

Åke Frändberg

## Ingemar Hedenius och rätten

### 1. INLEDNING

I Sverige har under 1900-talet rått ett nära förhållande mellan filosofi och rättsvetenskap i en omfattning som är tämligen ovanlig i ett internationellt perspektiv. Denna omständighet har varit mycket gynnsam och fruktbar för den rättsteoretiska forskningen. Idéer, som genererats av jurister, har raffinerats av filosofer och omvänt har filosofiska teorier utnyttjats inom rättsvetenskapen. Gemensamma seminarier, projekt och personliga kontakter har spelat en betydande roll. Åtskilliga jurister har studerat och även tagit examina i filosofi. Det vore beklagligt om detta nära förhållande skulle mattas, något som vi beklagligtvis kan se vissa tecken på idag.

Hägerström spelar förstås en nyckelroll. Hans genomgripande kritik av rättstänkandets grunder påverkade starkt en yngre generation av filosofer och jurister. Man talar om Uppsalaskolan och avser då jämte Hägerström de båda jurister som främst tillämpade hans tankar inom rättsvetenskapen, Vilhelm Lundstedt och Karl Olivecrona. Tillsammans med dansken Alf Ross, som också han starkt präglats av Hägerström, brukar dessas rättsteoretiska verk i anglosaxiska text-books i allmän rättslära behandlas under rubriken Scandinavian Realism. Hägerströmeleverna Hedenius, Anders Wedberg och Konrad Marc-Wogau har levererat tungt vägande bidrag till rättsfilosofin. Detsamma gäller deras kolleger Harald Ofstad och Manfred Moritz. Juristen Per Olof Ekelöf, också han elev till Hägerström, spelade en viktig roll i den debatt om rättighetsbegreppet som fördes bland jurister och filosofer i Norden under 1940- och 50-talen. Med Björn Ahlander (jur.dr och fil.lic. i filosofi) fick den logiska empirismen en företrädare i svensk rättsfilosofi. Senare kom betydande insatser att göras inom rättsfilosofin av filosofer med inriktning mot formell logik: Stig Kanger, Lennart Åqvist och Lars Lindahl. Några filosofer – Sören Halldén och Peter Gärdenfors – har intresserat sig för bevisvärdering, inspirerade av Ekelöfs arbeten på detta område. Företrädare för den allmänna rättsläran med mer filosofisk inriktning är Aleksander Peczenik, Nils Jareborg, författaren till denna artikel samt, i en yngre generation, Torben Spaak och Christian Dahlman.

Ingemar Hedenius är onekligen en huvudrollsinnehavare i denna tradition. Hans mest betydande insats är utan tvivel kritiken mot Uppsalaskolan och den distinktion mellan äkta och oäkta rättssatser, som utgör en komponent i denna kritik. Men därutöver har han skrivit åtskilligt annat av rättsfilosofiskt värde. För sina rättsfilosofiska insatser promoverades han till juris hedersdoktor vid Uppsala universitet 1979.

I sitt förhållande till rätten och juridiken framträder Hedenius i tre roller: rättsanalytikern, rättskritikern och rättsideologen. Hans analytiska bidrag är, vad jag kunnat finna, följande fem: (i) distinktionen mellan äkta och oäkta rättssatser, (ii) en variant av domstolsrealismen, (iii) kritiken av systemberoende rättighetsbegrepp och definitionen av äganderättsbegreppet med hjälp av en idealtypsdefinition, (iv) en jämförelse mellan rättsliga och moraliska normer samt (v) hans syn på – de inom rätten enormt betydelsefulla – performativerna. Hans roll som rättskritiker kommer främst till uttryck i kritiken av den straffrättsliga vedergällningsteorin. Som rättsideolog, slutligen, framträder Hedenius, när han levererar en kraftfull plaidoyer för rättsstatens idé. I det följande skall jag behandla dessa ting i tur och ordning.<sup>1</sup>

## 2. RÄTTSANALYTIKERN

2.1. *Distinktionen mellan äkta och oäkta rättssatser.* Denna distinktion återfinner vi i arbetet *Om rätt och moral* (1941). Låt mig förklara den med hjälp av ett exempel. Rättssatsen

(*r*) Den som färdas med bil i Sverige skall köra på vägens högra sida

kan uppfattas på två skilda sätt. Återfinns *r* i en officiell lagtext, är det naturligt att uppfatta *r* som en normativ sats, ett påbud, som lagstiftaren har utfärdat i syfte att dirigera visst mänskligt handlande. Uppfattad så saknar *r* sanningsvärde. Satser med denna funktion är *äkta rättssatser*. Men antag att jag befinner mig i England och tillfrågas av en engelsman, som står i begrepp att företa en bilsemester i Sverige, vad som gäller beträffande biltrafik där, och jag som svar uttalar (den i sammanhanget något magistrala) satsen *r*. När jag levererar detta svar, är jag inte alls – eller i vart fall inte i första hand – ute efter att styra den frågandes beteende; jag avser bara att informera honom om innehållet i den gällande svenska rätten i detta avseende. Och när *r* har en dylik funktion, är den *en oäkta rättssats*, och som sådan har den sanningsvärde (sann om den uttalas 1 juli 2008 och falsk om den uttalas 1 juli 1958). Det är att lägga märke till, att *r* här har samma språkliga formulering vare sig den användes på

<sup>1</sup>Texten återger med vissa preciseringar ett offentligt föredrag med en publik av övervägande icke-filosofier.

det äkta eller det oäkta sättet, och att äkta resp. oäkta rättssatser ofta har det. Men den oäkta rättssatsen innehåller alltid, logiskt sett, en uttalad eller underförstådd klausul ”enligt gällande rätt i  $S$  vid  $t$ ”, där  $S$  är något samhälle och  $t$  någon tidpunkt. Sålunda är  $r$  i dess oäkta funktion ekvivalent med satsen

(or) Den som färdas med bil i Sverige, skall köra på vägens högra sida enligt nu gällande svensk rätt

såvida det är denna som avses.

