

När Ronald Dworkin inte kom till Stockholm

ERIC M. RUNESSON*

Inledning

Jan Kleineman väcker ofta tankestimulerande frågor kring utvecklingen på det förmögenhetsrättsliga området. I artikeln ”Konstitutionell skadeståndsrätt” (JT 2018–19 s. 23) ställs frågan om HD:s avgörande i NJA 2005 s. 462 signalerar en brytning med den skandinaviska rättsrealismen när det gäller synen på rättigheter och om avgörandet bygger på ett nytt sätt att nalka sig rättsliga föreställningar i stort. Frågor om konstitutionell skadeståndsrätt är nu föremål för lagstiftarens uppmärksamhet bl. a. på grund av utvecklingen av rättspraxis; se SOU 2020:44 med förslag till lagreglering som skulle återskapa en positivistisk ordning. Men det förtar på inget sätt mitt intresse för den av Jan Kleineman väckta frågan.

För rättsrealisterna var rättighetsbegreppet ett framställningstekniskt hjälpmedel eller en beteckning för kopplingen mellan ett rättsfaktum och en rättsföljd. Rättighetsbegreppet antogs sakna förklaringsvärde för en rättsregels sakliga innehåll. De rättspolitiska övervägandena bakom rättsreglerna skulle komma främst och de borde inte stå tillbaka för att reglerna ska kunna passas in i begreppskonstruktionerna.

För egen del vill jag tro att rättighetsbegreppets förklaringsvärde beror av vilket slags rättsregel det är som undersöks. Begreppet tycks t.ex. ha ett förklaringsvärde för det sakliga innehållet i Europakonventionens artikel 2 (rätt till livet). Andra regler implicerar en rättighet som kan förklara regelinnehållet. Regeln i 1 kap. 2 § första stycket regeringsformen (RF) – om offentlig maktutövning med respekt för alla människors lika värde och den enskilda människans frihet och värdighet – ter sig mindre som ett resultat av ett rättspolitiskt övervägande i normal bemärkelse än som ett axiom som blir utgångspunkt för vilka överväganden som sedan kan göras inom rättighetens ram. Det är då närmare att säga att de rättspolitiska övervägandena får anpassa sig efter rättigheten.

Det finns anledning att i rättstillämpningen fundera över vad det är som gör vissa rättigheter fundamentala. Man kan också fundera på om

* Justitieråd, jur. dr, doc., f.d. advokat.

det föreligger en artskillnad, bl.a. i rättsföljdsledet, mellan rättigheter som uttrycker förbud (så att jag har rätt att slippa), rättigheter som uttrycker positiva förpliktelser (så att jag har rätt att få) och rättigheter som siktar på förfarandet för hur rättigheterna kan göras gällande (jfr Isaiah Berlins distinktion mellan negativ och positiv frihet). Den praktiska betydelsen av vissa rättigheter kan vara oklar och det kan vara oklart exakt var de yttre gränserna för rättighetsskyddet går (jfr t.ex. 2 kap. 21 § och 23–25 §§ RF). Det passar därför många gånger bättre att tala om rättighetsprinciper snarare än om rättighetsregler. Jag ska strax återkomma till detta.

En mer nyanserad syn på rättigheter framkommer också i nyare konstitutionellrättslig litteratur. I en konstitutionell kontext anses vissa grundläggande rättigheter fungera som gränssättare för lagstiftarens självbestämmande och politiska ambitioner och som gränssättare för den offentliga maktutövningen i övrigt.¹ Den synen kan tänkas ha betydelse för rättstillämpningen även utanför det konstitutionellrättsliga området. Någon brytning med rättsrealismen behöver detta inte innebära. I de allra flesta fall fungerar de rättsrealistiska argumentationsformerna utmärkt, men det kan bli mer ansträngt i de svåra fallen, när rättighetsprinciper ställs mot lagbestämmelser eller andra rättsprinciper. Med "svåra fall" avser jag fall där det råder tvekan om bedömningen hos skolade jurister även efter det att de tagit del av lagbestämmelser, förarbeten, praxis och doktrin.²

NJA 2005 s. 462 gällde frågan om den enskilde hade laglig grund för ett skadeståndskrav mot staten avseende bl.a. ideell skada när rätten till en rättvis rättegång inom skälig tid inte hade respekterats (Europakonventionen artikel 6.1). Det var alltså strängt taget inte fråga om grundlagsskadestånd utan om konventionsskadestånd (som sedan den 1 april 2018 är lagreglerat i 3 kap. 4 § skadeståndslagen) Kärandens grund innefattade påståendet att "Europakonventionen utgör svensk lag, varför det föreligger laglig grund för svensk domstol att utdöma ideellt skadestånd för konventionsbrott med konventionen som direkt grund". Enligt artikel 13, som riktar sig till lagstiftaren, ska den enskilde i ett sådant fall ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför svensk myndighet. HD identifierade en svensk skadeståndsrättslig princip: rätt till ideellt skadestånd fordrar särskilt lagstöd. Men det fanns inget lagstöd för ideellt skadestånd (som var oberoende av brott eller tjänstefel). HD konstaterade dock att "övervägande skäl [fick] anses tala för att ideellt skadestånd skall kunna dömas ut även av svensk domstol." Det övervägande skälet var synbarligen att konventionen med en fördragskonform tolkning i ljuset av Europadomstolens praxis medförde

¹ Se t.ex. Mattias Derlén m.fl., *Konstitutionell rätt*, s. 255 (2016).

