentation alltid behövs för att besvara giltighetsfrågan? Paradoxen är emellertid skenbar. För att fastställa t ex att det svenska samhället är normalt behövs visserligen en moralisk bedömning, men ingen moralisk argumentation. Det normala tas för givet, spontant. Såväl en lekman som en jurist har med andra ord en inlärd förmåga att utan någon argumentation finna sig i att de i hans samhälle stiftade lagarna är gällande rätt. Detsamma gäller långt mindre lyckligt ställda samhällen. Juristens spontana förmåga att godta det bestående systemets rättsliga giltighet kan t o m överleva en rå politisk terror. Så länge juristen kan fortsätta kommentera en någorlunda vettig civillagstiftning, spela sin vanliga roll i en ordnad rättegång med mera är han inte benägen att lämna sin ”nisch”. Men överskrider orättvisan en viss tröskel, måste normsystemets legitimitet ifrågasättas. Först då inställer sig frågan om systemets orättvisor inte undanröjer dess giltighet. Att ett system är genomgående och extremt omoraliskt betyder närmare bestämt att om alla extremt omoraliska normer rensats bort från det ifrågavarande systemet, skulle inte ens det minimala normbeståndet bli kvar. ”Ett rättssystem, som inte i stort sett är effektivt, bryter samman... Däremot kan ett rättssystem behålla sin existens, fast det i stort sett inte är att rättfärdiga moraliskt. Det bryter samman först då så många enskilda normer fräntas sin rättskaraktär... på grund av extrem orättvisa, att det för existensen av ett rättssystem nödvändiga minimala beståndet av normer inte längre är för handen” (Alexy 1992, 150). Begreppet ”det minimala normbeståndet” kan preciseras funktionellt: Varje rättssystem måste uppfylla vissa funktioner. Det måste nämligen skapa ett visst minimum av ordning och trygghet, hjälpa till att avgöra tvister, skapa sådana institutionella fakta som bindande avtal, egendom, äktenskap

och medborgarskap osv. Dessa funktioner kan uppfyllas endast om vissa ting regleras. Sker det inte alls eller är reglerna extremt omoraliska kan funktionerna inte uppfyllas. Det minimala normbeståndet är inte längre för handen (jfr Peczenik 1995, 193 f).

I den juridiska rollen är domare, rättsvetenskapsmän och andra jurister moraliskt bundna att följa den juridiskt sett slutgiltiga lagtolkningen. Den rent moraliska "övertygelsen" bortser däremot från den juridiska rollen och kan följaktligen inte vara moraliskt fullständig. Därför kan den inte vara slutgiltigt bindande i moralisk mening.

Ett motargument bygger på den kända iakttagelsen att en god jurist måste vara "schizofren". Som bekant måste juristerna i vissa fall tolka lagen mot sin moraliska övertygelse. Hur kan vi då hävda att en sådan tolkning är moraliskt bindande? Kritiken kan emellertid bemötas då man beaktar att varje juridisk lagtolkare uppträder i en viss roll, som domare, åklagare, advokat, rättsvetenskapsman med mera och att varje sådan roll måste påverka juristens moraliska skyldigheter. Den optimala juridiska argumentationen är detsamma som den optimala moralargumentationen i en juristroll. Kort sagt: en jurist bör handla som jurist.

En moralisk *pro tanto* skyldighet att följa rättsreglerna motiveras på följande sätt (jfr a a 528 f). Den rent moraliska 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 svåra fall, inte för att avgöra rutinfall. Kaos skulle följaktligen uppstå, om det i ett samhälle inte längre existerade någon rättslig ordning. Den idealiska juristen är en ordningsvaktare och ordning – inte kaos – motsvarar många människors preferenser. Att ordning motsvarar många människors preferenser är ett empiriskt förhållande. En preferensutilitarist skulle ta detta empiriska förhållande till intäkt för att konkludera att ordning är något eftersträvänt.

Bakom denna teori skymtar vissa metateoretiska antaganden. Både rätt och moral är på en och samma gång (1) sociala produkter och (2) åsikts- och värdesystem mottagliga för individens koherenta justeringar. Dikotomin heteronom (auktoritetsbunden) rätt – autonom (kritisk, individanpassad) moral uppfattas här som alltför enkel. (Förvisso är

det ett moralteoretiskt – kontroversiellt – antagande.) Snarare har vi att göra men en lite mer heteronom rätt och en lite mer autonom moral. Både här och där finns det en "mix" av det autonoma och det heteronoma. "Mixen" är olika beroende på olika samhällsliga roller.

3. Juridiska avvägningar

Ordet "avvägning" har kommit att bli ett standardbegrepp såväl bland praktiska jurister som hos rättsteoretiker. Det talas om avvägningar i skiftande sammanhang. Såväl rättsregler som juridiska ståndpunkter kan nästan alltid rättfärdigas med stöd av avvägning av olika skäl. Vissa juridiska argument, såsom laganalogi, är näst intill meningslösa om de inte fylls ut med avvägningar. En laganalogi definieras som bekant dels efter ett tolkningsresultat, nämligen en drastisk utvidgning av en lagbestämmelses tillämpningsområde, dels efter ett tolkningssätt, dvs ett beaktande av en väsentlig likhet mellan vissa fall. Om man bestämmer sig för att inte använda laganalogi kan en annan juridisk slutledning i stället följas, nämligen motsatsslutet (argumentet *e contrario*): Det aktuella fallet regleras inte av någon rättsnorm. Det behandlas därför på motsatt sätt jämfört med de av denna norm reglerade fallen. Men såväl laganalogi som motsatsslut har ett mycket begränsat värde om ingen läsare förstår varför analogin valdes i stället för motsatsslut, eller tvärtom. Vissa allmänt erkända normer hjälper vid valet, t ex bestämmelser som anger tidsfrister får inte användas analogt. Men normerna om valet mellan laganalogi och motsatsslut lämnar ett stort område öppet för avvägningar mellan olika hänsyn. Detsamma gäller valet mellan olika analogier. Dessutom kan frågan ställas om man behöver behandla ett fall på ett *motsatt* sätt än de andra fallen bara därför att det inte kan inordnas under samma rättsnorm som dessa andra fall. Avvägningar är också utslagsgivande i många fall då man bestämmer lagens ändamål. Skall ändamålet bestämmas av lagens förarbeten? Vad skall lagtolkaren göra om dessa är oklara eller motsägelsefulla? Eller skall lagens ändamål bestämmas i enlighet med Ekelöfs förslag, med stöd av lagens verkningar i typiska fall? Om det senare väljs, vilka fall skall anses som typiska, och vilka verkningar skall beaktas? Eller kanske skall lagens ändamål bestämmas i ljuset av allt vad lagtolkaren vet om lagens tillkomsthistoria och folkets rättsmedvetande? Vilka av dessa data som bör prioriteras i det konkreta fallet beror på en avvägning mellan fallets samtliga omstän-

digheter. Hur man än gör måste slutsatsen om lagens ändamål bygga på olika slags avvägningar (jfr Peczenik 1995, 375). Helt generellt kan följande konstateras. Lagtolkning i svåra fall stöder sig på olika slags skäl och metoder, såsom bokstavstrogen tolkning, analogi, systematisk tolkning, historisk tolkning och ändamålstolkning. Valet mellan de olika tolkningssätten beror på en avvägning av olika juridiska argument (a a 376). Slutligen är många juridiska och politiska begrepp, såsom "laganalogi", "lagens ändamål", "rättssäkerhet" och "demokrati", sådana att deras kontextuella mening måste preciseras genom avvägningar (se a a 50 f och 341 f).

