



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Jon Andreasson

## Principer

- Om begreppets betydelser och nyanser i det rättsliga språket

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Christian Dahlman

HT 2014

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Syfte och frågeställning	5
1.2 Metod och material	6
1.3 Avgränsning och disposition	7
<b>2 DEFINITIONER AV BEGREPPET</b>	<b>8</b>
2.1 Principen som rättskälla	8
2.2 Logiska särskiljningskriterier	8
2.3 Fundamental karaktär	8
2.4 Generalitet	9
2.5 Oskrivna normer	9
<b>3 PRINCIPEN SOM RÄTTSKÄLLA</b>	<b>10</b>
3.1 Principen, erkänningsregeln och den sociala tesen	11
3.1.1 Principens epistemologi	12
3.1.2 Karaktären av principens relevans	13
3.1.3 Den sociala tesen omdefinierad	14
3.2 Principen som norm och rättskälla	16
<b>4 LOGISKA SÄRSKILJNINGSKRITERIER</b>	<b>18</b>
4.1 Dworkin	18
4.2 Alexy, optimeringskrav och värden	20
4.3 Deontiska, axiologiska och antropologiska praktiska satser	21
4.3.1 Principer, värden, riktlinjer och tumregler	22
4.4 Rättigheter som principer i svensk kontext	24

4.5	Habermas kritik	25
4.6	Sammanfattande reflexion	26
<b>5</b>	<b>PRINCIPENS GENERALITET</b>	<b>28</b>
5.1	Principer som generella normer	28
5.2	Principer som generaliserade normer	29
5.2.1	Principer som en produkt av systematisering	29
5.2.2	Analog rättstillämpning	32
5.2.2.1	Direkt analogi	33
5.2.2.2	Allmän analogi	36
<b>6</b>	<b>OSKRIVNA NORMER</b>	<b>37</b>
6.1	Särskilt om hanteringsregler	37
6.1.1	Hanteringsregler och rättspositivistiska grundsatser	39
<b>7</b>	<b>PRINCIPENS ROLL OCH FUNKTION</b>	<b>41</b>
7.1	Koherens	41
7.2	Regeltolkning	44
7.3	Regelutfyllning	46
7.4	Kritik och självreglering	46
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>49</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>52</b>

# Summary

The essay examines the different meanings and nuances of the concept of the *principle* in legal language. The basic thesis of the essay is that some legal practical sentences are labelled principles because they somehow differ from the typical legal rule. The typical legal rule is defined as a conditional, deontic sentence in the institutional sources of law.

Five different criteria of distinguishing the principle from the typical legal rule is identified and discussed: the principle as a source of law, the logical criterion of distinction, the fundamental character of the principle, the generality of the principle and the principle as an unwritten norm.

The use of principles in legal argumentation gives rise to problems concerning the social thesis that valid law can be determined with references to social facts. The first problem in this matter has to do with the epistemology of principles. Principles are dependent on their institutional support, i.e. their relevance as a principle of law is backed up by arguments from the institutional sources of law. The sources can be determined with references to social facts. However, the link between the principles and these sources are sometimes too weak to give the principles a clear and predictable status. The second problem in this matter has to do with the ontology of the principle, and can be linked with the logical criterion of distinction. Principles sometimes have a dimension of weight. The application of them will in these cases be a matter of evaluative balancing which cannot be determined with references to social facts.

It is argued that principles fill the following functions in the legal system. They create *coherence* and meaning in the system. This function is connected to the fact that principles in many cases are summaries of a greater legal material. Principles also fill the function of *rule interpretation*. When a legal rule is found to be an example of a legal principle it affects the interpretation of this rule. In unregulated cases principles also have the function of *filling the gaps* between rules. In these cases the principles has the character of a source of law, which is common in analogue application of law. When principles are used in rule interpretation and when principles are used for filling the gaps between the rules, they contribute to coherence in the legal system. These functions help to make the legal system a continuous narrative. Finally, it is argued that principles fill the function of *criticism* and *self-regulation* of the legal order. This function has to do with the fundamental character of principles as a criterion of distinguishing them from the typical legal rule. In some cases principles can be described as sedimented norms. This means that they are a *habitus* of the lawyers, as internalized (sometimes unreflective) norms. Principles represents in this respect a stumbling block towards totalitarianism, and can be said to have taken over the role as the standards of *ius naturale* had in a medieval legal system, independent of a metaphysical moral realism.

# Sammanfattning

Uppsatsen undersöker principbegreppets olika nyanser och betydelser i det rättsliga språket. Den grundläggande tesen är att vissa rättsliga praktiska satsar får epitetet princip, på grund av att de på ett eller annat sätt skiljer sig från den typiska rättsregeln. Den typiska rättsregeln definieras som en konditional, deontisk sats som återfinns i de institutionella rättskällorna.

Fem olika särskiljningskriterier mellan principen och den typiska rättsregeln identifieras och diskuteras; principen som rättskälla, det logiska särskiljningskriteriet, principens fundamentala karaktär, dess generalitet samt principen som oskriven norm.

Bruket av principer i rättslig argumentation ger upphov till problem i förhållande till den sociala tesen om att gällande rätt kan fastställas med hänvisning till sociala fakta. Det första problemet i detta hänseende har att göra med principens epistemologi. Principer framställs med argument hämtade från institutionella rättskällor, vilka kan fastställas med hänvisning till sociala fakta. Principernas koppling till dessa institutionella rättskällor är emellertid ibland så pass svag att principernas ställning och relevans blir otydlig och oförutsebar. Det andra problemet gällande principer och den sociala tesen har att göra med principens ontologi, och kan kopplas samman med det logiska särskiljningskriteriet. Principer erhåller i vissa situationer en viktdimension. Tillämpningen av dem blir i dessa situationer en värderande balansering som inte kan fastställas med hänvisning till sociala fakta.

Det argumenteras för att principerna fyller följande funktioner i rättssystemet. De skapar *koherens*, inre sammanhang och mening i systemet, vilket hänger samman med att många principer framställs genom en sammanställning av ett större rättsligt material. De har också en *regeltolkande* funktion. Att en rättsregel konstateras ge uttryck för en viss rättsprincip påverkar tolkningen av denna rättsregel. I oreglerade fall har principerna även en *regelutfyllande* funktion. I dessa situationer får principerna en rättskällekaraktär, vilket är vanligt bland annat vid analog rättstillämpning. Såväl principernas regeltolkande funktion som deras regelutfyllande d:o bidrar till deras koherensskapande roll. Dessa funktioner bidrar till att göra rättssystemet till ett sammanhängande narrativ. Slutligen argumenteras för att principerna har en funktion som *kritikunderlag* och *självreglering* i rättssystemet. Denna funktion hänger samman med principernas fundamentala karaktär som särskiljningskriterium i förhållande till den typiska rättsregeln. I vissa fall utgör principerna en slags sedimenterade normer. Detta innebär att de blir en juristernas *habitus*, som internaliserade (ibland oreflekterade) normer. Principerna utgör i detta avseende en slags bromskloss mot totalitarism, och kan sägas ha övertagit rollen som normerna i *ius naturale* hade i ett medeltida rättssystem, oberoende av en metafysisk värde realism.