² Se Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt*, s. 192 (2001). Hellner lägger till "samt begagnat det skolade juridiska omdömet". Men eftersom denna uppsats delvis handlar om vad som kan ingå i omdömet tar jag inte med det "rekvisitet" här.

rätt till ersättning. Slutsatsen – som inte uttalades explicit av HD – bör ha varit att ersättning skulle komma att utgå om saken prövades av Europadomstolen med stöd av den subsidiära möjligheten för den enskilde att påtala ett konventionsbrott enligt artikel 41.

Avgörandet kunde ju inte baseras på en tolkning av någon lagbestämmelse om rätt till skadestånd (vilken borde ha funnits). Avgörandet kan tyckas illustrera att HD gav företräde åt pragmatiska överväganden framför ett formalistiskt fasthållande vid lagstödsprincipen, när nu en mer rättsrealistiskt förankrad tolkning av en lagbestämmelse inte var en utväg. Med en pragmatisk hållning slapp den skadelidande att i en ny vända påtala konventionsbrottet och ta en betungande omgång över Strasbourg. Där skulle han ju ändå antagligen få ersättning. Varför tvinga en skadelidande att gå över ån efter vatten? Domskaalen – ”dömas ut *även* (min kursivering) av svensk domstol” – tyder på att HD har gjort en behörighetsfråga av kärandens påstående om laglig rätt, vilket i viss mån stöder denna läsning av rättsfallet.

Men det jakande svaret på behörighetsfrågan blir användbart bara om käranden först har en laglig grund för sitt ersättningsanspråk, vilket han tydligen hade. För att komma dit kan antas att HD såg rätten till ett effektivt rättsmedel i svensk domstol som en rättighet eller princip med positiv hemvist i svensk rätt och att den principen kolliderade med lagstödsprincipen. Den senare fick vika till följd av sin lägre relativa vikt.

Jag vill *prima facie*-pröva tesen att rättsutvecklingen under de senaste decennierna inrymmer en förändrad syn på de rättsliga principernas (i synnerhet rättighetsprincipernas) ställning som rättskälla – principer som alltså inte behöver böttna i rättspolitiska ställningstaganden av lagstiftaren i gängse mening och vilkas närmare innehåll kan vara föremål för oenighet. Jag begränsar mig i huvudsak till en prövning av tesen på det förmögenhetsrättsliga området.

En sådan utveckling skulle kunna förklaras av ett antal lagändringar som skett sedan den skandinaviska rättsrealismens glansdagar. Lagändringarna har alla sitt logiska bagage i fråga om principernas betydelse för hur jurister nalkar sig rättsliga föreställningar, inte bara i rättsfilosofin utan också i rättstillämpningen. Det är säkert överflödigt med en rekapitulation. Men jag gör en snabb och kortfattad tillbakablick i alla fall.

Med 1971 års fullföljdsreform betonades de högsta instansernas prejudikatbildningsfunktion; denna funktion blev än tydligare med 1989 års rättsbildningsreform. 1974 kom rättsstatsprincipen till uttryck i 1 kap. 1 § tredje stycket RF.³ Konstitutionsutskottet (KU 1973:26 s. 58) gjorde klart att offentlig makt ”under lagarna” betydde offentlig makt under ”rättsordningens regler”, dvs. inte bara under bestämmelser i lagar och författningar

³ Jfr § 16 i 1809 års regeringsform.

i teknisk bemärkelse. År 1980 kodifierades domstolarnas dittills oskrivna lagprövningsrätt⁴ till att gälla fall där lag uppenbart stred mot grundlag. År 1995 blev Europakonventionen svensk lag samtidigt som konventionen ”konstitutionaliserades” i 2 kap. 23 § RF (numera 19 §). Ovanpå detta tillkom hela det EU-rättsliga komplexet. 2011 utvidgades domstolarnas lagprövningsrätt och katalogen av grundläggande fri- och rättigheter infördes i 2 kap. RF.

Rättsstatsprincipen säger ju inte nödvändigtvis något om innehållet i lagarna, utan uttrycker vid första påseende bara ett formellt krav på den offentliga maktens normbundenhet. Med det följer vissa krav på lagbestämmelsernas utformning och tillgänglighet, dock inte mer än så.⁵ Men många vill ge principen större porté och ända sedan Aristoteles tid tycks principer om normbundenhet också ha dragit till sig föreställningar om krav på ett visst materiellt innehåll i normerna.⁶

Europadomstolens syn på saken kom till uttryck i *Golder v UK* punkt 34 ([1975] ECHR 4451/70, [1979–80]). I skälen för avgörandet kopplades rättsstatsprincipen till den materiella bestämmelsen i artikel 6. Domstolen anknöt till konventionens preambel där konventionsstaterna säger sig vara ”resolved, as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law⁷ to take the first steps for the collective enforcement⁸ of certain of the rights stated in the Universal Declaration [dvs. 1948 års FN-deklaration]. Domstolen ansåg inte att preambeln bara innehöll en retorisk referens utan att den hade relevans för konventionstolkningen – och därmed för vad som ingår i bl.a. den svenska rättsordningen.