4. Principer och rättsregler pro tanto

Skälen att väga är ofta värden eller principer. Juridiska avvägningar har gjort en särskilt stor karriär i samband med den kända teorin om *rättsprinciper*. Den amerikanske rättsfilosofen Ronald Dworkin hävdar att domaren är bunden av såväl rättsregler som av rättsprinciper. En rättsregel gäller tack vare sitt ursprung, t ex därför att riksdagen stiftat den. En rättsprincip gäller däremot därför att två villkor samtidigt uppfylls: principen passar väl till rättens "institutionella historia" och principen uttrycker juristers och allmänhetens föreställningar om riktighet, rättvisa eller någon annan "dimension" av moralen (Dworkin 1977, 40 och 340). Då olika principer kolliderar måste de vägas samman. Principen om yttrandefrihet kan t ex kollidera med principen om individens integritetsskydd. En avvägning behövs för att i ett konkret fall avgöra om journalistens "skvaller" inte går för långt (Alexy 1985, 84 f). Robert Alexy har förfinat Dworkins teori. Han har också definierat en princip som ett avvägningspåbud (a a 79 f).

Men även reglerna kan vägas (jfr Peczenik 1989, 80 f och Verheij 1996, 48 f). Hur så? Wlodek Rabinowicz kontrasterar min uppfattning mot Dworkins. Dworkin medger att tolkning av en regel kan innefatta en avvägningsprocess. Men så snart tolkningen bestäms finns det inte längre något utrymme för avvägning. Om regeln gäller måste det svar den bestämmer accepteras. Rabinowicz undrar varför jag förkastar Dworkins distinktion mellan regler och principer (Rabinowicz 1998, 20). Men jag ifrågasätter inte denna distinktionen. Det finns ju följande skillnader.

1. Avvägningar är alltid nödvändiga för att kunna tillämpa en prin-

cip. Det är inte meningen att principer följs blint. Poängen med en princip är att den vägs mot andra hänsyn. Tillämpning av principer är aldrig en rutinsak. I varje konkret fall kan en princip vika för tyngre vägande motskäl.

2. Å andra sidan är reglernas språkliga mening sådan att de är "ogenomskinliga". Att följa en regel innebär att man bortser från de avvägningar som ligger bakom den (jfr Redondo 1998). En klar regel kan därför problemfritt tillämpas på klara fakta som omfattas av regelns "begreppskärna". Regler saknar viktdimension. I motsats till en princip kan den ifrågavarande regeln antingen enbart följas eller inte följas. Följsamheten kan inte graderas.

3. Men rättsregler har en särskild karaktär. De är "ogenomskinliga" endast i rutinfall men kan sättas ur spel i moraliskt sett svåra fall. Rättsreglerna är inte *defeasible* i rutinfall. Avvägningar spelar ingen roll i sådana rutinfall. I rutinfall vägs rättsreglerna inte utan tas för givna. Ändå vägs rättsreglerna då juristen fattar en misstanke att fallet inte är något rutinfall. Rättsreglerna är med andra ord *defeasible* i svåra fall, eftersom de i sådana fall vägs samman med andra hänsyn och kan sättas ur spel genom tolkning *contra legem*.

4. Förvisso kan samma sak även uttryckas så här. Avvägning mellan rättsregler är därför indirekt: man väger samman de värden som stöder en regel med dem som stöder en annan. Men även om man använder sig av denna terminologi kvarstår det faktum att rättsregler i vissa fall sätts ur spel på grund av avvägning.

Principer används alltid som *defeasible*, rättsreglerna används som *defeasible* i svåra fall. Det som vägs är *pro tanto*. En *pro tanto* regel bestämmer inte några slutgiltiga skyldigheter; dessa bestäms av avvägning mellan alla moraliskt och rättsligt relevanta värden, principer och regler i ett konkret fall (jfr Peczenik 1995, 444 f och 484 f).

5. *Kumulering av argument, argumentkedjor och argumentnät*
Men vad innebär en avvägning? Avvägning kan analyseras på olika sätt och för olika ändamål. Den kan sålunda uppfattas som optimering, vinst- och förlustkalkyl, kumulering av argument eller konstruktion av

argumentkedjor (jfr Peczenik 1957, 704 f). Den sistnämnda formen är särskilt viktig i juridiken. En juridisk avvägning är normativ men den kan motiveras. Så snart det konstateras att ett argument väger tyngre än ett annat kan frågan ställas "varför det?". Att besvara frågan måste ett annat argument anföras och en annan avvägningsakt förutsättas. Argumentet a_3 kan således stödja a_2 , a_2 kan stödja a_1 . Stöd innebär att a_2 följer av a_3 tillsammans med en rimlig tilläggspremiss, a_{31} ; a_1 följer av a_2 tillsammans med en ytterligare rimlig premiss, a_{21} ; osv. Tilläggspremiserna i sin tur är rimliga då de stöds av andra argument. Argumentet a_1 kan ensamt väga mindre än motargumentet ma_1 men i en viss situation kan a_2 inträda och omkasta prioritetsordningen: a_1 och a_2 tillsammans väger mer än ma_1 . Sedan väger ma_1 och ma_2 tillsammans kanske mer än a_1 och a_2 tillsammans. På det viset kan argumenten kumuleras. Förvisso kan inte alla argument kumuleras. Men juridiska argument kan kumuleras tillräckligt ofta för att göra kumulationen till en intressant tumregel. Allt annat lika är två juridiska skäl som pekar åt samma riktning starkare än vart och ett av dem ensamt. En sådan kumulering kan vidare struktureras som argumentkedjor, eller rättare sagt argumentnät. Mer komplexa argumentnät gör motiveringen bättre strukturerad och djupare. Nätet " a_1 därför att a_2 , a_{21} etc, a_2 därför att a_3 , a_{31} etc" är intuitivt uppfattat starkare än enkel kumulation " a_1 , a_2 , a_3 ". Allt annat lika är en juridisk slutsats starkare ju komplexare argumentnät den stöds av.