# Förord

Följande personer har på olika sätt bidragit till tillkomsten av den här uppsatsen. De förtjänar ett stort tack! Min handledare Christian Dahlman. Elina. Uta Bindreiter. Sacharias Votinius. Alexander. Mamma och pappa.

Tack!

Juridicum, januari 2015

*Jon Andreasson*

# Förkortningar

a.a.	Anfört arbete
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BrB	Brottsbalk (1962:700)
EKMR	Europakonventionen
EU	Europeiska Unionen
FB	Föräldrabalk (1949:381)
f.	Följande sida
ff.	Följande sidor
HD	Högsta Domstolen
Ibid.	Ibidem, på samma ställe
MB	Miljöbalk (1998:808)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OSL	Offentlighets- och sekretesslag (2009:400)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SvJT	Svensk juristtidning
UB	Utsökningsbalk (1981:774)

# 1 Inledning

In any closely reasoned problem, whether legal or non-legal, chameleon-hued words are a peril both to clear thought and to lucid expression.<sup>1</sup>

- Wesley Newcomb Hohfeld

Rättsystemet kan i någon mening sägas bestå av en uppsättning rättsliga praktiska satser. Själva urtypen för den rättsliga praktiska satsen är den typiska rättsregeln. Den typiska rättsregeln är en konditional deontisk sats, som återfinns i de etablerade rättskällorna, med en uppsättning rekvisit som ställs upp som villkor för att en viss rättsföljd skall inträffa.

I det rättsliga språket förekommer dock även begreppet *princip* i en mängd olika avseenden. I vissa situationer används begreppet på ett sätt som motsvarar en slags vardagsbetydelse. I andra situationer används begreppet i syfte att särskilja principen från regeln. Kriterierna för särskiljandet mellan de båda kategorierna *regel* och *princip* förefaller variera. Det är begreppet princip i denna betydelse som är av intresse för förevarande uppsats, dvs. principen som en rättslig praktisk sats, som får sitt epitet på grund av att den innehar någon form av särskiljningskriterium i förhållande till den typiska rättsregeln.

Dessa särskiljningskriterier är av olika karaktär, vilket leder till en begreppsförvirring när frågan om principer i rättssystemet behandlas. Denna begreppsförvirring tilltar av det faktum att andra begrepp än *princip* används åsyftande praktiska rättsliga satser som präglas av dessa särskiljningskriterier. Begrepp som *grundsats*, *riktlinje*, *tumregel* och *värde* är exempel på detta. Bekymret med denna begreppsförvirring är att principernas roll och funktion i rättssystemet ger upphov till vissa rättsfilosofiska problem. Dessa problem är komplexa nog, och förutsättningarna för en konstruktiv debatt angående dem minskar på grund av att principbegreppet uppträder i olika betydelser.

## 1.1 Syfte och frågeställning

Som förhoppningsvis kommer att visas i uppsatsen används begreppet princip i ett antal olika betydelser i rättssystemet. Det övergripande syftet med uppsatsen är att påvisa de olika särskiljningskriterierna som kan vara avgörande för att vissa rättsliga praktiska satser benämns principer, samt att diskutera de rättsfilosofiska problem som kan uppstå i samband med de olika kategorierna.

Den övergripande frågeställningen för uppsatsen kan sägas vara:

- Vad är principens roll och funktion i det svenska rättssystemet?

---

<sup>1</sup> Återgivet i Alexy, Robert, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, New York, 2010 sid. 15



Frågans svar kräver först och främst en definition av begreppet. Centralt för definitionen är att utreda principens karaktär i förhållande till särskiljningskriterierna. Därefter krävs en utredning om de olika definitionernas rättsfilosofiska konsekvenser. Ett centralt problem i detta hänseende är möjligheterna att tala om principernas rättsliga relevans, och samtidigt upprätthålla den sociala tesen om att gällande rätt kan fastställas med hjälp av sociala fakta.

Förhoppningsvis kommer uppsatsen att kunna ses som ett inlägg i den debatt som under de senaste decennierna pågått om principens karaktär i rätten, och kanske kan de föreslagna uppdelningarna och kategoriseringarna i uppsatsen vara ett litet bidrag på vägen mot en något mindre kameleontartad nomenklatur.

## 1.2 Metod och material

Denna uppsats är skriven i ämnet allmän rättslära. Detta innebär att dess metod skiljer sig avsevärt från rättsdogmatiska uppsatser. Peczenik hävdar att den allmänna rättslärans centrala del utgör en vetenskap *om rättsdogmatiken och rättstillämpningen*.<sup>2</sup> Detta projekt omfattar enligt Peczenik en beskrivning av den juridiska metoden, en analys av juridiska grundbegrepp, en utvärdering av dessa uppgifter, begrepp och argument, samt förbättringsförslag och rättsfilosofiska synpunkter på dessa. I denna mening kan den allmänna rättslärans uppgift sägas vara att skapa ett tillräckligt stabilt fundament för rättsdogmatiken och rättstillämpningen, på samma sätt som filosofin försöker skapa en grund för vetenskapen att stå på. Uppsatsens övergripande syfte är att analysera ett grundläggande begrepp som flitigt används i rättsdogmatiska framställningar – och som potentiellt kan skapa problem för en rättspositivistisk förståelse av rätten. I denna uppgift används alltså dels en begreppsanalytisk metod och dels framförs rättsfilosofiska synpunkter på detta begrepp.

Många av de frågeställningar som kommer att diskuteras i uppsatsen knyter an till ett antal rättsfilosofiska debatter som pågått de senaste decennierna. Problemformuleringarna är i hög grad hämtade från Ronald Dworkins attack på H.L.A Harts version av rättspositivism. Dworkins teori har i sin tur kritiserats och utvecklats, bland andra av Joseph Raz, Robert Alexy och Jürgen Habermas. Dessa debatter, i kombination med Kaarlo Tuoris teori om rättsordningens olika nivåer, ligger till grund för den diskussion som kommer att föras i uppsatsen om de problem som principerna skapar i förhållande till rättspositivismen.

De delar som berör principernas roll vid analog rättstillämpning baseras primärt på Åke Frändbergs och David Reidhavs avhandlingar.

Ett problem som hänger samman med uppsatsens val av metod och material är att de debatter som uppsatsen förhåller sig till har andra rättsordningar än den svenska som sitt hemvist. Frågeställningarna är dock

---

<sup>2</sup> Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995, sid 5

så pass allmängiltiga att de (till stor del) äger relevans även här. Detta är dock ett förhållande man bör ha i åtanke.

Vad gäller framställningen av rättsdogmatik och rättstillämpning i ett svenskt sammanhang ligger primärt tre verk till grund för analysen; Peczeniks *Vad är rätt?*, Strömholms *Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning* samt Koling och Sambonis et al, *Juridikens Metodlära*.

## 1.3 Avgränsning och disposition

Såväl de problem som diskuteras i uppsatsen som det material som har avhandlat dessa problem är mycket omfattande. Detta leder till att en avgränsning måste göras. Denna avgränsning kan med rätta kritiseras för att vara subjektiv – men inte godtycklig! Materialet har valts ut efter en bedömning av dess relevans i förhållande till frågeställningens karaktär. I detta urval har även de olika författarnas inflytande över den rättsfilosofiska diskursen beaktats.