Denna distinktion har fått internationell spridning och acceptans och tillhör numera rättsfilosofins elementa (jfr G. H. von Wright, *Norm and Action*, 1963, s. 105).

Med denna distinktion avsåg Hedenius att göra en nödvändig modifikation av Hägerströms värdenihilism, som i ett nötskal går ut på följande. I motsats till påståendesatser saknar värdesatser och normsatser sanningsvärde. Rättsvetenskapens satser är av normativ karaktär och saknar alltså sanningsvärde. De uttalar sig inte om hur verkligheten är beskaffad. Men det minsta man kan begära av en vetenskap är ju att dess satser har sanningsvärde. Den drastiska konklusionen blir: Rättsvetenskapen i dess nuvarande form är ingen vetenskap.

Detta sätt att argumentera finner Hedenius orimligt. Och det är orimligt just därför att distinktionen mellan äkta och oäkta rättssatser ej beaktas. I själva verket har vi att göra med två uppsättningar av rättssatser, dels de som förekommer i lagtext eller ligger implicit i prejudicerande domar – där gäller värdenihilismen oavkortad, de är äkta rättssatser – och dels de som förekommer i rättsvetenskapliga arbeten – de uttalar sig om något förhållande i verkligheten och har sanningsvärde, de är oäkta rättssatser.

Inom den deontiska logiken har man diskuterat huruvida denna logik gäller för äkta eller oäkta rättssatser – eller om det finns en logik för de äkta och en annan för de oäkta rättssatserna.

2.2. *Domstolsrealismen*. Om man nu godtar ovannämnda distinktion, uppstår frågan: Varom uttalar sig de oäkta rättssatserna? Hedenius har en teori om detta. Sådana satser uttalar sig ju om vad som gäller i rättsligt avseende och hans teori blir därför en teori om det juridiska giltighetsbegreppet. Hans teori tillhör en typ av giltighetsteorier, som brukar kallas realistiska. I en första rudimentär form formulerades en sådan av den amerikanske domaren och professorn Oliver Wendell Holmes i slutet av 1800-talet. Hedenius företräder en variant av denna som han själv kallar domstolsrealismen.

Att en rättsregel,  $r$ , gäller i  $S$  vid  $t$  innebär enligt denna att  $r$  tillämpas

*i stort sett av myndigheterna i S vid t, om den aktualiseras.* Klausulen ”i stort sett” är väsentlig av det skälet att en regel rimligen måste anses gälla även om någon enstaka domare av okunnighet eller någon annan orsak skulle underlåta att tillämpa *r*, om den aktualiserats. ”Sociologiska” satser av detta slag är alltid approximativa. Klausulen ”om den aktualiseras” är nödvändig av följande skäl. Antag att en lagregel trädde i kraft 1 jan. 2000 och försattes ur kraft 31 dec. 2005. Antag vidare, att under denna period regeln aldrig någonsin kom att tillämpas av någon domstol i *S*. Kanske var den så utomordentligt välskriven att den aldrig behövde tolkas, kanske var den fullständigt irrelevant från samhällelig synpunkt. Saknades nämnda klausul i definitionen, skulle följa att lagregeln i fråga inte gällt under tidsrymden i fråga. Men det vore absurt. Termen ”realism” motiveras av att rättsregelns giltighet är definierad i termer av något faktiskt förekommande, nämligen domstolarnas tillämpning av regeln.

Mot realistiska teorier av detta slag har riktats den s.k. cirkularitetsinvändningen. Denna har framförts av såväl Hägerström som Kelsen och båda ansåg att dylika giltighetsteorier stupade på densamma.

Enligt cirkularitetsinvändningen är begreppet ”myndigheterna” i definitionens svaga punkt. Detta begrepp förutsätter nämligen giltighetsbegreppet, eftersom det senare nödvändigtvis ingår i definitionen av myndighetsbegreppet. Låter man därför myndighetsbegreppet ingå i definitionen av giltighetsbegreppet, har detta senare begrepp definierats medelst en cirkeldefinition.

Cirkularitetsinvändningens kärnpunkt – att giltighetsbegreppet nödvändigtvis ingår i definitionen av myndighetsbegreppet – grundar sig på följande resonemang. En myndighets tillkomst, verksamhetsformer och upphörande bestäms av gällande rättsregler och detsamma är fallet beträffande vilka kvalifikationer människor skall ha för att kunna bli myndighetspersoner samt beträffande den kompetens som är knuten till olika myndighetsbefattningar. Och eftersom dessa ting bestäms av gällande rättsregler och myndighetsbegreppet ej kan definieras utan hänvisning till dessa ting, uppstår en cirkeldefinition, om man definierar ”gällande rättsregel” med hjälp av myndighetsbegreppet.

Har nu cirkularitetsinvändningen en sådan tyngd att domstolsrealismen måste förkastas? Ett sätt att undgå detta är självfallet att bestrida, att termen ”myndighet” nödvändigtvis måste definieras i termer av gällande rättsregler. Lyckas man definiera termen ”myndighet” på ett rent sociologiskt, icke-rättsligt sätt, faller ju cirkularitetsinvändningen. Hedenius väljer att gå på denna linje. (”Om den rättsfilosofiska domstolsrealismen”, i *Uppsalaskolan – och efteråt*, utg. S. Strömholm, 1978. Omtryckt i I. Hedenius, *Om människovärde*, 1982). ”Myndigheterna” i definitionen avser enligt hans uppfattning ”klassen av de maktutövare, som

*tillsammans* faktiskt har monopol på en generell maktutövning i det samhälle de tillhör”.