Det ovan sagda gäller självfallet endast argumentkedjor i vilka varje argument redan har sin vikt oberoende av det ifrågavarande stödargumentet. Således har a_1 en vikt och a_2 lägger sin vikt till a_1 . Uttrycket " a_1 därför att a_2 därför att a_3 " innebär egentligen " a_1 har stöd av a_2 , som dessutom har stöd av a_3 " eller – med andra ord – " a_1 är förstärkt av a_2 , som självt är förstärkt av a_3 ". Uttrycket "varje argument har sin vikt" betyder emellertid inte att vikten är given, oberoende av allt annat. Den kan mycket väl bestämmas av ett annat argument – kanske en annan argumentkedja, till exempel a_1 därför att x_2 därför att x_3 .

Denna situation skall inte förväxlas med argumentkedjor i vilka a_1 inte har någon oberoende vikt och får hela sin vikt av a_2 . Den senare typen av argumentkedjor är svagare ju längre de är. Ett känt exempel är hörsägenbevisning i process. Att vittnet Kalle själv såg x väger givetvis mer än att Kalle har hört av Pelle att Pelle såg x .

Kort sagt: en juridisk slutsats är bättre ju koherentare dess motivering är.

6. Inledande ord om koherens

I kunskapsteorin finns det egentligen endast tre renodlade möjligheter: fundamentism, koherentism och skepticism. De etiska fundamentisterna anser att all giltig moral ytterst baserar sig på vissa fundamentala omdömen som stödjer andra omdömen men själva inte kan stödjas av andra omdömen. Alla icke-fundamentala etiska satser måste på något vis härledas från de fundamentala för att själva vara välgrundade. De etiska koherentisterna gör gällande att det inte finns några fundamentala och säkra omdömen. Den teori som förespråkas i förevarande framställning bygger på koherentism.

Definitiva (inte blott *pro tanto*) etiska och juridiska slutsatser förutsätter en slutgiltig avvägning mellan olika skäl. Man ger skäl, skäl för skäl, och så vidare. Det finns ingen uppenbar slutpunkt för avvägningsargumentationen. Avvägningsargumentationens slutpunkt måste bestå av att man gör ett antagande som inte motiveras. Om det hade motiverats, skulle det inte kunna utgöra argumentationens slutpunkt. Den påstådda slutpunkten skulle nämligen leda till att argumenteringen fortsätter. De etiska fundamentisterna anser att det yttersta skälet som bildar den ifrågavarande avvägningsargumentationens slutpunkt är ett säkert värdeomdöme, uppenbart i och för sig. Endast ett fåtal värdeomdömen är emellertid uppenbara, säkra var för sig. Det är ovisst om de kan bilda fundament för alla etiska och juridiska avvägningar. Vissa koherentister säger därför att argumentationen ytterst vilar på det om skälen respektive motskälen bättre passar in i ett koherent åsikt- och preferenssystem som den argumenterande personen hyser (jfr Lehrer 1997, 3; angående koherentism i moral se bl a Tersman 1993 med omfattande referenser).

Men vad är koherens? Först och främst kan koherensteorin inkorporeras i den klassiska kunskapsdefinitionen. Enligt denna består kunskap av sanna och rättfärdigade åsikter. Mera explicit är uttrycket "X vet att A" ekvivalent med konjunktion av följande tre villkor (a) X tror att A, (b) A är sant, och (c) X:s åsikt är (korrekt) rättfärdigad. På vilket ställe kan koherens inträda i den klassiska definitionen av kunskap? Villkor (c) är den enda rimliga möjligheten. På så sätt kan vi kombinera den klassiska definitionen av kunskap med koherensteo-

rin om rättfärdigande (Wolenski 1998, 25). Vidare är de flesta eniga om att logisk motsägelsefrihet blott utgör ett nödvändigt men inte något tillräckligt villkor för koherens. Ingen motsägelse föreligger t ex mellan atomfysiken och den straffrättsliga uppsåtsläran men de är knappast koherenta med varandra. Filosoferna möter stora svårigheter då de försöker formulera ett exakt begrepp och klara kännetecken på koherens. Men följande bildliga karakteristik är plausibel: Koherens består av tre element: (1) konsistens, (2) räckvidd och (3) samband. Kravet på räckvidd innebär att en koherent mängd av propositioner skall omfatta så många och så varierande propositioner som möjligt. Kravet på samband innebär att det skall finnas så många positiva stödrelationer mellan element av systemet som möjligt (Alexy 1998, 40 f).

7. Nät av stora cirklar

Koherentisterna kan beskylldas för cirkelargumentation. Om ingenting är kunskapens orubbliga fundament och allt kan ifrågasättas behövs det skäl för skäl för skäl – i all oändlighet. För att undvika oändlig regress måste man godta någon form av cirkularitet. En individs åsikts- och preferenssystem måste sålunda bilda ett nätverk av argumentativa cirklar, i regel stora sådana. En argumentkedja som utvecklas tillräckligt länge biter så att säga sin egen svans. I en sådan kedja, a_n stöder a_3 , a_3 stöder a_2 , a_2 stöder a_1 och a_1 stöder a_n . ”Stöd” innebär som sagt ”rimligt stöd”, a_1 följer av a_2 tillsammans med en annan premiss, säg a_{22} . Denna premiss a_{22} är rimlig vad förutsätter att den har stöd av en annan rimlig premiss. Fullt utbyggd blir figuren ett nät av olika cirklar, i regel ganska stora sådana.

Rabinowicz (1998, 19) har betonat att det som gör koherenta strukturer mindre ömtåliga är framför allt deras komplexitet. Det rör sig inte om en enkel cirkel, av två skäl. För det första är det inte så att a_n ensam implicerar a_3 , a_3 ensam implicerar a_2 , a_2 ensam implicerar a_1 och a_1 ensam implicerar a_n . Det är i stället så att många tilläggspremissers tillkommer på olika ställen, till exempel a_3 och a_{31} implicerar a_2 . Tilläggspremisserna stöds sedan av oberoende argumentkedjor. Varje sådan kedja kan förlängas bakåt tills den förvandlas till en cirkel, men det är en annan cirkel än den ursprungliga. För det andra – och viktigare – finns det olika oberoende argument för samma slutsats. Då kan slutsatsen överleva när något av argumenten undergrävs. Det är

det som gör ett nät mindre ömtåligt än en cirkel.

Cirkelmetaforen är viktig endast för att betona att inget fragment i nätet är hela nätets fundament utan olika fragment stöder varandra.