Begreppet *princip* är som nämnts mångfacetterat och används åsyftande rättsliga praktiska satsar av olika karaktär i rättssystemet. En avgränsning i detta avseende görs i förhållande till såväl EU-rätten som folkrätten, där principer spelar en viktig roll. I uppsatsen behandlas endast principens roll och funktion i det inhemska svenska rättssystemet.

I kapitel 2 kommer olika definitioner av begreppet princip att ges. Principer definieras genom att lista upp de särskiljningskriterier i förhållande till den typiska rättsregeln som ger principen dess epitet. Förhoppningsvis kan dessa särskiljningskriterier utgöra en slags röd tråd genom uppsatsen. I kapitel 3 behandlas principernas förhållande till (de institutionella) rättskällorna, kapitel 4 berör principernas logiska särprägel, kapitel 5 deras generalitet och kapitel 6 deras oskrivna natur. Det enda särskiljningskriteriet som inte behandlas i ett eget kapitel är alltså principernas fundamentala karaktär. Istället kommer principernas fundamentalitet att löpande diskuteras i övriga kapitel.

I kapitel 7 ges ett svar på den övergripande frågeställningen i uppsatsen om principernas roll och funktion i det svenska rättssystemet, baserat på den föregående avhandlingen.

## 2 Definitioner av begreppet

Som nämnts i inledningen är intresset för uppsatsen begreppet *princip* i de avseenden då det används för att särskilja principen från den typiska rättsregeln. Nedan kommer ett antal särskiljningskriterier att listas. Författaren lägger ingen värdering i de olika särskiljningskriterierna. Istället är kapitlet att betrakta som ett försök att identifiera olika omständigheter som ger vissa satser i det rättsliga språket epitetet *princip*. I vissa fall har principen flera av de nedan listade särskiljningskriterierna, i andra fall endast en av dem. De nedan uppräknade särskiljningskriterierna är alltså inte att betrakta som olika kategorier eller definitioner av principbegreppet, utan endast olika karaktärsdrag som ger principen sitt epitet.

### 2.1 Principen som rättskälla

Såväl i det EU-rättsliga landskapet som i internationell rätt är de allmänna rättsprinciperna (*general principles of law*) en erkänd rättskälla. I uppräknningar av de svenska rättskällorna brukar allmänna rättsprinciper att utelämnas. I uppsatsen kommer att argumenteras för att allmänna rättsprinciper i svensk rätt i vissa situationer har funktionen som en egen rättskälla. I förhållandet mellan principen och rättskällan uppstår epistemologiska problem om hur man skall avgöra vilka principer som är rättsligt relevanta och vilka principer som inte är rättsligt relevanta.

### 2.2 Logiska särskiljningskriterier

I den intensiva debatt som pågått under de senaste decennierna om skillnaden mellan regler och principer i Dworkins och Alexys efterföljd, har det logiska särskiljningskriteriet varit centralt. De logiska särskiljningskriterierna varierar från författare till författare, men vanligen beskrivs *regeln* som en definitiv standard medan *principen* får en dimension av vikt eller karaktären av ett optimeringskrav. Begrepp som är närliggande med principer i denna betydelse är exempelvis *intressen*, *behov*, *riktlinjer* och *värden*.

### 2.3 Fundamental karaktär

Vissa normer synes benämnas som principer på grund av deras fundamentala karaktär. De får då begreppet princip på grund av att de anses vara särskilt viktiga eller grundläggande för ett särskilt rättsområde. Ordet princip härstammar från latinets *principium*, som betyder ungefär *det första*,

*utgångspunkten* eller *något grundläggande*.<sup>3</sup> När rättsliga normer benämns som principer på grund av sin grundläggande natur, så är betydelsen alltså närliggande den etymologiskt korrekta definitionen av begreppet.

## 2.4 Generalitet

Särskiljningskriteriet generalitet kan delas in i två kategorier. Det har hävdats att principer skiljer sig från regler på grund av att de har en *högre grad av generalitet* än regler. Ju generellare en norm är, desto fler situationer kan subsumeras under dess tillämpningsområde, och vice versa för mer specifika normer. Skillnaden skulle i sådana fall inte vara frågan om en artskillnad, eller en logisk skillnad, mellan regler och principer, utan en fråga om grader. Var gränsen mellan den mindre generella regeln och den mer generella principen går blir då en svårbedömd gradskillnad.

Ett annat sätt att särskilja principen från regeln är att beskriva principen som en *generalisering* av de mer specifika rättsreglerna. I såväl rättsvetenskapen som i rättstillämpningen kan normerna i de institutionella rättskällorna generaliseras till en mer övergripande och generell norm. Den generaliserade normen benämns då som en allmän rättsprincip eller en allmän rättsgrundsats. Antingen kan *en* regel generaliseras till en mer övergripande norm, eller så kan *flera* regler sammanfattas i en generell norm.

Denna typ av principer fyller en viktig funktion i den analoga rättstillämpningen och får då en närliggande funktion som de allmänna rättsprinciperna som en egen rättskälla.

## 2.5 Oskrivna normer

Vissa principer får sitt epitet endast på grund av att de inte har tillkommit på samma sätt som övriga rättsliga normer. De kan till exempel vara en produkt av rättsvetenskapen eller rättstillämpningen. Så är exempelvis fallet med *traditionsprincipen*. Den har vare sig den fundamentala karaktär eller logiska särprägel som kännetecknar allmänna rättsprinciper i andra avseenden. Till denna grupp kan även oskrivna hanteringsregler av typen *lex specialis derogat legi generali*, samt rättskälleprinciperna hänföras.

---

<sup>3</sup> Sundby, Nils Kristian, *Om normer*, Univ.-forl., Diss. Oslo : Univ.,Oslo, 1974 sid. 197f

### 3 Principen som rättskälla

I detta kapitel kommer principens karaktär som rättskälla att definieras och avhandlas. Vidare kommer de rättsfilosofiska problem som är knutna till förhållandet mellan principerna och rättskällorna att diskuteras. Ett särskilt fokus kommer att riktas mot problem som kan uppstå avseende principernas rättsliga karaktär i förhållande till den så kallade sociala tesen.

I såväl den internationella rätten som i det EU-rättsliga landskapet erkänns explicit *general principles of law* (allmänna rättsprinciper) som en egen rättskälla. Så är även fallet för en mängd kontinentaleuropeiska staters nationella rättssystem.<sup>4</sup> I svenska uppräknings av rättskällor brukar rättsprinciperna utelämnas. För att kunna utreda principens förhållande till rättskällorna måste först och främst en definition av begreppet rättskälla tillhandahållas. Traditionellt definieras rättskällorna som de källor *varifrån tillämpliga rättsregler i ett enskilt fall är att hämta*<sup>5</sup>, varefter dessa källor listas upp. Denna lista omfattar vanligen lag, prejudikat och förarbeten. Med olika beskrivning och i olika roller brukar även doktrin, sedvana och handelsbruk inkluderas i listan av rättskällor.