Rättsstatsprincipen och dess innehåll blev föremål för mycket debatt vid millennieskiftet i samband med den s.k. demokratiutredningen (se t.ex. SOU 1999:58 och SOU 1999:769). Till stor del handlade diskussionen om i vilken mån den svenska demokratiuppfattningen var på väg från en folksuveränitetsinriktning mot en individcentrerad inriktning. Från svenskt

⁴ Högsta domstolens avgörande i NJA 1964 s. 471 var svalan som kanske ändå gjorde sommaren – eller stormsvalan, beroende på hur man ser det.

⁵ Längst i denna formella riktning går väl Joseph Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, s. 211 på s. 221 i *The Authority of Law* (1979).

⁶ Långt om inte längst går John Finnis, bl.a. i *Natural Law and natural rights* (1980). Sekundärlitteraturen är svåröverblickbar, här som eljest på detta område. Men se t.ex. Hillary Nye, *Finnis's divided view of law: problems for adjudicative theory*, 11 *Jurisprudence*, s. 503 (2020) <DOI: 10.1080/20403313.2020.1772006>.

⁷ I den svenska icke-autentiska översättningen har ”rule of law” översatts till det mer positivistiskt klingande uttrycket ”grundläggande rättsuppfattning”. Hade inte ”rättsstatlighet” legat närmare?

⁸ Frasen ”for the collective enforcement” har översatts till ”ägnade att åstadkomma en kollektiv garanti”, vilket leder till en meningsförskjutning. Vad är en ”kollektiv garanti” och vem är garantiborgenär? Hade inte ”för att kollektivt genomdriva” legat närmare?

politiskt håll har (i vart fall när regeringen utblickat mot omvärlden) framhållits att "rättsstatsprincipen har inte enbart betydelse för de rättigheter som skyddar individen mot övergrepp från statsmaktens sida. För det stora flertalet är den lika betydelsefull som en garant för att ingångna avtal ska hållas, att äganderätten ska respekteras, att tillstånd för byggnation eller ekonomisk verksamhet går att lita på och att sociala och ekonomiska rättigheter inte är förbehållna ett fåtal." (Skr 2007/08:109.)

Men en sådan extension av rättsstatsprincipen kan kritiseras som ideologiskt kontaminerad och för att extensionen leder till en inflationistisk överanvändning av principen som är ägnad att judikalisera än de ena än de andra politiska ambitionerna.⁹ Med den amerikanska statsvetaren och filosofen Judith Shklar: "It [the rule of law] may well have become just another one of those self-congratulatory rhetorical devices that grace the public utterances of ... politicians. No intellectual effort need therefore be wasted on this bit of ruling-class chatter".¹⁰

Som rättstillämpare kanske man hamnar någonstans i mitten och nära marken, som en gråsparv i riset när vildgässen flyger förbi. En nödvändig betingelse för rättsstatsprincipen är då att staten ska skydda de grundläggande mänskliga fri- och rättigheterna. För egen del har jag tagit intryck av de tankegångar som Lord Bingham framförde i en föreläsning om "the Rule of Law" på Centre for Public Law i Cambridge 2006: There is, I would accept, an element of vagueness about the content of this sub-rule [that the law must afford adequate protection of fundamental human rights], since the outer edges of fundamental human rights are not clear-cut. But within a given state there will ordinarily be a measure of agreement on where the lines are to be drawn, and in the last resort (subject in this country to statute) the courts are there to draw them. The rule of law must, surely, require legal protection of such human rights as, within that society, are seen as fundamental.¹¹

Om domstolarna (genom en på visst sätt avgränsad lagprövning) ska vara garantier för enskilda människors grundläggande fri- och rättigheter, såsom också sägs i förarbetena till RF (prop. 2009/10:80 s. 119), måste väl rättspolitiska överväganden bakom lagbestämmelser ibland få stå tillbaka för att de ska kunna anpassas till ett rättighetsbegrepp eller reglerna till och med övertrumfas av en grundläggande rättighet. Denna synpunkt är

⁹ I svensk debatt har t.ex. statsvetaren Katarina Barrling nyligen framfört åsikter i linje med detta; SvD 2020-09-10. Så frågan lever.

¹⁰ Judith Shklar, "Political Theory and The Rule of Law" i Hutchinson & Monahan (utg.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, s. 1 (1987).

¹¹ <<https://www.cpl.law.cam.ac.uk/sir-david-williams-lectures/rt-hon-lord-bingham-cornhill-kg-rule-law>> (senast besökt 2021-01-14).

inte betingad enbart av Europakonventionen eller dess ställning som lag¹², utan synpunkten är mer anknuten till rättsstatsprincipen – med i vart fall embryonalt burskap i den svenska leran alltsedan 1319 års frihetsbrev och senare landslagens konungaed.