8. Isolationsinvändningen. Global och lokal koherens

Den stora frågan är givetvis om ett koherent åsiktssystem inte kan vara isolerat från verkligheten. Om svaret är "ja" finns det ingen kunskaps-teoretisk grund för att plädera för koherent rättsvetenskap.

Låt mig säga med en gång att isolationsinvändningen är helt riktig i det att ingen koherensteori kan garantera att det koherenta nödvändigt är sant. En skeptiker som tvekar på allt kan inte motbevisas med logiska medel. Men om vi över huvud taget vet något är chansen att en åsikt är sann större ju koherentare den hänger ihop med resten av åsiktssystemet. Ett stort nät av åsikter och preferenser är det enda vi kan bygga på. Keith Lehrers teori om att rättfärdigandet beror på koherens åsyftar inte att övertyga skeptikern om att vi är trovärdiga. Teorin innebär endast att vårt rättfärdigande av det vi accepterar beror på ett åsiktssystem som omfattar generella teser om vår trovärdighet. När det föreligger en adekvat "match" mellan åsikter och verkligheten förvandlas koherens till kunskap (Lehrer 1989, 275). Som bekant finns det många filosofiska koherensteorier. Det som denna framställning utgår från är således Keith Lehrers. Grundtanken är följande: "S är rättfärdigad i att acceptera P vid T1 på grund av systemet X om och endast om accepterande av P är koherent med X av S vid T1" (Lehrer 1997, 29). Denna formulering är besläktad med epistemisk konservatism. Antag att vi upptäcker att vårt åsiktssystem är internt inkoherent, eller antag att vi får en ny åsikt som inte är koherent med det vi trodde tidigare. En mindre modifikation är då att föredra före en större. Konservatism är en princip om minimal ändring (Rabinowicz 1998, 23).

För att förstå detta slags koherentism måste man inse att skepticism i allmänhet och isolationsinvändningen i synnerhet inte har någon privilegierad position utan själva måste bygga på några grunder. Skeptikern måste tävla med dogmatikern om vems påstående som har bättre stöd. I en sådan tävling har skeptikern ingen framgång.

Men är det koherenta rättfärdigat, ägnat att approximera sanningen? Isolationsinvändningen ifrågasätter nödvändigt samband mellan koherens och rättfärdigande. Så uppfattad har isolationsinvändningen två versioner, den lokala och den globala. Den lokala är ett missförstånd

som parasiterar på koherenta sciencefiction-romaner och koherenta fördomar. Kan man inte följa Raz (1994, 284) och tänka sig en koherent nazistisk ideologi? Visst kan man det, om man endast tänker på nazismen. Men inte ens en nazist kan leva i sin egen värld. Han måste veta något om fysik, biologi och det vardagliga livet. Hans fördomar kan vara internt koherenta med de måste passa illa till sådana data som att judarna egentligen inte är någon ras i biologisk mening, att deras beteendemönster inte statistiskt signifikant avviker från "ariernas" osv. Härmed kommer vi fram till den globala versionen.

En teori eller en mängd teorier är rättfärdigad om den är koherent med ett åsikts- och preferenssystem som täcker nästan alla livsområden. De viktigaste fysiska, kemiska och biologiska teorierna hänger således argumentativt och begreppsligt samman med nästan alla livets dimensioner. Å andra sidan kan vissa politiska ideologier och religioner, ja tom en skickligt skriven science fiction, kanske uppfylla många andra motiveringskrav, men de saknar samband med de flesta livsområden. Hade en sådan fiktion varit förankrad i vardagslivets mångfald, dvs så väl hängt samman med livets olika områden att den i samma mån som olika fysiskt, biologiskt och sociologiskt konstaterbara villkor påverkat en individs vardagliga handlingar, så skulle den inte längre vara någon fantasiskapelse utan en koherent och sannolikt sann teori.

9. Rättfärdigandespelet. Att väga mera = att vara rimligare
Lehrer låter skeptikern spela olika "rättfärdigandespel" mot "*the claimant*" (dvs en person som hävdar att det koherenta är sant). *The claimant* vinner de flesta. Att vinna betyder att det *the claimant* accepterar är rimligare för henne att acceptera än den skeptiska invändningen (1990, 119). Jag kan inte diskutera Lehrers teori i denna uppsats. Men den klarar lätt de flesta invändningar som något mindre professionella kunskapsteoretiker (t ex Raz 1994, 279–286) reser mot epistemisk koherensteori. Begreppet "väger mera än" fungerar i juridiska sammanhang analogt till Lehrers begrepp "är rimligare än". Sålunda kan segern i rättfärdigandespelet omformuleras så här: En person vinner mot skeptikern om det hon tror/föredrar väger mera än skeptikerns invändningar.

All kunskap är ytterst beroende av åsiktsystemets totala koherens. I naturvetenskap kan man med fördel bortse från detta och lita på

strikt teorier, uppbyggda på grundantaganden vilka inte ifrågasätts inom den ifrågavarande vetenskapen. Humaniora har inte kunnat presentera sådana teorier. Detsamma gäller moral- och rättsteori. Därför aktualiseras koherensfrågor i större omfattning i rättsdogmatiken än i naturvetenskapen.

10. Öar, broar och båtar

Koherens kan graderas. En allomfattande världsbild som uppvisar lika hög koherens mellan alla sina delar är emellertid inte uppnåelig av människor. I stället sönderfaller kunskapen i olika bitar. Mänsklig kunskap och argumentation kan delas upp i olika segment (kategorier, nivåer, vetenskapliga discipliner, vetenskapliga teorier, samhällseliga praktiker, normativa system) såsom fysik, biologi, samhällsvetenskap mm. Bland dessa kategorier måste man nämna etisk och juridisk argumentation. Varje sådan kategori karakteriseras av vissa grundläggande premisser som ger stöd åt olika slutsatser. Varje kategori uppvisar en högre grad av inre koherens, och en viss – fast lägre – grad av koherens med några andra bitar. Argumentationens uppdelning i olika segment bekräftas av historiska och psykologiska data. Kunskapstillväxt, såväl i vetenskapshistoria som i en individs utveckling, sker stegvis varvid allt längre argumentkedjor uppstår, vilka uppdelas mellan olika sådana kategorier. Den totala kunskapsmassan kan inte behärras av en individ på en och samma gång utan måste sorteras i olika segment. Dessutom måste det förekomma en arbetsdelning mellan olika människor. Ingen människa kan besitta en fullständig kunskap om allting. Därför uppstår olika specialiserade discipliner, ämnen och yrken. Argumentationens uppdelning i olika segment medför att man inom varje kategori har tillgång till grundantaganden vilka stöder en stor mängd slutsatser. På så sätt ökar argumentationsnivåns eller argumentationskategorins interna koherens.