I uppsatsen kommer att argumenteras för att principerna har en mängd olika roller och funktioner i rätten.<sup>6</sup> Till dessa hör principens *regelutfylldande* egenskaper. Att principer ibland kan verka regelutfylldande innebär bland annat att de kan användas som det definitiva skälet för avgörandet av ett mål.<sup>7</sup> Så är exempelvis fallet när en regel generaliseras till en allmän rättsgrundsats (rättsprincip), eller när flera regler sammanställs till att sägas ge uttryck för en allmän rättsgrundsats (rättsprincip), och att dessa generaliserade principer sedan används för att avgöra målet. Det är även möjligt att argumentera för att principerna används som en rättskälla i de situationer då de används för att göra enskilda undantag från regler eller för att ligga till grund för skapandet av nya regler. I dessa situationer är principernas rättskällestatus mindre tydlig, då de istället kan sägas användas till tolkning eller modifiering av redan existerande regler.<sup>8</sup> Huruvida principen, när de har denna roll, är att betrakta som rättskällor (som regelutfyllnad) eller om de istället används för att tolka redan befintliga rättskällor, dvs. att de opererar i rättstillämpningsfasen, beror i hög grad på hur man väljer att definiera begreppet rättskälla.

Utan att ta ställning i denna fråga, kan vi konstatera att svenska domare ibland uttrycker sig på ett sätt som förutsätter principernas rättskällestatus. Formuleringar som *det får anses följa av allmänna rättsprinciper att...* eller *på grund av brist på uttryckliga regler får målet avgöras med hänsyn till allmänna rättsprinciper* är exempel på detta. Om vi accepterar definitionen av en rättskälla att det är de källor varifrån tillämpliga rättsregler i ett enskilt

---

<sup>4</sup> Hoecke, M. V. *The Use of Unwritten Legal Principles by Courts*. Ratio Juris, 8, 1995, sid 248f

<sup>5</sup> Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*, 5., [uppdaterade och bearb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 1996 sid. 311

<sup>6</sup> Se kapitel 7

<sup>7</sup> Raz, Joseph. *Legal principles and the limits of law*, Yale Law Journal, 1972, sid. 841

<sup>8</sup> Ibid 839f

fall är att hämta, och ser att vissa enskilda fall hämtar sina tillämpliga rättsregler från allmänna rättsprinciper måste vi inkludera de allmänna rättsprinciperna i listan av rättskällor. I samband med denna slutsats uppstår tre grundläggande rättsfilosofiska problem. Den första frågan att besvara är huruvida de allmänna rättsprinciperna kan fångas i en övergripande metanorm likt erkänningsregeln för att särskilja rättsligt relevanta allmänna rättsprinciper från rättsligt irrelevanta. En närliggande fråga är huruvida den rättspositivistiska grundsatsen om den sociala tesen är förenlig med användandet av allmänna rättsprinciper i rättstillämpningen. Den sociala tesen säger att gällande rätt kan fastställas med enbart faktueella kriterier.<sup>9</sup> Det tredje problemet rör paradoxen i att samtidigt beskriva allmänna rättsprinciper både som normer och som rättskälla.

### 3.1 Principen, erkänningsregeln och den sociala tesen

Rättspositivismen i H.L.A Harts efterföljd särskiljer rättsliga normer från icke-rättsliga genom en övergripande metanorm som, på grund av deras ursprung, utpekar vissa normer som rättsliga och andra som icke-rättsliga.<sup>10</sup> Så är exempelvis en rättsnorm i lag en rättsnorm på grund av att den har sitt ursprung i ett riksdagsbeslut, en rättsnorm i ett prejudikat därför att den har sitt ursprung i ett beslut av en prejudikatinstans osv. Erkänningsregeln kan vara enkel (ett exempel på en enkel erkänningsregel skulle vara att *de normer som beslutats i behörig ordning av riksdagen är rättsligt bindande*) eller omfattande och komplex (i svensk kontext kan 8 kap. RF i kombination med de i doktrinen utvecklade lärorna om rättskällorna ses som en omfattande och komplex erkänningsregel). Den grundläggande poängen med erkänningsregeln är emellertid att det rättsligt relevanta materialet kan avskiljas från det rättsligt irrelevanta materialet genom att peka på faktueella kriterier.<sup>11</sup> Huruvida en rättsnorms ursprung är ett riksdagsbeslut, ett beslut av prejudikatbildande instans eller ur sedvana eller handelsbruk är en fråga om sociala fakta.

När vi diskuterar rättskällorna och den sociala tesens förhållande till rättsprinciperna uppstår en rad rättsfilosofiska problem. Det första problemet är av epistemologisk karaktär. Hur kan vi veta att en viss princip är rättsligt relevant i ett givet fall? Kan detta knytas till någon form av socialt faktum? Det andra problemet har med principernas *logiska* karaktär att göra. Principer har av Dworkin beskrivits som viktdimensionella normer. Detta kommer vi att återkomma till i nästa kapitel. Här kommer vi endast gå in på problematiken denna beskrivning av principerna får i förhållande till den sociala tesen.

---

<sup>9</sup> Spaak, Torben, "Rättspositivism och juridisk metod", ingår i, *Juridisk metodlära*, Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.) 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013 sid. 55

<sup>10</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, 3. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, sid. 100f

<sup>11</sup> Spaak, Torben, 2013, a.a. sid. 55f

### 3.1.1 Principens epistemologi

För att kunna foga in en lära om principernas roll och funktion i rätten med respekt för de rättspositivistiska grundsatserna måste vi först reda ut rättsprincipernas epistemologi. Principer uppträder i olika betydelser och med olika roller i rätten. Ett grundläggande krav för principernas rättsliga relevans är emellertid att de har *institutionellt stöd*.<sup>12</sup> Med detta menas att de på ett eller annat sätt kan härledas ur de institutionella rättskällorna, ur lag, förarbeten och prejudikat. Denna typ av allmänna rättsprinciper kan benämnas *strukturella* allmänna rättsprinciper.<sup>13</sup> Exempelvis kan en mängd specifika rättsregler och prejudikat tillsammans sägas ge uttryck för en och samma övergripande allmänna rättsprincip. Detta kommer vi att återkomma till i kapitlet om principens generalitet.

Det institutionella stödet kan delas in i två typer; antingen kan en viss princip institutionella stöd vara direkt, genom att den är manifest i lagstiftningen eller fastställd i en rättsregel i ett prejudikat. Enligt Aarnio är exempelvis de konstitutionella mänskliga fri- och rättigheterna och de *principliknande* generella normerna, såsom 36 § AvtL (dessa båda normkategoriers principkaraktär kommer vi att återkomma till nedan) exempel på manifesta principer i de institutionella rättskällorna.<sup>14</sup> Ett annat slags institutionellt stöd kan beskrivas som en slags *acceptans*, vilken primärt återspeglas i prejudikaten. Det är dock viktigt att komma ihåg att denna form av acceptans för en viss rättsprincip sällan uttrycks explicit i domskälen.<sup>15</sup> Eftersom rättsprincipens institutionella stöd på grund av acceptans sällan går att utläsa explicit i domskälen kan de strukturella allmänna rättsprinciperna beskrivas som ett slags gömda axiom i rättsordningen.<sup>16</sup> Om vi, exempelvis, vill argumentera för att den svenska rättsordningen respekterar ekvivalensprincipen i avtalsförhållanden, så kan vi inte finna något avgörande som explicit hänvisar till principen i sina domskäl. Däremot kan det argumenteras för att en mängd avgöranden tagit avsevärd hänsyn till bristande ekvivalens i parternas prestationer.<sup>17</sup> Dessa avgöranden kan sedan anföras som argument för ekvivalensprincipens ställning i svensk rätt. På detta sätt kan ekvivalensprincipen sägas vara rättsligt relevant på grund av institutionellt stöd genom acceptans, och vikten av ekvivalens kan sägas vara ett gömt axiom i det svenska rättssystemet.