Denna begreppsbestämning lider, enligt min uppfattning, av följande brist. I moderna demokratier sker den generella maktutövningen i en intim samverkan, ibland närmast i symbiosform, mellan offentliga myndigheter samt privata organisationer och företag av olika slag. Privata företag har t.ex. funktionen som skatteuppbördsmän. Någon möjlighet att i denna samverkan urskilja, vilka organ som är myndigheter och vilka som inte är det, är omöjligt utan hänvisning till den myndighetsdefinition som ligger implicit i de gällande rättsreglerna.

Dock finns ett annat, mer framgångsrikt, försök att bemöta cirkularitetsinvändningen. Detta har framställts av Wedberg (*Den nya logiken*, del II, 1945, s. 10–13) och utgör en kritik av cirkularitetsinvändningen sådan den formulerats av Kelsen. Lösningen ligger enligt Wedberg i relationslogiken. Han uttalar: ”En cirkel fullt analog med den kelsenska uppstår, om vi först definierar en äkta man som en man som har en hustru och sedan definierar en hustru som en kvinna som har en äkta man. I detta fall är det uppenbart hur man skall undvika cirkeln. Det grundläggande begreppet är giftermålsrelationen: en man, som tillhör relationens domän, kallar vi en äkta man; en kvinna, som tillhör dess konversa domän, kallar vi en hustru. Kelsens cirkel kan lösas på exakt samma sätt. Det finns en viss sociologisk relation – för vilken vardagsspråket saknar någon direkt beteckning – och vad som tillhör en av dess domäner kallas för ’gällande rättsregler’, vad som tillhör en annan av dess domäner kallas ’myndigheter’.”

I en uppsats, ”Om rättsordningars giltighet” (i *Samfunn, Rett, Retferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, 1986; omtryckt i Å. Frändberg, *Rättsordningens idé*, 2005), har jag försökt utveckla Wedbergs tanke. Jag hävdar där, att den relation för vilken, enligt Wedberg, vardagsspråket saknar någon direkt beteckning, i själva verket utgör det vi kallar en rättsordning. En sådan kan uppfattas som en relation av visst slag mellan å ena sidan en mängd av rättsregler, ett rättssystem, och å andra sidan en mängd av myndigheter, en rättsorganisation.

2.3. *En definition av äganderättsbegreppet medelst en idealtypsdefinition.* I en uppsats, ”Analysen av äganderättsbegreppet” (i *Filosofi och rättsvetenskap*, red. B. Belfrage och L. Stille, 1975), vänder sig Hedenius mot de bestämningar av äganderättsbegreppet som presenterades i den stora rättighetsdebatt som fördes i Sverige på 1940- och 50-talen. Denna tar sin början redan 1928 i en uppsats av Östen Undén (”Några synpunkter på begreppsbildningen inom juridiken” i *Festskrift tillägnad Axel Hägerström*, 1928). De främsta deltagarna i denna debatt var Ivar Strahl, Per Olof

Ekelöf, Anders Wedberg, Alf Ross, Björn Ahlander och (i ett senare, sammanfattande inlägg, 1969) Torstein Eckhoff. Vad debatten gällde var i själva verket begreppet "rättighet" och äganderätten kom närmast att användas som ett slags prototyp för rättigheter över huvud taget.

Debatten kan ses som ett slags reaktion mot Uppsalaskolans uppfattning av rättigheterna som, enligt Hägerströms stränga ontologi, icke-existerande, "metafysiska", tankefoster. Mot denna tanke opponerade sig först Undén. Han hävdade – inspirerad av en distinktion utförd av Cassirer – att rättighetsbegreppen är "funktionsbegrepp", icke "substantsbegrepp". De "existerar" såtillvida som de har en speciell funktion i juridisk argumentation. Den skandinaviska rättighetsdebatt som sedan följde kan ses som ett försök att klargöra denna funktion.

Därvid gjorde man bruk av den i juridiken etablerade distinktionen mellan rättsfaktum och rättsföljd. Tag t.ex. rättsregeln

- (r) Om köparen är i dröjsmål med betalningen och detta dröjsmål utgör ett väsentligt avtalsbrott, så får säljaren häva köpet.

Denna rättsregel består av två komponenter: rekvisiten och rättsföljden. *r*:s rekvisit är: (i) Köparen är i dröjsmål med betalningen och (ii) dröjsmålet utgör ett väsentligt avtalsbrott. Rekvisiten beskriver *rättsfakta*, t.ex. det faktum

- (rf) att köparen Ask har dröjt fyra månader med betalning av en köpesumma om 20 000 kr till säljaren Björk för köp av kon Rosita, ehuru han enligt avtalet skulle ha betalt efter en månad.

Ibland talas, en smula oegentligt, om mängden av alla rättsfakta, som beskrivs av en rättsregels rekvisit som ett (generiskt) rättsfaktum, t.ex.

- (rf<sub>g</sub>) att köparen är i dröjsmål med betalningen och att detta dröjsmål utgör ett väsentligt avtalsbrott.

Antag nu, för att återgå till äganderättsbegreppet, att vi i en rättsregel såsom rekvisit skulle lista de rättsfakta, som innebär att en äganderätt har uppkommit (de s.k. laga fången: köp, byte, gåva, arv etc.) och de rättsfakta, som innebär att en äganderätt upphör (att ägaren sålt, gett bort etc. det ägda) samt såsom rättsföljd allt det som äganderätten innebär: att man – med vissa, ibland långtgående inskränkningar – får bruka, sälja, pantsätta, förstöra det ägda, att man är skyldig att vårda detta och betala skatt på det m.m. En sådan "äganderättsregel" skulle ha följande utseende:

- (1) Om *x* fått eller köpt eller ärvt eller ... objektet *o* och ej sålt eller gett bort eller ... *o*, så får *x* bruka och sälja och pantsätta och låna ut och ... *o*.