Men olika segmentens inbördes isolering är inte fullständig. Våra institutioner och deras historia har åtminstone det sambandet med fysik, kemi och biologi att de finns i ett universum underkastat fysiska och kemiska lagar och måste följa människans biologiska begränsningar. Samhällseliga institutioner som åsyftar det fysiskt eller biologiskt omöjliga är självfallet inte livsdugliga. Segmenten är som öar, de formar inte en enda kontinent. Men det finns förbindelselänkar mellan dem. Det för tankarna till "*bridging implications*" – en term som

användes av bl a Hector-Neri Castañeda (1975, 333). Ibland är det "färjor" snarare än broar. Jag tackar Håkan Gustafsson för denna metafor. En bro står fast på sin plats. En färja kan gå olika sträckor, beroende på det intellektuella "vädret". Olika segment måste bindas samman men det kan ske på olika sätt. Färjornas besättning är filosofer som inte tar något för givet utan ständigt söker nya vägar.

Metaforen om öar, broar och färjor är antireduktionistisk. Sambandet mellan t ex naturvetenskaper och historia eller sociologi är följaktligen inte tillräckligt för att hela komplexet skall kunna uppfattas som en koherent helhet. Under 1900-talets första hälft har flera filosofer (med Rudolf Carnap och Otto Neurath i spetsen) eftersträvat en "översättning" av komplexa teoribildningar till mindre komplexa sådana och ytterst till logiska "atomer". Vissa samhällsvetare och jurister försökte t ex reducera kriminologin (t ex Gary Becker och James Coleman) och juridiken (t ex Richard Posner) till ekonomisk analys. Andra försökte reducera rätten till psykiska fenomen och känslor; man kan nämna här Leon Petrazycki (se kritik i Peczenik 1975) och Axel Hägerström (se kritik i Peczenik 1995, 388 f). Men trenden vände. Block (1996) har beskrivit den nuvarande situationen följande: Fodor och Putnam initierade antireduktionistisk konsensus för trettio år sedan som reaktion på en intellektuell rörelse vars slutprodukt var Oppenheim och Putnam (1958), "Unity of Science as a Working Hypothesis". Oppenheim och Putnam uppdelade all vetenskap i nivåer från elementära partiklar genom molekyler, celler, individer fram till samhällen. De hävdade att varje nivå var reducerbar till en lägre nivå, och att mikrofysikens lagar sålunda var grundlagar för all vetenskap. I kontrast mot det gjorde Putnam och Fodor gällande att varje nivå kan ha egna begrepp, lagar och förklaringar. Fodors nyckeluppsats bar undertiteln "The Disunity of Science as a Working Hypothesis".

Den förevarande framställningen är antireduktionistisk emedan den ser kunskapen som skärgård, inte någon kontinent, men den är samtidigt koherentistisk eftersom den utgår från att det finns broar och färjor som förbinder öarna.

Tanken på öar, båtar och färjor hjälper till att lösa följande problem: Koherentismen innebär att det är rationellt att hålla fast vid sina åsikter om de överensstämmer med ens åsikter in toto. Antag att P in casu verkar som en bra lösning men inte är koherent med syste-

met in toto. Har jag då endast att antingen förkasta P eller bygga om systemet in toto? Att se över hela åsikts- och preferenssystemet skulle vara en alltför krävande uppgift. Nu kan vi hänvisa till en lägre grad av koherens mellan olika segment och på så sätt säga att inte hela systemet måste revideras. Olika segment bildar "*clusters*" vilka kan revideras för sig.

11. Tumregler för koherens

Tillbaka till juridiken: En juridisk tolkning av rättskällor, såväl i rättspraxis som i rättsvetenskap, kan motiveras. Den är bättre ju koherentare dess motivering är. Koherent motivering medför att den tolkade rättsregeln hänger tillräckligt väl ihop med såväl andra rättsregler som moralvärden. Den juridiska tolkningen idealmål är som sagt att framföra kunskap om den etiskt och rättvist tolkade rätten. En ökning av intern koherens inom juridisk argumentation måste ofta "betalas" genom att argumentationens koherens med den "fria" etiska argumentationen minskar. Juridikens existensberättigande beror på att den interna koherensvinsten väger tyngre än den externa koherensförlusten. 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 (se Peczenik 1995, 564–700).

Man kan tänka sig vissa kriterier – rättare sagt tumregler – för koherens (jfr Alexy och Peczenik 1990). Samma sak kan uttryckas även genom att man talar om olika krav på koherent motivering av t ex juridiska slutsatser. Dessa krav kan ordnas i fyra grupper.

Den första gruppen består av olika krav på att den ifrågavarande slutsatsen stöds med skäl. Hur koherent en motivering av t ex en juridisk slutsats är bestäms bl a av hur långa argumentkedjor den omfattar. Längre kedjor gör motiveringen djupare. En koherent 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.

Den andra gruppen omfattar olika krav på motiveringens relevans, dvs hur många av skälen som är relevanta inom det ifrågavarande argumentationsegmentet, se ovan om öar, broar och båtar.

Den tredje 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 universella begrepp, generella begrepp i strikt mening och analogi. Varje begrepp är i en viss mening universellt, eftersom det betecknar alla föremål inom en viss klass. Universella begrepp utgör en nödvändig betingelse för en koherent motivering. En "motivering" som endast använder namn på individuella ting och inga begrepp är knappast tänkbar. Begreppen kan emellertid vara mer eller mindre generella. Ju generellare det ifrågasättande begreppet är desto mer omfattande är den mängd av data det betecknar. Den allmänna delen i olika länders strafflagar använder sig t ex av tämligen generella begrepp för att behandla sådana frågor som uppsåt, straffrihetsgrunder mm 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. Enligt Neil MacCormicks (1984, 235 f) 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 vissa fall skall domstolen explicit ange en generell motivering, i andra är det tillräckligt att en sådan kan tänkas.

Den fjärde gruppen innehåller vissa krav på teorins räckvidd. En teori som förklarar ett stort antal data är bättre motiverad än en som inte gör det. Vid i övrigt oförändrade förhållanden beror kvaliteten hos en teoris motivering på hur stor mängd data och hur många livsområden teorin täcker, se ovan om isolationsinvändningen.

Inget motiveringskrav bestämmer självständigt i vilken grad argumentationens motivering är koherent. 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.

12. Koherens i tiden

"Broar och båtar" förbinder inte bara olika segment av kunskapen i nuet utan även olika tider.

En rättsordning, en juridisk lära, en politisk eller moralisk ideologi med mera kan förändras i tiden. Men det nya är sällan helt nytt. Det är i någon mån koherent med det gamla. Gamla frågor finner nya svar som ger upphov till nya frågor. Ändå kan det nya och det gamla bilda en koherent helhet, en tradition. 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.

Ronald Dworkins teori om "*integrity*" (dvs koherens) inom rättsordningen är ett exempel på koherens över 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.