Givet dessa epistemologiska utgångspunkter är således frågan, om huruvida rättsprinciperna kan fogas in under en övergripande metanorm likt erkänningsregeln, samt huruvida relevanta rättsprinciper kan fastställas genom enbart faktuell kriterier. Dworkins uppfattning är att, trots att principerna (åtminstone i många fall) har ett institutionellt stöd, så är

---

<sup>12</sup> Aarnio, Aulis., *Essays on the Doctrinal Study of Law* [Elektronisk resurs], Springer Netherlands, Dordrecht, 2011 sid. 162f

<sup>13</sup> Hoecke, M. V., 1995, a.a. sid. 251

<sup>14</sup> Aarnio, Aulis, 2011, a.a. sid. 162f

<sup>15</sup> Ibid. sid. 162f

<sup>16</sup> Hoecke, M. V. 1995, a.a. sid. 251

<sup>17</sup> För ett exempel på en genomgång av ekvivalensprincipens betydelse i svensk rätt, se Dotevall, Rolf, *Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal*, SvJT 2002 s 443

kopplingen till det institutionella materialet inte tillräckligt direkt eller enkel, för att kunna fogas in under en erkänningsregel, ens om denna erkänningsregel skulle vara mycket omfattande och komplex. Inte heller kan en erkänningsregel formuleras som *direkt* inkluderar rättsprinciperna som gällande rätt. Detta skulle innebära att erkänningsregeln skulle vara tvungen att formulera alla de principer som är rättsligt relevanta i ett givet rättssystem *samt* den relevans dessa principer har i varje situation. Att formulera en erkänningsregel som säger att *allmänna rättsprinciper* är en del av *gällande rätt* är endast en tautologi, analog med att formulera en erkänningsregel som stipulerar att *gällande rätt* är *gällande rätt*. Erkänningsregeln skall peka ut en källa, omfattande sociala fakta, som ger de normer som tillkommit genom denna källa sin rättsliga giltighet. Allmänna rättsprinciper är inte en sådan källa. Att istället formulera en erkänningsregel som pekar ut alla relevanta allmänna rättsprinciper samt deras respektive relevans i varje given situation skulle innebära att regeln skulle vara obsolet innan den är färdigformulerad.<sup>18</sup>

Alchourrón och Bulygin hävdar i *Normative Systems* att man måste skilja mellan begreppen *rättsordning* och *rättssystem*.<sup>19</sup> Rättsordningen är den uppsättning rättsliga satser som kan sammanfogas under ett övergripande identifikationskriterium (exempelvis erkänningsregeln). Rättssystemet däremot, uppstår när dessa rättsliga satser systematiserats och satts i relation till varandra. Rättsordningen är alltså en slags maktordning, medan rättssystemet är ett system, som uppstår när ett subjekt tolkar och behandlar det råmaterial som rättsordningen utgör. Det är i övergången mellan rättsordning och rättssystem som de flesta rättsprinciper formuleras, med institutionellt stöd, dvs. grundat i rättsordningens material. Erkänningsregeln, som utpekare av en källa eller ett ursprung, bestående av sociala fakta, som särskiljande mellan det rättsligt relevanta och det rättsligt irrelevanta, omfattar endast rättsordningens råmaterial, anser Alchourrón och Bulygin. Om vi accepterar att rättsprinciperna uppstår i de juridiska praktikernas tolkning och tillämpning av det rättsliga råmaterialet i rättsordningen, dvs. i en slags juristernas *sedvana*, kan inte detta sägas vara ett socialt faktum, som erkänningsregeln kan omfatta? Detta är teoretiskt fullt möjligt, även om problemet med en erkänningsregel som omfattar sedvanor som sociala fakta vilka ger rättsnormer sin rättsliga giltighet har det problemet att *omfattningen* och *karaktären* av de normer som utvecklats i en sedvana per definition blir mer kontroversiella och oförutsägbara än de normer som tillkommit genom ett beslut. Vi kommer att återkomma till detta problem i kapitel 6 nedan.

### 3.1.2 Karaktären av principens relevans

Ovan har vi berört problem rörande principernas epistemologi i förhållande till erkänningsregeln och den sociala tesen. Slutsatsen vi kan dra av denna korta redogörelse är att det grundläggande problemet med epistemologin

---

<sup>18</sup> Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard Univ.Press, Cambridge, Mass., 1977 sid. 43

<sup>19</sup> Alchourrón, Carlos E. & Bulygin, Eugenio, *Normative systems*, Wien, 1971, sid. 74



rörande rättsprinciperna och den sociala tesen, är att det institutionella stöd som en princip kräver för att anses vara rättsligt relevant ibland är så pass indirekt och otydligt att principernas rättsliga karaktär blir ständigt kontroversiell. En annan orsak till kontrovers avseende principernas förhållande till de rättspositivistiska grundsatserna är *karaktären* av deras relevans. Dworkin beskriver principer som normer med viktdimension. Med detta menar han att principerna ges relevans, inte på grund av deras ursprung eller andra faktueella kriterier, utan på grund av deras *innehåll*. Dworkin hävdar att principerna visserligen kan skönjas i det rättsliga materialet (dvs. i de institutionella rättskällorna), men att de äger sin tillämplighet och sin relevans på grund av att de är *a requirement of justice or fairness*.<sup>20</sup> Detta är grunden i Dworkins attack mot rättspositivismen. Principernas relevans beror inte på någon form av tidigare beslut på vilket vi kan blicka tillbaka. Istället får principerna sin relevans på grund av sin lämplighet eller rimlighet (*appropriateness*), vilken utvecklas i den rättsliga praktiken och i offentligheten över tid.<sup>21</sup> Om detta stämmer, dvs. att principernas relevans beror på deras angelägenhet eller vikt, så måste vi förkasta den sociala tesen, att gällande rätt kan fastställas med hjälp av faktueella kriterier. I nästa kapitel kommer vi att se exempel på hur principer i svenska domstolar avvägs mot andra principer och andra normer med viktdimension. I denna typ av rättstillämpning ges principerna relevans efter sin angelägenhet, dvs. på grund av deras innehåll. Detta faktum gör det svårt att stå fast vid att gällande rätt kan fastställas med hjälp av enbart faktueella kriterier. Ingen kan peka på ett socialt faktum som anger att en princip är starkare än en annan. Rättstillämpning genom balansering är istället en rättstillämpning genom *värdering*.

### 3.1.3 Den sociala tesen omdefinierad

Ett sätt att försöka lösa problemet med principernas karaktär och den sociala tesen är att dela upp den sociala tesen i en stark och i en svag version, samt att dela upp dess tillämplighet på rättskällennivå och rättstillämpningsnivå.<sup>22</sup> Den starka sociala tesen säger att rätten bestäms med *uteslutande* faktueella kriterier, och att förekomsten av etiska (värderande) faktorer kan förstås genom att domaren bemyndigas att genom judiciellt skön skapa ny rätt. Den svaga sociala tesen säger att kriterierna *väsentligen* är faktueella, men att domaren ibland kan använda etiska överväganden vid fastställandet av rätten.<sup>23</sup> Den sociala tesen, inskränkt till rättskällennivå, stipulerar att relevanta rättskällor kan pekas ut med hjälp av enbart faktueella kriterier, medan den sociala tesen omfattandes såväl rättskälle- som rättstillämpningsnivå stipulerar att även rättstillämpningens principer kan pekas ut med hjälp av sociala fakta.