I denna regel förekommer synbarligen inte termen "äganderätt". Detta är av stor betydelse för den "funktionella" analys av rättighetsbegreppen som man föresatt sig. Tanken var att visa, att rättsinnehållet kunde beskrivas utan rättighetstermer. Därefter skulle visas, att införandet av rättighetsord i rättsåtergivningen hade vissa framställningstekniska fördelar, ja, rentav var nödvändigt för att man skulle kunna återge innehållet i något så komplext som ett rättssystem. (En kanske förödande svårighet med denna analys är att äganderättsbegreppet alltjämt är implicit närvarande i (1): de där ingående termerna "fått", "köpt" etc. kan i sin tur inte definieras utan att begreppet äganderätt förekommer i definiens; att ha köpt något innebär ju att detta förvärvats av en föregående ägare. Detta har gett upphov till en diskussion om rekursivitet, som faller utanför ramen för denna uppsats.)

Låt oss nu formulera en regel

- (2) Om  $x$  fått eller köpt eller ärvt eller ...  $o$ , och därefter ej gett bort eller sålt eller ...  $o$ , så har  $x$  äganderätt till  $o$ .

Här står "äganderätt" som en förkortning för en konjunktion av rättsföljder, nämligen rättsföljderna i (1). Men tag i stället regeln

- (3) Om  $x$  har äganderätt till  $o$ , så får (om inte vissa andra, speciella rättsfakta föreligger)  $x$  bruka och sälja och pantsätta och ...  $o$ .

Här står "äganderätt" som en förkortning för en disjunktion av rättsfakta, nämligen de rättsfakta som utpekas av rekvisiten i (1).

Poängen med denna rättighetsanalys är just att visa, att rättighetstermernas funktion i lagstiftning och juridisk argumentation är att tjäna som förkortningar, vilka tillåter att rättssystemet kan presenteras på ett långt mer kortfattat och lättillgängligt sätt.

Av detta sätt att se på rättigheterna kan två slutsatser dras: (a) Äganderättsbegreppet (och rättighetsbegrepp över huvud taget) är dubbeltydiga, och (b) sådana begrepp är fullständigt systemberoende såtillvida som deras innebörd är totalt bestämd av innehållet i den gällande rätten vid varje given tidpunkt. Ändras denna, ändras också innebörden av ifrågavarande rättighetsterm. Detta innebär att det svenska äganderättsbegreppet skiljer sig från det engelska och att det svenska äganderättsbegreppet inte är detsamma år 1700 som år 2000.

Mot själv tekniken att definiera systemberoende begrepp på detta sätt anför nu Hedenius i nämnda uppsats en invändning. Han menar, att om någon gör ett juridiskt misstag, t.ex. säger: "X har rätt att utan lösen få tillbaka ett föremål, som frånhänts honom som ägare och nu förvärvats av annan i god tro" med avseende på svensk rätt (1975), så följer enligt ovanstående analys att den som säger detta inte uttalar en empiriskt falsk

sats utan en logiskt motsägande sådan, eftersom uttalandet strider mot själva definitionen av det svenska äganderättsbegreppet. Och denna konsekvens, anser Hedenius, är inte rimlig.

Hedenius' invändning skjuter enligt min mening över målet. Den "definition" varom fråga är i ovanstående analys har ju blott den innebörden att satsen, vari termen "äganderätt" (eller avledningar därav, såsom "ägarer" eller "egendom") förekommer, är förkortningar för en mängd rättsregler ("äganderättsreglerna") inom ett rättssystem. Då ju dylika regler kan vara olika i olika rättssystem, skiljer sig också sådana förkortningar från varandra. När man därför i denna analys uttalar att "äganderätt" har olika betydelse i Sverige och i England menar man inget annat eller mer än att äganderättsreglerna är olika i dessa båda länder.

Tvärtemot vad Hedenius tycks anse, är systemberoende begrepp av detta slag utomordentligt betydelsefulla i juridiken. I framställningar av exempelvis svensk rätt på något område är man ofta inte intresserad av att fastställa något annat innehåll hos de studerade begreppen än just det som ligger implicerat i svenska rättsregler.

Som ett alternativ till ovan nämnda sätt att definiera rättighetsbegrepp som systemberoende förkortningar, eller "mellanbegrepp", uppställer Hedenius en egen definition av äganderättsbegreppet, som bygger på en annan definitionsteknik än den nu berörda, nämligen en s.k. idealtypsdefinition.

En idealtyp anger något i dess mest extrema, eller ideala, form, t.ex. den idealtypiska demokratin, rättssäkerheten eller äganderätten. Denna teknik är, som bekant, starkt associerad till namnet Max Weber. Hedenius hänvisar i sin uppsats också till C. G. Hempel och P. Oppenheim, *Der Typusbegriff im Lichte der neueren Logik* (1936). I sin undervisning brukade Hedenius nämna Platons idélära som en lära om idealtyper. Han använde ofta som exempel den idealtypiska cirkeln. Ingen människa kommer någonsin att få se denna, men vi känner dess egenskaper (t.ex. diameters förhållande till periferin som 1 till  $\pi$ ). Nära idealtypen kan befinna sig cirklar framställda av specialinstrument, därefter cirklar ritade med passare, sedan – allt längre bort från idealtypen – mynt, pepparkakor, osv. Idealtypen bestäms som en extremform i en eller flera dimensioner, dvs. de avseenden i vilka något är exempelvis demokrati.