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. 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. Men samtidigt kan vidareutvecklingen leda till att rättstraditionen förändras.

Kunskapsteoretiskt sett innebär koherens i tiden ingenting nytt i förhållande till den ovan omnämnda principen om epistemisk konservatism. Det nya binds med det gamla genom det att förändringarna endast är partiella. Nya data framtvingar förändringar men allt annat lika är det rationellt att göra så få förändringar som möjligt.

Men vad betyder här ordet "framtvingar". Det rör sig alltid om ett slags viktning. Nya data (eller "datakandidater") kan alltid vika för det etablerade systemet. Det nya tar inte över automatiskt utan sammanjämkas med det gamla. I moraliska sammanhang påminner denna ömsesidiga anpassning om det kända idén om reflektivt ekvilibrium.

Det ovan sagda förklarar varför epistemisk konservatism inte implicerar någon politisk konservatism. Politisk konservatism känne-

tecknas av att det nya får en relativt liten vikt jämfört med det gamla. Politisk radikalism innebär det omvända. Ingendera har något med kunskapsteori att göra.

13. Kunskap om moraliskt tolkad rätt

Den deskriptiv-normativa rättsvetenskapen utvecklar således kunskap om moraliskt tolkad rätt... Eller utvecklar den blott en konstruktion som liknar kunskap men egentligen inte är det? Med andra ord – har juristernas bedömningar sanningsvärde?

En tänkbar teori är kognitivistisk när det gäller generella *pro tanto* värdesatser och samtidigt nonkognitivistisk när det gäller konkreta och definitiva (*all-things-considered*) norm- och värdesatser, sådana som ”alla hänsyn tagna i situation s bör jag göra x”. De förstnämnda betraktas enligt denna teori som sanna om de ingår i vårt kulturarv, de sistnämnda uppfattas som mer eller mindre rimliga, dvs koherenta med en persons åsikts- och preferenssystem men kan inte sägas vara sanna (jfr Peczenik 1995).

Denna teori har två fördelar:

1. Den undviker de mest akuta kontroverserna om moraliska och juridiska sanningar. Det som den betraktar som sant, dvs generella värdesatser och principer förankrade i kulturarvet, är mindre kontroversiellt än konkreta moraliska och juridiska bedömningar i situationer då olika generella värden respektive principer kolliderar med varandra.

2. Den undviker svåra ontologiska frågor angående moraliska objekt som skulle motsvara konkreta moralbedömningar.

Samtidigt möter denna teori två stora problem. Det första avser *pro tanto* (eller *prima facie*) norm- och värdesatser. Är dessa helt enkelt en redogörelse för kulturarvet? Om så är fallet, innebär teorin en naturalistisk analys av *prima facie*? Eller innefattar denna teori en icke-naturalistisk variant av nonkognitivism? Uttrycker inte *prima facie* satser anspråk på objektiva värden, inte reducerbara till faktabeskrivningar? (Rabinowicz 1998, 23).

Non-naturalismen är att föredra. Kulturarvet orsakar det faktum att normer respektive värdesatser formuleras. Men normerna och värdesatserna utsäger något mera än en beskrivning av kulturarvet. De är

direkta handlingsskäl medan beskrivningen är det inte. Att många andra före mig uttalade principen "avtal skall hållas" får mig att uttala moralbedömningen att avtal skall hållas men denna moralbedömning är något mer än en beskrivning av vad de andra anser (se vidare Peczenik 1998, 62 f).

Det andra problemet gäller nonkognitivistisk tolkning av "definitiva" moralomdömen. Hur kan denna non-kognitivism göras förenlig med epistemisk konservatism? Såvida mitt enda mål är sanning medför förkastandet av mina tidigare åsikter en verklig förlust. Eftersom jag vill minimera förluster är principen om minimal förändring naturlig. Men om man antar att definitiva värdeomdömen saknar sanningsvärdet hur kan principen om minimal förändring försvaras? (Rabinowicz 1998, 23 f.).

Frågan är svår att besvara. Bland de möjliga svaren (jfr Peczenik 1998, 62f) är följande intressantast:

1. Det första svaret är kognitivistiskt i ontologisk mening. Människorna försöker *de facto* att ordna sina moralbedömningar i en koherent helhet (eller enligt konservatismprincipen) och uppnår därmed kunskap som gäller en extern verklighet, oberoende av iakttagaren. Men då måste en ontologisk teori utvecklas om denna verklighets närmare beskaffenhet.

2. Det andra svaret är kognitivistiskt i en formell mening. Människorna försöker *de facto* att ordna sina moralbedömningar i en koherent helhet (eller enligt konservatismprincipen) och uppnår därmed kunskap som gäller ett "formellt objekt" (en modell). Jan Wolenski (1998, 29 f) har beskrivit denna modell på följande sätt: En modell kan konstrueras för varje konsistent mängd av satser med beaktande av språkliga hänsyn. Ett materiellt objekt å andra sidan är en bit av verklig värld. Om vi är realister antar vi att varje fragment av kunskap har såväl ett formellt som ett materiellt objekt. Om vi antar att vårt språk – kanske förfinat av matematik och vetenskap – är ett adekvat redskap för talande – bestämmer vi automatiskt att objekt som konstrueras på grund av vardagsspråket är goda kandidater för att representera verkligheten. Men detta antagande är snarare en trosbekännelse än ett fullt rättfärdigat påstående.

3. Det tredje svaret är icke-kognitivistiskt. Människorna försöker *de facto* att ordna sina moralbedömningar i en koherent helhet (eller enligt konservatismprincipen). De gör så till följd av sin emotionella läggning ("*a passion for reason*").

Det första svaret leder som sagt till en komplicerad och kontroversiell ontologi. Det andra och det tredje förklarar emellertid inte varför konservatismen är rimlig. Det andra svaret är egentligen att stanna mitt på vägen. Vad är vitsen med formalobjekt som inte motsvarar något verkligt? Det tredje svaret undviker som sagt sådana problem och var därför länge attraktivt för mig. Men visst kan man fråga om skälet för denna förnuftsdrift. Vi vill ha koherenta värdesystem men varför det om målet inte är sanningen? Nog skulle det första svaret vara bäst om man hade knäckt de ontologiska problemen.