När Europakonventionen blev svensk lag uppmärksammades det i förarbetena att lagkonflikter som inte kunde lösas genom sedvanlig lagtolkning skulle kunna tänkas uppkomma (s.k. verkliga lagkonflikter) mellan hierarkiskt sidoordnade rättsregler. De vedertagna hanteringsprinciperna¹³ *lex posterior* och *lex specialis* var kanske inte tillräckliga. I ett remissyttrande vid arbetet med inkorporeringslagen (1994:1219) menade HD att en tredje princip aktualiserades: även om konventionens bestämmelser var hierarkiskt sidoordnade med andra lagbestämmelser, så borde konventionen ”på grund av sin speciella karaktär ges en *särskild vikt* (min kursivering) i fall av konflikt med inhemska lagbestämmelser.” I statsrådsanförandet uttrycktes ingen erinran mot detta (prop. 1993/94:117 s. 38). Men av utskottsbetänkandet att döma verkar det som att riksdagen inte var riktigt bekväm med den tredje vägen – så den framställdes som praktiskt betydelslös utan att vare sig omfamnas eller uttryckligen förkastas.¹⁴

För att domstolarna ska kunna fullgöra sin garantfunktion är den tredje vägen nog en nödvändighet om man vill undvika alltför ansträngda och opaka ”konventionskonforma” lagtolkningsoperationer.

Hart och Dworkin

I anslutning till att Jan Kleineman reser frågan om vi ser en brytning med den skandinaviska rättsrealismen erinrar han sig att han som doktorand i mitten av 1980-talet ville bjuda in Ronald Dworkin till Stockholms universitet för ett seminarium. Hans handledare, Jan Hellner, tyckte inte att det var en bra idé och därvid blev det. Jag minns detta och jag vill också minnas att Jan Kleineman höll upp Dworkins verk ”Taking Rights Seriously” på ett seminarium där jag satt som student. Det gick inte att missförstå att Jan Kleineman tyckte att Dworkin var viktig – och han apostroferas ännu av Jan Kleineman i *Från prejudikatinstans till lagstiftare? Högsta domstolens*

¹² Detta à propos Fredrik Wersäll, En offensiv högsta domstol. Några reflexioner kring HD:s rättsbildning, SvJT 2014 s. 1 på s. 2 om att Europakonventionen möjligen gett domstolarna ett handlingsutrymme som påverkat synen på hur inhemska lagkonflikter kan hanteras.

¹³ Det valda uttrycket återgår på distinktionen mellan sakregler och handlingsregler. De senare som jag kallar principer handlar om hur man ska fastställa innehållet i rättsreglerna, hur reglerna ska användas och hur de kan, bör eller ska vidareutvecklas. Se Stig Strömholm m.fl., Rätt rättskällor och rättstillämpning, s. 38, 6 uppl. (2020).

¹⁴ Se 1993/94:KU24 s. 18 ff. Jfr Hans Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 44, 5 uppl. (2015).

ökade aktivism (JT 2014–15 s. 495 på s. 524 f.). Men Dworkins betydelse för svensk ”gällande rätt” tedde sig då svårvärderad för mig. Och det är den i viss mån fortfarande, vill jag erkänna. För att begripa mer läste jag på lite. Jag gillade vad jag tyckte mig förstå och tog några år senare upp frågan om inbjudan igen. Men det blev inget då heller.

Under denna tid pågick en diskussion mellan Ronald Dworkin och företrädare för rättspositivismen såsom den lagts fram av Herbert L. A. Hart. Diskussionen rörde bl.a. rättspositivismens förmåga att förklara vad domare menar sig kunna göra inom ramen för ett normativt beslutsfattande (under lagarna) och när beslutsfattandet övergår till att bli diskretionärt.¹⁵

Med risk för att låta bålstor; diskussionen ter sig på ett plan som saköverkorsande eller litet som en diskussion om Fido. Vad talar man om?

- Fido har fyra ben.
- Nej, Fido har fyra bokstäver.

Hart valde att tala om regler och inte om normer, medan Dworkin talade om normativa principer. Dworkin pekade på att rättsregler är konklusiva – de ska tillämpas när de är tillämpliga och det avgör tvisten. Rättsregler kan inte stå i strid mot varandra. De kan inte bägge vara tillämpliga, utan den ena regeln måste i så fall vika för den andra. Men även andra normer än rättsregler, nämligen principer, kan göra anspråk på legalitet även om principerna fungerar på ett annat sätt än rättsregler. Principer är till skillnad mot regler icke-konklusiva¹⁶ – de får tillämpas när de har betydelse för ett fall. De kanske bör tillämpas om de inte kolliderar med en rättsregel av annat innehåll. Kanske bör rättsregelns innehåll fastställas med ledning av principen. Kanske får principen tillämpas och ges försteg när den kolliderar med en rättsregel därför att principen har särskild vikt. Principer kolliderar inte sällan. Den ena kan underordnas den andra, men de kan också mötas i en kompromiss.¹⁷ Utfallet beror i första hand på principernas inbördes vikt – vilket i sin tur, enligt Dworkin, beror på deras inneboende moralhalt. Det där sista måste ju bli tämligen svårverifierat för att prata positivistspråket, men jag har sett hur det kan fungera i förhandlingar och medlingar när en pott ska delas – OBS! Anekdotisk bevisföring.