Hedenius' systemberoende definition av äganderättsbegreppet har två dimensioner: besittningsskyddet (t.ex. skyddet mot att egendom stjäls, exproprieras eller tas i anspråk av ägarens borgenärer) och förfogandefriheten (t.ex. friheten att använda eller att hyra ut det ägda). Ju högre grad av besittningsskydd och förfogandefrihet en person har till en sak, desto högre grad av äganderätt har han till denna och den maximala äganderätten utgörs av definitionens idealtyp. Graden av besittnings-



skydd resp. förfogandefrihet varierar ju såväl med avseende på olika slag av egendom inom ett rättssystem som med avseende på olika rättssystem och detta förhållande återges i idealtypsdefinitionen därigenom att man kan placera realtyper i de olika dimensionerna, mer eller mindre nära idealtypen. Idealtypsdefinitionen gör alltså rättvisa åt s.k. gradskillnader och tillåter jämförelser mellan olika företeelser med den definierade egenskapen. Att en idealtyp inte är detsamma som ett ideal i normativ mening behöver väl efter det sagda inte påpekas.

Hedenius lanserar således ett systemoberoende äganderättsbegrepp. Att definiera rättsbegrepp på det systemoberoende sättet har också det en viktig funktion inom juridiken, framför allt inom den komparativa rättsvetenskapen.

2.4. *En jämförelse mellan rättsliga och moraliska normer.* En sådan jämförelse gör Hedenius i uppsatsen "Moraliska och rättsliga normer" (i *Om människovärde*, 1982). Att här i detalj redogöra för vad Hedenius menar med en norm låter sig inte göra – det skulle kräva en genomgång av hans begrepp "satsförekomst", "satsgestalt", "satsform" och "publicerad normativ utsaga" och sambanden mellan dem. (Hedenius' teori är svårgenomtränglig och, enligt min uppfattning, inte helt övertygande.) Det får i detta sammanhang räcka med att säga, att Hedenius uppfattar normerna som normativa "utsagor" eller propositioner (innehåll i psykiska upplevelser), vilka är publicerade medelst normativa satsförekomster i syfte att påverka människor att göra eller underlåta något.

Därefter ställer sig Hedenius frågan vad det betyder, att en *moralisk* norm existerar. Han besvarar den på följande sätt: Att en moralisk norm, *MN*, finns i samhället *S* vid tidpunkten *t* innebär "att människor i *S* vid *t* i stor utsträckning är benägna att döma eget och andras beteende enligt *MN*". Med denna bestämning vill Hedenius uttrycka tanken att en moralisk norm existerar endast om det som den föreskriver är en social vana. Därmed exkluderas "mycket avvikande eller privata moralföreställningar".

Existensen av moraliska normer i denna mening jämför nu Hedenius med existensen av rättsliga normer. Därvid urskiljer han följande olikheter.

1. Rättssystemet uppträder med större auktoritet. Det finns organ som inför, ändrar och avlägsnar rättsnormer, och får dem att efterlevas med maktspråk, något som saknas beträffande moralnormer. De senare är i sociologisk mening "trögare".

2. Moralerna är i långt högre grad än rätten "vag, oklar och osystematisk". Jurister kan i stor utsträckning ange vad som gäller i rättsligt avseende medan det ofta är omöjligt att avgöra "vad det moraliska medvetandet betraktar som rätt och orätt".

3. Rättsnormerna har, i motsats till moralnormerna, en fast språklig form genom att de är kodifierade i lagar, domar etc.

I detta sammanhang kommer Hedenius in på det s.k. rättsfilosofiska adressatproblemet. (Detta problem behandlar han också i den tidigare nämnda uppsatsen "Om den rättsfilosofiska domstolsrealismen", avsnitt 9). Vår brottsbalk säger inte ett ord om att det är förbjudet för oss alla att stjäla, mörda etc. Vad den innehåller är normer av innebörd att, om någon har stulit, mördat etc., så skall domaren döma vederbörande till visst straff. Brottsbalkens regler är, säger man, inte adresserade till allmänheten utan till vissa juridiska funktionärer. Om vi, å andra sidan, riktar blicken mot vår köplag, finner vi där inga regler adresserade till domarna; dess regler riktar sig till allmänheten, när individer inom denna uppträder i egenskap av säljare och köpare. Köplagen talar exempelvis inte om vad domaren skall göra, när köparen dröjt med betalning av köpeskillingen. Med Hedenius' formulering (i nyssnämnda uppsats) består nu adressatproblemet i följande: "Uppgiften är att förklara på vilket sätt äkta rättssatser [= rättsnormer] kan ha både myndigheter och vanliga medborgare till sina adressater och därvid samtidigt ålägga eller tillåta dessa två kategorier helt olika saker". Hedenius betraktar regler av dessa slag i exempelvis brottsbalken och köplagen som "dubbelriktade normer" – de är semantiskt tvetydiga – och adressatproblemetets lösning ligger, menar han, i att uttröna sådana normers "semantiska status".

I sitt lösningsförslag utgår Hedenius från det tidigare introducerade begreppet "satsgestalt". En satsgestalt är en mängd av satsförekomster med samma mening (t.ex. den svenska "Du skall inte stjäla" och den franska "Tu ne voleras pas"). Men med denna definition kan inte satsförekomsterna "Du skall inte stjäla" och "Om du stulit, så skall domaren döma dig till fängelse" tillhöra samma satsgestalt (eller, mer naturligt uttryckt, ha samma satsgestalt). Den ovannämnda semantiska tvetydigheten föranleder Hedenius att göra "en modifikation" av begreppet "satsgestalt": "Med satsgestalter bör förstås inte bara klasser av satsförekomster, som har en och samma mening, utan också klasser av satsförekomster med olika mening, under förutsättning att satsförekomsternas skilda meningar är systematiskt förbundna med varandra". Tydligt menar Hedenius, att satserna "Du skall inte stjäla" och "Om du stulit, så skall domaren döma dig till fängelse" är på detta sätt systematiskt förbundna med varandra. Varför de är det förklarar han inte.