Om vi accepterar en stark social tes, men inskränker dess tillämpningsområde till rättskällennivån, kan vi lösa många av de problem

---

<sup>20</sup> Dworkin, Ronald, 1977, a.a. sid. 23

<sup>21</sup> Ibid. sid. 40

<sup>22</sup> Spaak, Torben, 2013, a.a. sid. 68ff

<sup>23</sup> Ibid. sid. 57

som principernas roll i rätten ställer till. I uppsatsen kommer att argumenteras för att principerna *dels* har en funktion som regeltolkare. Om vissa regler i de institutionella rättskällorna konstateras ge uttryck för en viss rättsprincip, påverkar detta tolkningen av nämnda regel. Den sociala tesens inskränkning till rättskällennivån löser således problematiken rörande principerna, i deras regeltolkande funktion. I uppsatsen argumenteras dock för att principerna också har en *regelutfyllande* roll. I denna funktion får principerna en rättskällekaraktär. Vi kommer att gå in närmare på denna funktion i kapitlet om principernas generalitet. Det faktum att principerna också, på detta sätt, uppträder som rättskällor, medför att problemet med principerna kvarstår, trots uppdelningen av den sociala tesen på rättskällennivå och rättstillämpningsnivå.

Om vi kan lyckas formulera en erkänningsregel som, på ett tillfredställande sätt, kan fånga in verksamheten att formulera relevanta rättsprinciper med institutionellt stöd, samt omfattning av deras relevans, i en uppsättning sociala fakta utgör principernas roll i rätten inget problem i detta hänseende. Det faktum att rättsprinciper (rättsgrundsatser) i svensk rätt används som det avgörande skälet för avgörandet av ett mål, samt att principen i denna roll synes erhålla relevans efter en avvägning av andra viktdimensionella praktiska satser, talar för att den starka sociala tesen (åtminstone i vissa, svåra fall) måste förkastas – såväl på rättskällennivå som på rättstillämpningsnivå.<sup>24</sup> Kan problemet då lösas genom att formulera en *svag social tes*? Den svaga sociala tesen stipulerar att kriterierna för fastställandet av gällande rätt är *väsentligen* faktuelle.<sup>25</sup> Med detta menas att domaren *ibland kan använda moraliska överväganden för att fastställa redan existerande rätt*.<sup>26</sup> I rättstillämpning genom balansering, vilket vi kommer att diskutera nedan, tillämpar domstolen en avvägningsslagverk där olika principer, värden och intressen avvägs mot varandra. Denna balansering utgör en *värderande* verksamhet, som kan sägas vara ett exempel på användande av moraliska överväganden. Att en sådan rättstillämpning förekommer får sägas vara ett ostridigt faktum. Slutsatsen av detta måste vara ett förkastande av den sociala tesen i stark version, såväl på rättskällennivå som på rättstillämpningsnivå. Rättstillämpning genom balansering får dock, trots allt, sägas vara ett undantag. De flesta mål avgörs utan att principer och andra relevanta praktiska satser avvägs mot varandra, utan istället genom tolkning och subsumtion under typiska rättsregler. Denna senare (vanligare) typ av rättstillämpning kan ske med upprätthållandet av den sociala tesen på såväl rättskälleplan som på rättstillämpningsplan. I denna mening kan vi alltså acceptera den svaga sociala tesen.

---

<sup>24</sup> Se nedan i analysen av NJA 2014 s. 332 exempelvis.

<sup>25</sup> Spaak, Torben, 2013, a.a sid.56f

<sup>26</sup> Ibid. sid. 57.

Egentligen är denna beskrivning något missvisande, då de flesta företrädare för den sociala tesen (däribland Hart) menar att moraliska överväganden kommer in i rättstillämpningen vid användandet av *discretion*, exempelvis vid tolkningen av regler med *open texture*. Moralen används då *inte* för att fastställa ”redan existerande gällande rätt” som något preexistent. Moraliska överväganden genom *discretion* fastställer enligt denna tanke inte något preexistent, utan används för att skapa ny rätt. Se exempelvis Hart, H. L. A. 2012, a.a. sid. 204f

## 3.2 Principen som norm och rättskälla

Det finns en paradox i att samtidigt beskriva allmänna rättsprinciper som både rättsnormer och rättskällor. Rättsnormerna måste ju legitimeras genom att stödja sig på en rättskälla. Om de allmänna rättsprinciperna beskrivs som en rättskälla kan rättsnormerna s.a.s. dras ur den allmänna rättsprincipen (som en rättskälla), exempelvis för att läggas till grund för en dom. Det finns alltså en motsättning i att samtidigt tala om rättsprinciper som rättskällor och som produkten av rättskällor.

Aarnio, som erkänner de allmänna rättsprinciperna som en rättskälla i Finland, hävdar att dessa principer direkt eller indirekt måste ha institutionellt stöd för att ges rättslig relevans.<sup>27</sup> Samtidigt exemplifierar han allmänna rättsprinciper som rättskällor med *pacta sunt servanda*, *Treu und Glaube* och *nulla poene sine lege*.<sup>28</sup> Dessa principer uttrycker enligt Aarnio oskrivna men giltiga rättsregler (*legal rules*). Allmänna rättsprinciper beskrivs av Aarnio som en del av en rättslig tradition som överförs av en generation till en annan, genom regler och beslut i det institutionella materialet, utan att vara explicit uttryckta i lagen.<sup>29</sup>

I svensk kontext är det av de exempel som Aarnio ger, endast *pacta sunt servanda* som inte finns explicit uttryckt i det institutionella materialet. *Treu und Glaube* återfinns i 33 § AvtL och principen om *nulla poene sine lege* återfinns såväl i RF som i BrB. Kan dessa normer, trots att de återfinns som regler i de institutionella rättskällorna, ändå sägas ha en samtidig och parallell funktion i rollen som rättskälla? Tuori skulle hävda att så är fallet. Han anser nämligen att normativa element i rättsordningen kan återfinnas på olika nivåer. Tuori beskriver rättsordningen som bestående av tre nivåer; ytnivån, rättskulturen och rättens djupstruktur.<sup>30</sup> Rättskulturen och rättens djupstruktur utgör djupare nivåer av rättsordningen. Såväl rättskulturen som rättens djupstruktur innehåller begreppsliga, normativa och metodologiska element. Juristernas kunskaper om innehållet på rättens ytnivå är en diskursiv kunskap, medan kunskapen om rättens innehåll i rättskulturen och djupstrukturen är praktisk. Med detta menas att den diskursiva kunskapen är en kunskap som uttrycks eller kan uttryckas språkligt. Praktisk kunskap utgör istället en slags kulturella självklarheter som vi blir varse först när våra dagliga rutiner rubbas.<sup>31</sup> Den moderna rättens djupstruktur är gemensam för alla (västerländska) moderna rättsordningar, medan rättskulturella skillnader kan finnas, exempelvis mellan civil-law och common-law-traditioner.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Aarnio, Aulis., 2011, a.a. sid. 162f