Men Hart förnekade knappast att principer kunde vara normativa eller att de fungerade på ett annat sätt än konklusiva rättsregler. I en efterskrift till den andra upplagan (1994) av ”The Concept of Law” tackade han

¹⁵ Diskussionen sammanfattas av Scott J. Shapiro, *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed* (March 5, 2007) <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>>.

¹⁶ Jfr Stig Strömholm m.fl., a.a., s. 261.

¹⁷ Jfr Melvin Aron Eisenberg, *Private Ordering Through Negotiation: Dispute Settlement and Rulemaking*, 89 *Harvard Law Review*, s. 637 (1976) och Philip Gulliver, *Disputes and Negotiation: A Cross-Cultural Perspective* (1979).

Dworkin för att ha lyft fram principernas betydelse och sätt att fungera i juridisk argumentation. Hart klargjorde samtidigt att han med regler inte menade att rättsordningen bara skulle bestå av konklusiva regler.

Som jag ser det var ett annat sidospår i diskussionen orsakat av uppfattningen att Hart byggde på tesen att en regel blir en rättsregel först genom sitt institutionella ursprung. Jag hoppar över dessa vindlingar i diskussionen som mest involverade andra än Hart. En mer avklarnad syn på Harts uppfattning är nog att han, i likhet med många skandinaviska rättsrealister, såg legaliteten som grundat på ett socialt faktum. Detta faktum bestod i att en regel accepteras som rättsligt bindande, vilket verifieras i rättspraxis. Hart kallade detta legalitetskriterium för "the rule of recognition". Jag kallar kriteriet för metanormen i det följande för att hålla undan för Hans Kelsens "Grundnorm" som Hart väl kan sägas ha vidareutvecklat. En av Harts poänger var att en regels moralhalt inte var en nödvändig betingelse för accepten. Dworkin invände mot accepten som legalitetskriterium. Han invände också mot den sidoordnade ställning som Hart gav moralen. Rättsordningens legalitet vilade i stället ytterst på den moraliska grundpremisen om allas lika värde, vilken premiss sedan grenar ut sig i principer.¹⁸ Härigenom framstår Dworkins rättsteori som en förlängning och vidareutveckling av John Rawls teser i "A Theory of Justice" (1971), en förlängning som sedan Rawls förhöll sig till i "Political Liberalism" (1993).

Dworkin hävdade som sagt att metanormen inte kan konstrueras på en accept av vissa regler som bindande i sin egenskap av gällande rätt. Detta syns i de svåra fallen. En accept förutsätter enighet bland tillämparna och de svåra fallen kännetecknas typiskt sett av att enighet saknas.

Oenigheten i de svåra fallen bottenar i olika uppfattningar om den rätta metoden för lagtolkning – och den är normstyrd enligt Dworkin. Den enda rimliga förklaringen till oenighetsfenomenet är att oenigheten rör metanormens innehåll eller moralens ställning i metanormen – vad som är en del av rättsordningen kan då inte grundas på en accept eller konsensus som socialt faktum. Vad som ingår i rättsordningen beror i stället på "politisk moral" (varom konsensus typiskt sett inte råder) likväl som på institutionell legitimitet (varom konsensus typiskt sett råder). Här är inte platsen att gå närmare in på begreppet "politisk moral". Det får räcka med att säga att det handlar om en moralisk utvärdering av politiska handlingar (och politiker) mot en standard.¹⁹

Om Dworkin kommit till Stockholm kanske han skulle ha börjat med att klargöra behovet av en distinktion mellan påståenden om rättsreglernas

¹⁸ Se Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, kap. 6 (1977). Jfr Jan Hellner, a.a., s. 216 om "ett antal värden som inte behöver eller kan försvaras med nyttoargument men som å andra sidan också strider mot varandra".

¹⁹ Dennis F. Thompson, "Political Ethics" i Hugh LaFollette [red.], *International Encyclopedia of Ethics* (2012).

faktiska innehåll, som kan vara sanna eller falska, och påståenden om rättens teoretiska innehåll och grundvalar i de svåra fallen.

Vi kan vara eniga om att en lag som har antagits i riksdagen utgör innehåll i rättsordningen medan vi är oeniga om ifall en viss lag har antagits. Oenigheten rör då förekomsten av ett empirisk konstaterbart historiskt faktum. Det är en faktakonflikt.

Vi kan vara eniga om att en lag har antagits i riksdagen, men vara oeniga om ifall lagen har ett rättsenligt innehåll (jfr 2 kap. 19 § RF) eller om lagen ska tolkas reduktivt på grund av någon moralitet. Det blir en principbaserad värdegrundskonflikt.

Dworkins metanorm (om jag nu får kalla hans legitimitetstest för det) är att rättstillämparen ska låta sig styras av "the best theory of justice" såsom han utvecklar det i "Law's Empire" (1986) med utgångspunkt i de rättigheter parterna har. Påståendet att en regel ingår i gällande rätt är sant om regeln är en följd av "principles of justice, fairness and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice".²⁰ Rättstillämparen ska alltså välja mellan "eligible interpretations by asking which shows the community's structure of institutions as a whole in a better light from the stand-point of political morality".²¹ Om Dworkin hade kommit till Stockholm tror jag att han skulle ha pekat på 1 kap. 2 § första stycket RF – "den offentliga makten [under lagarna] ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet". Vilken av två möjliga tolkningar ligger närmast den "metanormen"?