Emellertid förefaller mig själva tanken att det här skulle vara fråga om *en* norm, som är semantiskt dubbelriktad, missvisande. Utvidgningen av begreppet "satsgestalt" för att förklara detta ger ett något ad hoc-betonat intryck. I en uppsats, "The Legal Philosophical Addressee Problem" (i *Logic, Law, Morality. 13 essays in Honour of Lennart Åqvist*, 2003) har jag som

ett alternativ föreslagit att det i dessa fall är fråga om två skilda normer, en explicit kodifierad och en annan, icke utskriven norm, konstruerad utifrån den förra enligt oskrivna regler, vilkas karaktär jag söker ange.

4. Precis som det finns rättsliga kompetensnormer (som spelar en utomordentligt viktig roll i ett rättssystem), finns det också moraliska sådana. Rättsliga kompetensnormer tilldelar personer rättslig kompetens i vissa avseenden, t.ex. alla vuxnas rätt att sluta avtal, riksdagens att stifta lag, domarens att döma och lärarens att sätta betyg. Företar någon, som inte har kompetens därtill, en handling av detta slag, blir denna handling rättsligt ogiltig såsom t.ex. lag eller betyg. En tidigare inte ovanlig uppfattning, som även omfattas av Hedenius, är att kompetensnormer kan definieras i termer av påbud och förbud. Denna uppfattning är inte korrekt. Flera rättssystem erbjuder exempel på handlingar som är förbjudna men som likväl ger förövaren kompetens att genom en sådan handling t.ex. överlåta en äganderätt. Och jag kan stå och viga folk dagarna i ända. Det är inte förbjudet, men några giltiga äktenskap initieras inte därmed. De moraliska kompetensnormerna är i motsats till de rättsliga ”ofta oklara och föga entydiga”. Detta sammanhänger förstås med att det – gud vare lov – inte finns några auktoritativa lagstiftare, domstolar, åklagare, advokater och poliser på moralens område. Åtskilliga moraliska kompetensnormer är för övrigt samtidigt rättsliga och ”får sin styrka från gällande rätt”.

Självfallet kan, å andra sidan, rätten vara influerad (eller, som Hedenius säger, infiltrerad) av moral. Det kan rentav förhålla sig så att moralen kan vara en rättskälla. (För att avgöra om så är fallet eller ej måste man dock ta ställning till innebörden hos det notoriskt obestämda begreppet ”rättskälla”, något som Hedenius inte gör.)

Oavsett olikheterna mellan moraliska och rättsliga normer har de likväl i grund och botten samma existensvillkor. ”Båda avser bedömningen av människors beteende i *S* vid *t*, och för bådas vidkommande gäller, att deras existensvillkor är detsamma som att de tillämpas.”

Dock är begreppen ”rättslig norm” och ”moralisk norm” logiskt oberoende av varandra. En existerande norm kan vara moralisk utan att vara rättslig (som exempel anför Hedenius de antika ock kristna kardinaldygderna) och en existerande norm kan vara rättslig utan att vara moralisk (det finns ”fullt av rättsliga påbud och förbud, som ingen existerande moral bekymrar sig om eller påbjuder”, t.ex. inom specialstraffrätten).

Nu skulle man emellertid kunna hävda, att alla rättsnormer är moraliska. Skälet härtill skulle vara att man anser det vara en moralisk plikt att lyda sitt lands rättsordning. Anser man det, blir alla rättsnormer moraliska normer.

Denna tanke avfärdar Hedenius resolut. Men det gör han inte på begreppsanalytiska grunder utan på moraliska. Det framstår ”som en

socialt och politiskt medveten människas moraliska rätt och även plikt att ifrågasätta olika rättsliga normers moraliska giltighet inte bara för samhället i dess helhet utan, vad gäller deras tillämpning, också för den enskilde”. Hedenius ansluter sig helhjärtat till Hägerströms och andras tanke att vid en konflikt mellan rätten och moralen är moralen trumf.

2.5. *Performativerna*. Betrakta följande satser:

- (1) Jag bjuder dig på middag.
- (2) Han bjuder dig på middag.
- (3) Jag bjöd dig på middag.
- (4) Jag spelar harpa.

Av dessa är det en som från filosofisk synpunkt på ett intressant sätt avviker från de övriga, nämligen (1). Vad gör personen ”jag”, när hon uttalar denna sats under normala (adekvata) former – dvs. då satsen inte är en replik på teaterscenen, utgör ett exempel i en filosofisk eller grammatisk lärobok eller förekommer i en saga eller i drömmen o.d.? Inte heller uttalas denna sats under normala former, om den utgör ett påstående om att den talande själv just nu är i färd med att bjuda personen ”dig” på middag. Vad ”jag” gör, när ”jag” uttalar satsen är just att bjuda personen ”dig” på middag. Med andra ord: ”Jag” gör precis det som ”jag” säger att ”jag” gör. Själva ”bjudandet” sker genom att (1) uttalas. Satser med denna funktion kallas *performativer*.

Performativerna uppträder i första person presens singularis och pluralis eller kan utan betydelseförändring översättas till sådana. Övergår man till tredje person presens får man en icke performativ sats (satsen (2)) och likaså om man övergår från presens till imperfekt (satsen (3)). Dessa båda satser är rena påståendesatser. Det är vidare bara vissa verb som har performativ effekt. Satsen (4) är inget performativ även om jag skulle råka spela harpa medan jag uttalar den, ty harpospelet konstitueras inte av yttrandet utan av mina fingrars knäppande på strängarna.

Den filosofiska analysen av performativerna ligger inte i första hand inom rättsfilosofins domän. Men det är i det rättsliga språket som performativerna har sin viktigaste samhälleliga funktion och därför är studiet av dem en angelägenhet också för rättsfilosofin. Komponenterna i avtalet, anbudet och accepten, sker vanligen genom performativa satser (”Ni offereras härmed ett parti prima päron”), liksom förändringar av människors rättsläge genom myndighetsbeslut (”Jag förklarar er härmed för äkta makar”, ”A förpliktas att till B utgiva 50 000 kronor i skadestånd”, ”Regeringen utnämner C till landshövding i Uppsala län”). När vigsselförrättaren uttalar ”Jag förklarar er härmed för äkta makar” blir kontrahenterna äkta makar. Häri ligger själva performativiteten.