Kanske går det att kombinera de tre svaren på ett följande sätt: Människorna försöker *de facto* att ordna sina moralbedömningar i en koherent helhet (eller enligt konservatismprincipen). De gör så till följd av sin emotionella läggning ("*a passion for reason*"). Denna läggning medför att formella objekt (modeller) konstrueras så snart koherens eftersträvas. Kan de konstrueras framstår det koherenta som det som approximerar sanning om formella objekt. Och då börjar man även tro på att ett formellt objekt på något sätt motsvarar den verkliga världen. Kanske kan "det verkliga" uppfattas på olika sätt, beroende på vårt sätt att ordna data. Det finns flera konkurrerande åsikter såväl om verklighetsbegreppet som frågan vad som utgör ett individuellt föremål, föremålets beståndsdelar, arter av olika föremål mm (jfr Goodman 1978, 7 f). Enligt Hector-Neri Castañeda är flera inbördes oförenliga metafysiska system lika fullständiga och korrekta beskrivningar av "ens verklighet"; varje sådant system innebär ett särskilt sätt att uppfatta verkligheten i sig – "om det finns verklighet i sig" (Castañeda 1980, 19).

I ljuset av det ovan sagda borde min teori justeras. Följande alternativa justeringar förefaller vara attraktiva.

För det första kan teorin göras om till kognitivistisk när det gäller generella *pro tanto* värdesatser och samtidigt genuint skeptisk (tvekan- de, inte kategoriskt negativ) när det gäller konkreta och definitiva (*all-things-considered*) norm- och värdesatser. Jag skulle då inte längre hävda att de sistnämnda saknar sanningsvärde utan i stället inta en

skeptisk attityd till frågan om deras sanningsvärde. Skepticismen hindrar inte undersökningar om formella modeller som motsvarar moralomdömen, inte heller hindrar den funderingar om moralomdömenas verklighetsunderlag. Men den innebär en viss distans till sådana funderingar.

För det andra kan teorin göras om till kognitivistisk när det gäller generella *pro tanto* värdesatser och vissa konkreta och definitiva (*all-things-considered*) norm- och värdesatser, men ändå skeptisk när det gäller andra konkreta och definitiva (*all-things-considered*) norm- och värdesatser. Närmare bestämt skulle den redogöra för två intuitioner när det gäller definitiva norm- och värdesatser. För det första uttalas dessa med sanningsanspråk. För att göra detta anspråk trovärdigt måste en eller annan ontologisk teori konstrueras, efter moralrealisternas mönster. Enligt en sådan teori måste det finnas rättsliga värden som supervenerar på attityder eller dispositioner hos de personer som tänker juridiskt. Teorin kan kanske kopplas till Aulis Aarnios lära om juridiska auditorier. "Beroende på situationen" kan ett sådant auditorium t ex bestå av landets "medborgare, jurister, domare, forskarsamfundet eller t o m en grupp, som slumpmässigt hopsamlats eller kommit samman" (Aarnio 1978, 151; jfr bl a Aarnio 1987, 221 ff). En rationell argumentation är möjlig endast inom ett bestämt auditorium. Detta kan ändå kompletteras med skepticism på följande sätt. De som talar moralspråket eftersträvar satser med sanningsvärde efter detta mönster. Enligt Ronald Dworkin finns det sålunda ett enda rätt svar på varje rättighetsfråga, 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 (Dworkin 1977, 105 f). "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 moraliska sakskaal att en sådan jämvikt inte är sannolik (Dworkin 1977, 286). Därför finns det enligt Dworkin verkligen ett enda rätt svar på varje rättsfråga. Dworkin har emellertid kritiserats för att han endast räknar 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 (jfr Mackie 1977, 9). Om man nu inte kategoriskt

antar vare sig Dworkins teser eller Mackies ojämförbarhetstes utan i stället i skeptisk anda tvekar om huruvida skälen och motskälerna alltid är jämförbara får man stöd för det eftersökta alternativet: Det går då att uppfatta de värderande skälen och motskälerna som sanna/falska och samtidigt betvivla att sammanvägning av dessa skäl alltid har sanningsvärde.

14. Varför den abstrakta basen, inte den konkreta?

Rabinowicz fortsatte emellertid sin kritik: Man undrar varför definitiva (*all-things-considered*) satser skall vara mindre objektiva än *prima facie* satser. Vissa definitiva satser verkar vara så pass objektiva som det över huvud taget är möjligt i sådana frågor. Att Hitler och Stalin gjorde onda ting är minst så väl rättfärdigat som t ex en princip att man *pro tanto* inte skall vinna på egna förbrytelser eller att ojämlikhet *pro tanto* är ont. Alltså var i ligger skillnaden? (Rabinowicz 1998, 23).

Abstrakta utsagor *pro tanto* utgör en relativt säker grund för moralen både därför att de är abstrakta och därför att de är *pro tanto*.

För det första är abstrakta värdeutsagor lämpligare slutpunkter för moralargumentation än konkreta moralbedömningar. Ta till exempel det konkreta *all-things-considered* omdömet "behandlingen av Bukharin under Moskvarättegången på trettioalet (en detaljerad beskrivning följer) var ond". Bedömningen kan vara emotionellt spontan men det är en anomali att vägra besvara frågan om dess grund. Om frågan ställs kan jag säga att det är en ond handling att tortera människor, döda de oskyldiga, fabricera ärekränkande "bevis" med mera. Om någon i stället bara säger "jag tycker så men vet inte varför" måste denna person vara riktigt dum. Det förhåller sig annorlunda med abstrakta *pro tanto* principer. Man behöver inte vara dum för att utan någon som helst motivering hävda principen att oskyldiga inte får dödas. Förvisso är principen *pro tanto* och således kan i konkreta fall övervägas av motskäl. Men det går att hävda att den – som en *pro tanto* princip inte kräver någon ytterligare moralisk motivering. Därmed är inte sagt att principer är orubblig i någon fundamentalistisk mening. Den är snarare synnerligen väl förankrad i många individers respektive åsikt- och preferenssystem. Med andra ord kan motiveringen ges men den ges då sannolikt i anslutning till en abstrakt filosofisk teori eller metateori.

Den andra skillnaden är att konsensus om abstrakta principer är

faktisk, inte blott hypotetisk. Många människor har faktiskt i historiens gång hävdad den abstrakta principen att människor inte får dödas utan grund. Konkreta fall väcker däremot sällan en oavbruten uppmärksamhet av många generationer. Om man bygger moralen på konkreta bedömningar måste dessa vara hypotetiska, såsom "alla *skulle* inse att Moskvaprocessen var ond". Eftersom jag finner det plausibelt att bygga moralen på historisk och faktisk konsensus ligger det nära till hands att främst skänka uppmärksamhet åt abstrakta principer som återkommer under många århundraden. Den tredje skillnaden är att de abstrakta utsagor som jag talar om i detta sammanhang är *pro tanto* och därmed *defeasible*, rättfärdigade om inte övervägande motskäl väger tyngre, medan konkreta *all-things-considered* utsagor är definitiva handlingsskäl. Det är lättare att uppnå konsensus om *pro tanto* bedömningar än om *all-things-considered* bedömningar. Vissa abstrakta moralutsagor återkommer i vår historia utan att något på allvar ifrågasätter att de åtminstone *pro tanto* gäller. Vem har mött en person som på allvar säger: det är OK att döda vem som helst, utan någon som helst grund? Det föreligger kompakt konsensus att människor inte får dödas utan grund, eller med andra ord att människor inte får dödas *pro tanto*.