På det sättet länkas en politisk moralteori baserad på principer till rättsstatsbegreppet och en rättviseföreställning. Som jag förstår det vill Dworkin inte påstå att begreppet (materiell) rättvisa har ett fixerat innehåll, utan bara att rättsstatligheten tillsammans med vissa formkrav förutsätter ett genomslag för rättvisan såsom synen på rättvisa utvecklas över tid och rum. Det kan vara värt att för tydlighets skull påpeka att Dworkins teori inte är utilitaristisk; rättstillämparen ska alltså inte handla si eller så för att maximera samhällsnyttan. Dworkins teori är rättighetsbaserad; alltså baserad på en rättighetsmoral snarare än på en benthamsk konsekvensmoral eller på en kantiansk plikt moral.²²

²⁰ Ronald Dworkin, *The Law's Empire*, s. 225 (1986).

²¹ A.a., s. 256. Härav beteckningen "interpretationism" för Dworkins rättslära.

²² Denna utgångspunkt är f.ö. knappast en mer metafysisk teoribas än Vilhelm Lundstedts samhällsnytttoprincip. Lundstedts samhällsnytttoprincip tycks i och för sig mest ha varit avsedd att definiera området för rättsvetenskapen. Och valet av utgångspunkt utlöste en omfattande vetenskaplighetsdebatt anförd fr.a. av Alf Ross. Se härtill Torbjörn Ingvarsson, Lundstedt vid skiljevägen – när rättsrealism och pragmatism möttes och skildes åt, s. 223 på s. 227 ff. i Jan Kleineman (red.), *Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt*, Stockholm Centre for Commercial Law, Skriftserie nr 35 (2019).

Dworkin illustrerade sin kritik av Harts acceptbaserade metanorm med ett antal dissensdomar, bl.a. *Tennessee Valley Authority v. Hiram Hill et al.*, 437 U.S. 153 (1978). Fallet rörde frågan om TVA:s dammbygge stred mot en lag som skyddade utrotningshotade arter (här en fisk) och bygget därför skulle inhiberas trots stora ekonomiska förluster för det federalt statliga TVA-bolaget. Domstolen var enig om att artskyddslagen var gällande lag med en otvetydig lydelse. Majoriteten gick på lagtexten. Minoriteten utgick i stället från att lagstiftaren i förarbetena inte beaktat den situation som fallet aktualiserade och att inhibitionen medförde orimliga följder, vilka inte skulle accepteras med mindre det fanns stöd för att lagstiftaren hade avsett att sådana följder av lagen skulle godtas.

Det tycks alltså handla om normstyrda argumentationsformer i rätten, vilka inte förutsätter att de kan återföras på något positivistiskt faktum.

Argumentationen eller diskursen bör i transparensens namn gå ut på att förklara varför den ena principen (att lagens lydelse ska följas) ska ges större vikt än den andra (men markanvändaren får inte drabbas av en orättvis förlust) eller tvärt om. Dworkin synes ha menat att det inte är fråga om att domstolen här med något systemexternt diskretionärt verktyg agerar lagstiftare för att reparera rätten (med politiska policyargument). Argumentationsformernas struktur visar i stället att rätten tillämpas systeminternt (med juridiska principargument). Man kan givetvis invända att det är svårt att klart avgränsa politiska policyargument från juridiska principargument i den zon rättstillämparen tittar på förarbetsuttalanden för att utröna en lagbestämmelses syften, men jag ska inte låta detta skymma vad jag uppfattar som en av Dworkins poänger: Rättspositivismen skulle alltså inte beskriva fenomenen på ett adekvat sätt – på liknande sätt som tesen att solen och planeterna rör sig i cirklar runt jorden inte kan beskriva hur planeterna faktiskt ser ut att röra sig på natthimlen.

RF och miljöbalken

Man kan ju tänka sig en klar och tydlig rättsregel som säger att en markägare har rätt till ersättning om staten inskränker ägarens rådighet över marken. Man kan tänka sig att ägarens markanvändning ger upphov till externa effekter – alltså till kostnader som sprids på alla i samhället, t.ex. en föroreningskostnad. Anta att det allmänna vill stoppa markanvändningen och att markägaren kräver ersättning enligt rättsregeln. Fråga uppstår nu om det är rimligt (eller moraliskt försvarbart) att markägaren ska ha pengar av det allmänna (alltså av alla andra) för att avstå från att förorena. Anta att domstolen avslår markägarens ersättningskrav. Har domstolen då handlat under lagarna?

Övervägandena vid införandet av miljöbalken kring ersättning på grund av vissa rådhetsinskränkningar är belysande för samspelet mellan grundlag, lag, förarbeten, doktrin och principer med mer eller mindre tydlig moralisk halt. Övervägandena är också belysande för Dworkins synpunkt att det, även när reglerna binder på grund av sitt institutionella stöd, är svårt att identifiera en stabil metaregel byggd på institutionell förankring eller accept.