<sup>28</sup> Aarnio, Aulis, *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*, Reidel, Dordrecht, 1987 sid. 85f

<sup>29</sup> Ibid. sid. 86

<sup>30</sup> Tuori, Kaarlo, *Critical legal positivism*, Ashgate, Aldershot, 2002 sid. 147

<sup>31</sup> Tuori, Kaarlo, *Rättens nivåer och dimensioner*, Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet, Helsingfors, 2013 sid. 27f

<sup>32</sup> Tuori, Kaarlo, 2002, a.a. sid. 187

De allmänna rättsprinciperna återfinns, enligt Tuori, när de används som rättskällor, som normativa element i rättskulturen eller i rättens djupstruktur.<sup>33</sup> Detta, menar Tuori, är lösningen på paradoxen att allmänna rättsprinciper beskrivs både som normer och som rättskälla. När logiska skillnader mellan regler och principer debatteras (se kapitel 4 nedan), så behandlas de ofta som diskursivt formulerade normer på rättens ytnivå. När de allmänna rättsprinciperna behandlas som rättskällor, så behandlas de som normativa element i djupare lager av rättsordningen.<sup>34</sup>

Principernas väg till rättsordningens djupare lager beskrivs som en sedimentär process.<sup>35</sup> De allmänna rättsprinciperna, som normativa element i rättens djupare lager, har sitt ursprung som normer på ytnivån. Genom deras fundamentala karaktär har de, över tid, sedimenterats från ytnivån till rättskulturen eller djupstrukturen. Denna beskrivning av principerna stämmer överens med principernas fundamentala karaktär, vilken leder till att de återkommer i flera olika regler och avgöranden (dvs. deras generalitet). På detta sätt utgör de alltså en slags rättslig tradition, från en generation jurister till nästa.<sup>36</sup> Det stämmer också väl överens med Dworkins synpunkt att principernas relevans eller lämplighet utvecklas i offentligheten över tid.<sup>37</sup> Detta kan illustreras med hur Dworkin beskriver att det går till när en rättsprincip förlorar sin relevans; *they are eroded, not torpedoed*.<sup>38</sup> Dvs. rättsprinciper upphävs inte genom ett beslut (normalt sett), utan förlorar sin relevans genom att de eroderar och faller i glömska.

Tuoris distinktion mellan principer som normer på ytnivån och som normativa element i rättskulturen eller djupstrukturen, skapar klarhet i en begreppsförvirring som ibland är ganska tydlig i litteraturen. Den ger också en genomarbetad beskrivning av hur principernas epistemologi ser ut, dvs. hur det institutionella materialet (normerna på ytnivån), kan ligga till grund för formulerandet av relevanta rättsprinciper (sedimenteringsprocessen). Problemet med den sociala tesen kvarstår dock. Juristkårens sedimentering av en diskursiv kunskap om en norm på rättens ytnivå till praktiska kunskaper om samma norm i rättskulturen eller djupstrukturen, kan svårligen beskrivas som sociala fakta, som på ett förutsebart sätt kan fångas in i en övergripande metanorm som erkänningsregeln. Sedimenteringsprocessen och sedvanan har här ett gemensamt problem avseende den sociala tesen. Såväl sedimenteringsprocess som sedvana är sociala fakta. Karaktären av dessa fakta innebär dock att de normer som ges rättslig relevans på detta sätt, blir oförutsebara och kontroversiella. Tuoris teori kan dock på ett tydligt sätt klargöra principernas roll och funktion som underlag för kritik och självreglering av rättsordningen, vilket vi kommer att återkomma till i kapitel 7.

---

<sup>33</sup> Ibid. sid. 177

<sup>34</sup> Ibid. sid. 179

<sup>35</sup> Ibid. sid. 191ff

<sup>36</sup> Jfr. Aarnio ovan.

<sup>37</sup> Dworkin, Ronald, 1977, a.a. sid. 40

<sup>38</sup> Ibid, sid. 40

## 4 Logiska särskiljningskriterier

Ett av de mest debatterade särskiljningskriterierna mellan den typiska rättsregeln och principen är att det finns någon form av logisk skillnad mellan regler och principer. Vanligen hävdas att regeln har en definitiv natur, medan principen är ett skäl av en annan karaktär, ett optimeringskrav eller en norm med viktdimension.

### 4.1 Dworkin

Ronald Dworkin gör gällande att den avgörande skillnaden mellan regler och principer är av logisk natur. I *Taking Rights Seriously* kritiserar han H.L.A Harts beskrivning av rätten som ett system av primära och sekundära regler. Rätten består, enligt Dworkin, dels av sådana regler, men också av andra relevanta standarder av en annan karaktär än regler, nämligen principer och policys.<sup>39</sup> Såväl regler som principer pekar ut en riktning för rättstillämparen, om rättslig skyldighet under vissa förutsättningar. Men karaktären av denna riktning skiljer sig åt. Regler är tillämpliga på ett antingen-eller-sätt.<sup>40</sup> Om en regel är giltig och tillämplig avgör den målet, och om det inte är tillämplig eller giltig så bidrar den på intet sätt till avgörandet. Om två regler konkurrerar, så får konflikten lösas på ett sätt som ger den ena regeln företräde framför den andre, exempelvis genom en kollisionsnorm av typen *lex specialis derogat legi generali* eller genom att argumentera för att det finns ett implicit undantag i den ena regeln eller för att den ena regeln är ogiltig eller inte tillämplig.

Principer har, till skillnad från regler, en dimension av vikt eller angelägenhet. När principer kolliderar skall konflikten lösas genom en avvägning, med hänsyn till vardera principens angelägenhet.<sup>41</sup>

Dworkins distinktion är alltså beroende av att regler saknar viktdimension, och att de inte kan kollidera. Detta har bestridits av bland andra Joseph Raz, som menar att regler visst har en viktdimension och kan kollidera med varandra. Raz grundläggande poäng i invändningen mot Dworkins logiska särskiljning mellan regler och principer är att alla teorier om rättsatsers<sup>42</sup> logiska uppbyggnad förutsätter principer om rättssatsernas individualisering.<sup>43</sup> Individualiseringsprinciperna avgör var en rättssats börjar och var den slutar. De individualiseringsprinciper vi väljer att anamma får konsekvenser för språket angående principer. Raz hävdar exempelvis att många principer inte är något annat än sammanfattningar av en mängd olika individualiserade rättssatser (se angående denna typ av principer en framställning nedan i kapitel 5).

---

<sup>39</sup> Dworkin, Ronald, 1977, a.a. sid. 22

<sup>40</sup> *ibid.* sid. 24

<sup>41</sup> *Ibid.* sid. 26f

<sup>42</sup> Det begrepp som här har översatts till *rättssats* är i den engelska versionen *Law. En fullständig rättssats* är alltså i Raz ursprungsversion *a complete law*.