15. Ska rätten vara koherent?

Slutsatsen att lagstiftningen skall vara internt så koherent som möjligt följer inte av den ovan skisserade teorin. Lagstiftningen kan mycket väl vara en skärgård av "öar" förbundna av "broar" och "båtar". Men alla "öar" måste rättfärdigas mot det totala åsikts- och preferenssystemet (som också består av "öar", "broar" och "båtar"). Det förklarar varför en känd antikoherentist, Joseph Raz (1994, 315) medgav att konsekvent förverkligande av varje distinkt värde skall åsyftas och att därmed skapas koherensfickor ("*pockets of coherence*").

Läsaren kan nu fråga sig varför en rättsvetenskapsman behöver koherens om rätten i sig inte är helt koherent. Svaret är överraskande enkelt. Så snart man finner att stiftad lag borde vara mindre koherent, måste man ange koherenta skäl för denna inkoherens. Sådant skäl kan t ex vara att en mindre koherent lagstiftning är ett effektivare styrmedel än en mer koherent lagstiftning. Orsaken därtill kan vara att olika faktiskt förekommande ideologier – inkoherenta med varandra – dominerar olika rättsområden. Om man försöker koherentgöra den

stiftade lagen måste man kanske skära bort några av dess ideologiska rötter, vilket gör rätten mindre övertygande för vissa delar av befolkningen. Men hur det än förhåller sig med detta måste antikoherentisten koherent argumentera för inkohärensens välsignelser. Koherens kommer tillbaka, om inte på den stiftade rättens nivå så på den rättspolitiska, ekonomiska eller filosofiska övernivån. Koherentism är självbekräftande. Antikoherentism är självförstörande.

Litteratur

- AARNIO, AULIS. 1978. "Kan ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt?". I: S Strömholm (utg), *Uppsalaskolan och efteråt*. Uppsala: Acta Univ Upps.
- AARNIO, AULIS. 1987. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht/ Boston/ Lancaster/ Tokyo: Reidel.
- ALEXY, ROBERT. 1985. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos (Frankfurt/ M. 1986: Suhrkamp).
- ALEXY, ROBERT. 1989. *Theory of Legal Argumentation*. Oxford: Clarendon Press.
- ALEXY, ROBERT. 1989b. "On Necessary Relations Between Law and Morality". *Ratio Juris* Vol 2 No 2.
- ALEXY, ROBERT. 1992. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München: Verlag Karl Alber.
- ALEXY, ROBERT. 1998. "Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion". I: Aarnio, Alexy, Peczenik, Rabinowicz och Wolenski, *Coherence in the Law*. Lund: Juridiska föreningen.
- ALEXY, ROBERT OCH PECZENIK, ALEKSANDER. 1990. "The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality". *Ratio Juris* Vol 3 No 1bis.
- BLOCK, NED. 1996. "Anti-Reductionism Slaps Back". Kommer att publiceras i *Philosophical Perspectives*.
- CASTAÑEDA, HECTOR-NERI. 1980. *On Philosophical Method*. Indianapolis: Nous Publications.
- DWORKIN, RONALD. 1977. *Taking Rights Seriously*. Oxford: Oxford University Press.
- ENG, SVEIN. 1998. *Uenighetsanalyse – med særlig sikte på jus og allmenn rettsteori*. Oslo: Universitetsforlaget.
- GOODMAN, NELSON. 1978. *Ways of Worldmaking*. Sussex: Harvester.
- HABERMAS, JÜRGEN. 1992. *Faktizität und Geltung*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- LEHRER, KEITH. 1989. "Coherence and the Truth Connection: A reply to my critics". I: Bender (red) *The Current State of the Coherence Theory*. Dordrecht/ Boston/London: Kluwer.
- LEHRER, KEITH. 1990. *Theory of Knowledge*. London: Routledge.
- LEHRER, KEITH. 1997. *Self-Trust. A Study of Reason, Knowledge, and Autonomy*. Oxford: Clarendon Press.
- MACKIE, JOHN L. 1977. "The Third Theory of Law", *Phil. & Pub. Affairs* 7.

- MACCORMICK, NEIL. 1984. "Coherence in Legal Justification". I: A. Peczenik, L. Lindahl och B v Roermund (red). *Theory of Legal Science*. Dordrecht/Boston/Lancaster: Reidel.
- MULLHALL, STEPHEN & SWIFT, ADAM. 1992. *Liberals & Communitarians*. 2 uppl. Oxford & Cambridge, Mass.: Blackwell.
- PECZENIK, ALEKSANDER. 1975. "Petrazycki and the Post-Realistic Jurisprudence", I: Jan Górecki (red). *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki*, Urbana/Chicago/London: University of Illinois Press.
- PECZENIK, ALEKSANDER. 1995. *Vad är rätt*. Stockholm: Norstedts.
- PECZENIK, ALEKSANDER. 1997. "Om juridiska avvägningar". *Festskrift tillägnad Stig Strömholm*. Uppsala: Iustus Förlag.
- PECZENIK, ALEKSANDER. 1998. "Second Thought on Coherence and Juristic Knowledge". I: Aarnio, Alexy, Peczenik, Rabinowicz och Wolenski, *Coherence Theory of Law*. Lund: Juristförlaget.
- PECZENIK, ALEKSANDER. 1999. "Värdenihilismen och den konstruktiva juridiken". *Juridisk Tidskrift*.
- RABINOWICZ, WLODEK. 1998. "Peczenik's Passionate Reason". I: Aarnio, Alexy, Peczenik, Rabinowicz och Wolenski, *Coherence Theory of Law*. Lund: Juristförlaget.
- RAZ, JOSEPH. 1994. *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press.
- REDONDO, CRISTINA. 1998. "Reglas 'genuinas' y positivismo jur'dico". Manuskript.
- TERSMAN, FOLKE. 1993. *Reflective Equilibrium*. Stockholm: Almqvist & Wiksell International.
- UNGER, ROBERTO MUNGABEIRA. 1983. "The Critical Legal Studies Movement". *Harvard Law Review*.
- VERHEIJ, BART. 1996. *Rules, Reasons, Arguments*. Formal Studies of Argumentation and Defeat. Amsterdam.
- WOLENSKI, JAN. 1998. "Coherence and Knowledge". I: Aarnio, Alexy, Peczenik, Rabinowicz och Wolenski, *Coherence Theory of Law*. Lund: Juristförlaget.