Regeringen och Lagrådet var överens om att grundlagsregeln i 2 kap. 18 § andra stycket RF (nuvarande 15 § med en delvis annan lydelse) enligt sin otvetydiga lydelse gav rätt till ersättning vid rådhetsingrepp oavsett anledningen till ingreppet.

Regeringen antog "med säkerhet" att många medborgare skulle uppfatta det som stötande om ersättning utgick till den vars verksamhet stoppas därför att det visat sig att verksamheten allvarligt hotar kringboende människors hälsa (prop. 1997/98:45, del 1, s. 564). Ersättning borde därför inte utgå – såsom det var innan grundlagsbestämmelsen infördes. Detta klargjordes i förarbetena (som för att tillgodose en moralitet någonsans i den moraliska normhierarkin antar jag).

Lagrådet beskrev hur lagtolkning går till. "Tolkningen av en lagregel skall enligt *vedertagen uppfattning* (min kurs.) i svensk rätt grundas på regelns ordalydelse. Är denna sådan att det inte kan råda någon tvekan om regelns innebörd, skall den tillämpas enligt ordalydelsen. Den omständigheten att det i regelns förarbeten kan ha gjorts uttalanden som tyder på att avsikten med regeln varit en annan än vad dess ordalydelse ger vid handen skall i så fall i princip inte påverka tillämpningen. Om en strikt tolkning skulle leda till icke önskvärda resultat, bör regeln ändras för att ge ett riktigare uttryck för lagstiftarens avsikter. I vissa undantagsfall *anses* (min kurs.) emellertid en friare tolkning av en lagregels innebörd kunna förekomma, när det är uppenbart att en tolkning enligt ordalagen skulle medföra oacceptabla konsekvenser." (Se a. prop., del 2, s. 513 f.) Vad som är "uppenbart ... oacceptabla konsekvenser" kan ju diskuteras liksom vari orimligheten består. Men Lagrådet beskrev likafullt här en hanteringsprincip och intog en hållning liknande den som majoriteten i TVA-fallet uttryckte.

Lagrådet var inne på linjen att som rättsordningen såg ut så skulle ersättning i regel komma att utgå och man tycks ha stött sig på en implicit princip som borde krympa eller stänga fönstret för en konsekvensprövning: man bör inte, ansåg Lagrådet, till den enskildes nackdel frångå en tillämpning i strikt överensstämmelse med lagtexten (ett moraliskt motfaktum till ett sociologiskt faktum eller en moralitet att ingen bör få betalt för att låta bli att förorena). Principen angavs ha särskild tyngd när det gäller de grundläggande fri- och rättigheterna. (Se a. prop., del 2, s. 514.) Detta tycks böra gälla även mot möjligheten att "många medborgare skulle uppfatta det som stötande". Den som vill raljera kan ju säga att Lagrådet gör bedrivande

av förorenande verksamhet till en grundläggande rättighet och då skulle grannarna ha en grundläggande skyldighet att bära föroreningskostnaden eller betala för att slippa.

Mot detta anförde regeringen (ett motfaktum av andra graden) att just i tolkningen av de grundläggande fri- och rättigheterna finns det särskild anledning att beakta förarbetena av vilka framgår att någon ändring i rättsläget inte var avsedd (a. prop., del 1, s. 559). Jag förstår det som att förarbetsuttalandena då alltså bör ges särskild vikt på grund av sin institutionella förankring även om grundlag i och för sig annars ska tolkas med hjälp av samma hanteringsprinciper som gäller för vanlig lag. Regeringen stödde sig på ett doktrinuttalande och ville väl med det påvisa att vad Lagrådet anförnt inte var en vedertagen uppfattning; det fanns så att säga inget motfaktum mot en prövning av om en rätt till ersättning vore oacceptabel. Ingen hartiansk accept alltså.

Övervägandena i nu nämnda lagstiftningsärende tycks tala för Dworkin i det att oskrivna principer kan vara en del av rättsordningen på grund av sin inneboende moralitet snarare än sitt institutionella ursprung och i det att när en princip aktualiseras på grund av sitt ursprung, så kan den knuffas undan av en annan princip med ett annat ursprung utan att det kan återföras på en robust regel för när så ska ske. Att vissa fakta – t.ex. att en lagbestämmelse som existerar oberoende av rationalitet eller moralisk halt – ges en privilegierad ställning i rättsordningen förändrar knappast detta förhållande i de knepiga fallen som ju handlar om ifall bestämmelsen ska slå igenom i tillämpningen på grund av sin privilegierade ställning.

Övervägandena fick ett efterspel i 1999 års författningsutredning (SOU 2001:19) som fick i uppdrag att precisera ersättningsregelns tillämpningsområde vid rådighetsinskränkningar i enlighet med riksdagens intentioner. Utredningen konstaterade att den hade misslyckats med att nå en bred uppslutning kring en formulering som återspeglade de politiska intentionerna (a. SOU s. 106 ff. med ett särskilt yttrande på s. 298 f.).