Genom uttalandet av detta performativ läggs som av en osynlig hand äktenskapsbalkens hela uppsättning av rättsföljder över de bådas axlar. Det rättsliga ordnandet av samhällslivet sker i övervägande utsträckning genom språkhandlingar; först som en yttersta resurs mobiliseras statens tvångs- och våldsmonopol. Detta kan ses som ett uttryck för den grundläggande rättsidén att samhällsfreden skall upprätthållas med fredliga medel.

Hedenius behandlar performativerna i uppsatsen "Performatives" (i *Theoria*, Vol. XXIX, 1963). Han hävdar där den inte okontroversiella tanken att performativerna har sanningsvärde. Ett löfte, exempelvis, är sant "if and only if it can be said that a promise has come into being through the sender's utterance of this promise-performative to the receiver". Med en sådan definition är, som Hedenius påpekar, performativerna mycket ofta sanna. Vidare framhåller Hedenius att performativerna inte får betraktas som imperativer. Här tar han avstånd från Olivecrona, som hävdar just detta (ehuru Hedenius inte omnämner Olivecrona i sin uppsats). Slutligen skall framhållas, att Hedenius lägger stor vikt vid performativernas rent informativa funktion, vilken är av stor betydelse inte minst i rättsliga sammanhang. "The indispensibility of the informative aspect of performatives is no less apparent when one turns to legal contexts. A declaration of intention, a testimony, an administrative or judicial decree always means that something is made known."

### 3. RÄTTSKRITIKERN OCH RÄTTSIDEologen

3.1. *Kritiken mot vedergällningsteorin.* År 1977 presenterade Brottsförebyggande rådet en rapport (BRÅ. Rapport 1977:7. Nytt straffsystem. Idéer och förslag). I denna kritiseras den då rådande behandlingsteorin – som bland andra Hedenius företrädde – och man önskade ersätta den med vad Hedenius (inte rapporten!) benämnde "den nya vedergällningsteorin".

Hedenius' kritik av den nya vedergällningsteorin är ett slags indirekt kritik. Den består i en kritik av denna teoris kritik mot behandlingsteorin och återfinns i uppsatsen "Den nya vedergällningsteorin" (i *Om människovärde*, 1982).

Vad innebär då behandlingsteorin (eller, rättare sagt, Hedenius' version av den)? Huvudtanken är, att den brottslige skall undergå en av humanitet präglad behandling för att så vitt möjligt avlägsna dennes benägenhet att återfalla i brott. Behandlingsteorin är en individualpreventiv teori. Men den förnekar inte, att straffet också kan ha en avskräckande, allmänpreventiv funktion. Däremot accepterar den inte tanken om straffet som en vedergällning för brottet.

Filosofiskt baserar Hedenius behandlingsteorin på en radikal deter-

minism. Vi människor har ingen fri vilja i den meningen att vi skulle ha kunnat handla annorlunda, *om* vi hade velat det. Givet gärningsmannens genetiska utrustning, hans miljöförvärvade egenskaper samt uppdykande stimuli skulle han inte ens ha kunnat vilja annat än det han gjorde. Påföljderna bör därför vara inriktade på brottslingens person och bidra till att förändra denne. Den brottslige skall behandlas. I sin syn på brotts-påföljderna är Hedenius starkt påverkad av psykiatern Olof Kinberg. *Hur* den brottslige skall behandlas anser dock Hedenius ligga utanför sin kompetens att uttala sig om.

Denna determinism, liksom dess motsats indeterminismen, är, vad jag kan förstå, i denna abstrakta form metafysisk i betydelsen postulat som är obevisbart. Enligt min uppfattning handlar det här inte enbart om någon rent filosofisk (konceptuell) fråga. Determinismens problem är i betydande utsträckning en rent empirisk fråga rörande människans natur (främst för vetenskaper som genetik, psykologi och psykiatri).

Att en sådan behandling eller vård som behandlingsteorin kräver i praktiken har ett mycket blygsamt utrymme inom den s.k. kriminalvården – trots behandlingsteorins dominans – har Hedenius fullt klart för sig. I själva verket är Hedenius' behandlingsteori f.n. en utopi, eftersom inga kända, effektiva behandlingsformer existerar, något som han själv framhåller.

På två typer av brott är behandlingsteorin inte tillämplig. Den ena är smärre överträdelser, t.ex. mot ordningsföreskrifter och tullbestämmelser. Den andra är en del grova brott såsom ”valutaspekulering, arbets-skyddsförsummelse, miljöförstöringar, föroreningar, grovt skattefusk o.s.v.” Här skall man i stället tillgripa skyhöga böter och rejäla skadestånd, eftersom förövare av sådana brott inte torde förbättras av behandling. Varför just *detta* slag av determinerade robotar i motsats till andra sådana är oemottagliga för behandling får vi inte veta.

Behandlingsteorin kritiserar nu av den nya vedergällningsteorin främst därför att den är orättvis. Den leder till olikhet inför lagen. Om ärkebiskopen och diversearbetare A båda snattar en öl i snabbköpet, skall den förre dömas mildare eftersom han har bättre prognos. Att människor skulle kunna uppfatta detta som stötande avfärdar Hedenius med det utilitaristiska argumentet att det är viktigare att se till att folk inte återfaller i brottslighet.