Detta fick i sin tur ett efterspel till efterspelet i NJA 2014 s. 332 som har beröringspunkter med det föregående.²³ Regeringen hade med stöd av bemyndigande i lag meddelat en förordning som begränsade fisket i Torne älv. HD ansåg att bestämmelsen i 2 kap. 18 § RF (i lydelse efter den 1 januari 1995 och före den 1 januari 2011) visserligen i första hand riktade sig till lagstiftaren²⁴, men att den på grund av sin utformning gav en anvisning för tolkning av oklara lagregler (punkt 17).²⁵ Bestämmelsen uttryckte en allmän rättsgrundsats om rätt till ersättning för rådighetsinskränkningar ”i vissa fall”, men normalt inte vid inskränkningar motiverade av miljöskyddsskäl

²³ Avgörandet kommenteras av Jan Kleineman, Från prejudikatinstans till lagstiftare? Högsta domstolens ökade aktivism, JT 2014–15 s. 495 på s. 513 ff.

²⁴ Jfr Staffan Vängby, SvJT 1996 s. 892 på s. 896.

²⁵ Jfr ”Medborgarskapet I” NJA 2014 s. 323 punkt 8 med annan valör.

(punkterna 18 och 19). Undantag från denna principiella utgångspunkt kan dock ske när inskränkningen beror på omständigheter utanför den enskildes kontroll och inskränkningen drabbar särskilt hårt (punkt 20).

Jag undrar var HD fick det där med ”utanför den enskildes kontroll” ifrån. Kan det ha bottnat i en rättviseföreställning?²⁶ Det låter ganska rättvist tycker jag.

Några principkollisioner på annan nivå

Det är möjligt att en nyanserad syn på rättighetsbegreppet levandegör andra rättsprinciper längre ner i hackordningen och att tillämparens umgänge med dessa blir mer otvunget än det annars skulle ha varit.²⁷ Men jag är inte säker på om praxis egentligen innebär några principiella nyheter. Ytterligare studier av förmögenhetsrättslig praxis krävs än dem jag ännu mäktat med.

Det är tydligt att en lexikaliskt grundad primär förståelse av en lagbestämmelse kan vika för en princip. Det uttrycks så att rättsregeln förstås med beaktande av principen, varför det hela framstår som en lagtolkningsfråga. NJA 1997 s. 211 gällde frågan om tillgångar som använts i ett enkelt bolag skulle ingå i bolagsmannens konkurs med eller utan avdrag för skulder på grund av verksamheten. HD utgick från en princip: ett enkelt bolag ”har sedan gammalt ansetts medföra endast obligationsrättsliga verkningar bolagsmännen emellan.” Vad som förekom i samband med tillkomsten av lagen om handelsbolag och enkla bolag gav inte något stöd för uppfattningen att principen skulle ändras. ”Hänvisningarna i 4 kap. 7 § [handelsbolagslagen] till bestämmelser i 2 kap. ... bör läsas med beaktande härav.” Minoriteten menade däremot att ett avsteg från principen följde av lagtexten och att lagtextens utformning inte gav utrymme för att tillämpa principen. Hanteringsprincipen att lagtexten bör följas ställdes mot sakprincipen om enkla bolags obligationsrättsliga verkningar således – och kanske mot en hanteringsprincip om koherens, med en fri läsning av fallet.

NJA 2006 s. 275 gällde fråga om tillämpning av övergångsbestämmelserna till 2003 års lagändringar avseende företagshypotek. Med min läsning av fallet låter det sig sammanfattas så att den sakligt sett rimligare tolkningen (bl.a. på grund av principer som inte framgår av lagtext eller

²⁶ Dworkin skulle nog ha sagt att en förmögenhetsförskjutning till den enskildes nackdel på grund av ”brute bad luck” inte är godtagbar utifrån hans ”metanorm”. Se bl.a. Ronald Dworkin, ”Equality, Luck and Hierarchy”, 31 *Philosophy & Public Affairs*, s. 190 (2003) och Debra Satz, *Why Some Things Should Not Be for Sale*, s. 293 (2010) om Dworkins försök att amalgamera sin jämlikhetsteori med marknadsekonomi.

²⁷ Sätillvida kan Fredrik Wersäll (se not 12 ovan) ha en poäng, men det var nog inte dessa fall han främst ville träffa med sin kritik.

motiv) kan ta över den "mest ordagranna" tolkningen. Jfr även NJA 2007 s. 455 (plenium) där en "etablerad sakrättslig princip" jämte förnuftsskäl för principen anfördes.

Slutsats

Vad tror jag då, om Jan Kleinemans fråga? HD:s avgörande i NJA 2005 s. 462 kan signalera en skeptisk hållning till den skandinaviska rättsrealismens betydelse i rättstillämpningen och den juridiska argumentationen. Men jag tror inte att HD har brytt sig om att bryta med någon rättsfilosofisk inriktning. Och ja; jag tror att man kan se en förändring i sättet att nalkas rättighetsbegreppet i följd av lagprövningsrätten, ett visst materiellt innehåll i rättsstatsbegreppet, Europakonventionens ställning som svensk lag och i följd av 2011 års ändringar i RF. Samtidigt har "rättigheterna" getts en positivistisk status som delvis minskar betydelsen av skillnaderna mellan Hart och Dworkin. I stället för frågan "vad är gällande rätt?" hamnar andra frågor i centrum för svåra fall: vad betyder det för den tvist som domaren har framför sig att avgörandet ska ske med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet – med åtföljande principiella och logiska bagage.