Hedenius är oklar ifråga om huruvida straffet helt skall avskaffas utom i de nämnda undantagsfallen. Det tycks dock vara en konsekvens av behandlingsteorin. Men hur skulle det gå, om allt straffande upphörde? Här kan det vara av intresse att ställa Hedenius' uppfattning mot Per Olof Ekelöfs (Ekelöf var professor i processrätt och debatterade vid flera tillfällen denna fråga med Hedenius, ehuru olyckligtvis inte i skrift).

Båda var eniga om att straffet ej förbättrar brottslingen. Därtill behövs behandling. Men enligt Ekelöf är straffet till för att upprätthålla moralen och laglydnaden hos oss andra vanliga samhällsmedlemmar. Om brott lönar sig, om de våldsamma och samvetslösa kan sko sig utan påföljd, eroderas laglydnaden, laglösheten sprider sig som en röta i samhällskroppen och så småningom börjar folk ta lagen i egna händer, lynchjusticen rycker närmare. Straffet tillfredsställer människans säkerligen genetiskt betingade drift till hämnd. Men genom att lägga hämnden under statligt monopol kan hämndens former humaniseras, anpassas till brottets svårhetsgrad (en tanke som Hedenius avvisar som irrationell) och rationaliseras. Därvid kan också skapas utrymme för behandlingskraven. Upprätthålls inte rättsordningen, framför allt straffrätten, lär det inte bli mycket utrymme i samhället för en mer finstämd och human privatmoral, konstaterar Ekelöf torrt i en av sina uppsatser. Allt detta tar Hedenius avstånd från. Jag tycker nog för min del att det är Ekelöf som ser klarast i detta avseende.

3.2. *En plaidoyer för rättsstaten.* Hedenius var ofta kritisk mot juristerna, åtminstone en del av dem. Utöver kritiken av vedergällningsteorin ironiserade han i samband med den dödshjälpsdebatt som han igångsatte över ”det juridiska grodperspektivet”, vilket innebar ett alltför ortodoxt fasthållande vid ett legalistiskt synsätt. Detta hindrar inte att han ofta framhåller rättsordningens värde i samhället. I uppsatsen ”Filosofiska skäl för demokratin” (i *Om människans moraliska villkor*, 1972) pläderar han kraftfullt för rättsstatens idé. I denna inbegriper han legaliteten (lagligheten), skyddet åt medborgarna gentemot statsmakten mot godtycke och övergrepp samt, inte minst, idén om likhet inför lagen. Han låter t.o.m. rättsstatsidén inkluderas i demokratins idé: ”Ehuru inte alltid förverkligad i varje folkvalde är denna idé [= rättsstatsidén] i så hög grad nödvändig för ett civiliserat samhällsliv, att jag inte skulle vilja kalla en styrelse, som åsidosätter rättsstatens fordringar, för demokratisk, även om den stöder sig på folkvalde.” Detta är starka ord och, ehuru jag anser att rättsstaten är lika värdefull som demokratin och de båda vanligen uppträder tillsammans, finns det enligt min uppfattning goda skäl att hålla dem begrepsligt isär.

#### 4. AVSLUTNING

1983 medverkade jag i ett minnesprogram i TV2 om Ingemar Hedenius. Jag ville då ta fram något originellt, något som inte alla andra sade. Jag kom då på en grundläggande tanke hos honom, som jag i programmet kallade *den ortodoxa konsekvensens förbannelse*. Denna förbannelse, eller

förstockelse, består i att någon lära eller något ideal – som i och för sig kan vara fullt anständig och t.o.m. värdefull – *alltid och oavkortat* måste upprätthållas, även när detta leder till uppenbart inhumana konsekvenser. Blir så fallet, måste man, menar Hedenius, *göra undantag* från läran eller idealet. Detta är väl inte någon särskilt djupsinnig tanke, men human och präglad av sunt förnuft.

Ofta var det mot tendenser till ortodox konsekvens som Hedenius riktade sin samhälls- och kulturkritik. Till teologerna riktade han uppmaningen: Håll för all del fast vid kristendomen, om ni tror på den, men dumpa inhumanitet och mer avancerad vidskepelse av typ helvetesläran, förakt mot homosexuella och allmän sexualfientlighet. Till läkarna: Vidmakthåll gärna det antika läkaridealet om livets upprätthållande – men gör undantag för människor bortom varje hopp, där ett livsuppehållande inte innebär annat än ett enormt lidande. Till juristerna: Rättsregler och deras efterlevande är ett nödvändigt villkor för ett fredligt och ordnat samhällsliv – men upprätthåll inte rättsordningen till varje pris då en rigid formalism skulle medföra olycka och lidande för enskilda utan någon påtaglig nytta för andra. (Se uppsatsen ”Straffrätt och moral” i *Om döds hjälp*, 1964). Till journalisterna: Yttrandefrihet i all ära liksom vikten av information, men dessa legitimerar inte vilken häxjakt som helst på oskyldiga och försvarslösa människor.

Till sist något lite mer personligt. Jag återvänder ibland i tanken till Ingemars högre seminarier i praktisk filosofi under senare delen av 1960-talet och det tidiga 70-talet, vilka ägde rum i den trivsamma patriciervillan Villa Hemgården med seminarierummet vettande ut mot trädgården. De hölls på lördagsförmiddagarna mellan 10 och 12. Den yttre inramningen var i sanning en akademisk idyll! Efteråt tågade vi i samlad tropp med Ingemar i spetsen ner till restaurangen Tre Liljor i Stadsteaterns hus. Jag kan se Ingemar framför mig: Den raka ryggen, den starkt utskjutande magen, den en smula struttande, plattfotade gångstilen, den tunga överrocken och den karakteristiska låga och ett par nummer för lilla bruna pjatthatten på den vita hjässan. Det var inte utan att man kände ett slags barnlig stolthet över att få tåga fram i denna lysande skara av filosofer. Och om Ingemar var på gott humör – han hade förvisso sina sidor – ja, då visste vi att nu hade vi några verkligt festliga timmar framför oss!