<sup>43</sup> Raz, Joseph. 1972, a.a. sid. 827

Individualiseringsprinciperna får också konsekvenser för den logiska distinktion Dworkin gör mellan regler och principer, anser Raz. Beskrivningen av reglernas antingen-eller-karaktär medför att, om två regler kolliderar kan inte båda vara giltiga, vilket också innebär att reglerna saknar den viktdimension som principerna har. Raz bestrider detta faktum, och hävdar att såväl regler som principer kolliderar, och att båda normtyperna har viktdimension. Den skillnad som Dworkin presenterar är, hävdar Raz, beroende av vilka individualiseringsprinciper man väljer att acceptera. Detta argument exemplifieras sedan med regeln om förbud mot övergrepp (*assault*) och regler om ansvarsfrihet för nödvärn, nöd och förmans befallning etc. Raz menar att detta är exempel på regler som är motstridiga. Detta problem uppstår beroende på vilka individualiseringsprinciper man accepterar. Det är möjligt att lösa problemet med dessa reglers motstridighet med att inkludera straffbestämmelsernas undantag om ansvarsfrihetsgrunder i en enda, fullständig rättsats. Ett sådant användande av individualiseringsprinciper är dock enligt Raz en missuppfattning av poängen med individualiseringsprinciper. Syftet med individualiseringsprinciperna är att skapa tillräckligt små och begripliga enheter i rättssystemet för att kunna, på ett begripligt sätt, hantera det rättsliga materialet. Att, likt ovan, använda individualiseringsprinciperna på ett sätt som upphäver reglers motstridighet, genom att inkludera en regels undantag och kvalificering i en och samma rättsats, leder till enormt komplexa, repetitiva och oberoende rättsatser.<sup>44</sup>

I stället bör vi, enligt Raz, anamma individualiseringsprinciper som ger rättsatserna en hanterbar storlek, undviker repetition och minimerar behovet av att hänvisa till en stor mängd regler och avgöranden. Denna typ av individualiseringsprinciper leder till en större mängd rättsatser, som på olika sätt interagerar, genom att kvalificera och modifiera varandra. Vi får genom sådana individualiseringsprinciper ett rättssystem som på ett bättre sätt beskriver hur jurister vanligen tänker och resonerar. Genom att anamma sådana individualiseringsprinciper förklaras även bättre hur olika delar av rättsordningen har ett systematiskt förhållande till varandra.<sup>45</sup>

Framför allt leder sådana individualiseringsprinciper till att regler kolliderar och konkurrerar. Det är, enligt Raz, denna egenskap hos reglerna som gör att de kan kvalificera och modifiera varandra. Om vi accepterar att så är fallet, innebär detta i så fall också att även regler har en viktdimension? Låt oss acceptera Raz individualiseringsprinciper, och ta exemplet med ett straffbud och de objektiva ansvarsfrihetsgrunderna. Här sker inte någon angelägenhets- eller viktprövning. Om en straffbar handling begåtts i självförsvar, ges regeln om nödvärn alltid företräde framför straffregeln. Raz accepterar att regler och principer på detta sätt uppför sig annorlunda när de kolliderar. När en princip i ett fall ges företräde framför en annan, innebär detta inte att, varje gång dessa principer kolliderar med varandra, så skall den förstnämnda alltid anses viktigare än den senare. Avvägningen mellan principer är enligt Raz teleologisk, och att ge en princip företräde framför en annan kan skada denna principens mål mer eller mindre i olika fall. Raz slutsats av dessa argument är att såväl regler som principer kan vara

---

<sup>44</sup> Ibid. sid. 832

<sup>45</sup> Ibid. sid. 833

motstridiga och har viktdimension. Trots detta menar Raz att regler och principer uppträder olika i kollisionssituationer. Regelkonflikter avgörs uteslutande av deras relativa vikt, medan principkonflikter avgörs efter en bedömning av deras relativa vikt i kombination med en bedömning av olika beslutsvägars konsekvenser för principernas olika mål.<sup>46</sup> Detta är alltså en skillnad mellan regler och principer som Raz medger. Han bestrider dock att det skulle röra sig om en skillnad av logisk karaktär.

För att utvärdera Raz invändningar mot Dworkins logiska distinktion mellan regler och principer, måste vi först och främst ta ställning till huruvida Raz individualiseringsprinciper verkligen leder till kolliderande regler. Det är mycket möjligt att det går att formulera individualiseringsprinciper som ostridigt leder till kolliderande regler. De exempel som Raz nämner är att formulera en *regel* som en individualiserad rättssats och nämnda regels *undantag* som en annan individualiserad rättssats. Enligt min mening är detta ett märkligt exempel, om man vill påvisa motstridiga regler. En regel och dess undantag är inte i kollision med varandra – de är inte motstridiga. Däremot så interagerar de med varandra – de kvalificerar, modifierar och preciserar varandra. Detta innebär inte, enligt min mening, att de är i konflikt. Skillnaden mellan interagerande och kolliderande normer är att vid interagerande normer preciseras och förtydligas omfattningen av de båda reglernas tillämpningsområde, medan kolliderande normer tvingar rättstillämparen att välja vilken av reglerna som skall ges företräde.

Det är inte heller Dworkins poäng att regler aldrig är motsägelsefulla.<sup>47</sup> Den grundläggande poängen Dworkin vill göra med sin distinktion mellan regler och principer är att principerna ges relevans efter sin angelägenhet – vilket leder till en rättstillämpning genom balansering. Raz beskrivning av hur principer beter sig vid kollision – att principernas relativa vikt i kombination med en avvägning av olika beslutsvägars konsekvenser för principernas ändamål – erkänner denna grundläggande poäng hos Dworkin; tillämpning av principer fordrar en värderande verksamhet hos rättstillämparen. Denna balanseringstillämpning är – som vi sett tidigare – svår att foga in i den sociala tesen om fastställandet av gällande rätt med hjälp av uteslutande faktueella kriterier.

## 4.2 Alexy, optimeringskrav och värden

Angående de tyska konstitutionella rättigheterna har en debatt om principens särställning gentemot regeln uppstått i anslutning till Robert Alexys *A Theory of Constitutional Rights*. De konstitutionella rättigheterna beskrivs ibland som principer. Deras *karaktär* som principer påvisas dock oftare indirekt, genom användande av närliggande begrepp, såsom *värden* och *mål*. Å andra sidan behandlas de konstitutionella rättigheterna ibland även som *regler*, när avgöranden deduceras direkt under dessa normer.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Ibid. sid. 833

<sup>47</sup> Dworkin, Ronald, 1977, a.a sid.73f

<sup>48</sup> Alexy, Robert, 2010, a.a. sid. 44f

Enligt Alexy är såväl regler som principer *normer*, i den bemärkelsen att de talar om vad som bör göras. De kan alla skrivas om i deontiska termer om befallning, tillåtelse och förbud. Trots detta är skillnaden mellan regler och principer inte en gradskillnad utan en artskillnad. Principerna är enligt Alexy optimeringskrav, medan reglerna är definitiva skäl. Med optimeringskrav menar Alexy att de skall uppfyllas till så hög grad som är juridiskt och faktiskt möjligt. Principerna kan alltså uppfyllas till högre och lägre grad. Reglerna, däremot är antingen uppfyllda eller ej. Denna uppdelning är alltså kvalitativ, alla normer är *antingen* principer *eller* regler.<sup>49</sup>

När principer konkurrerar med varandra löses konflikten genom balansering. Alexy lägger också fram en teori om hur denna balansering går till. Balanseringen görs under vissa förutsättningar. Under dessa förutsättningar konstituerar balanseringen en *regel*. Detta kan tekniskt beskrivas som följer; om princip P1 väger över princip P2 under förutsättningarna F; (P1 V P2) F, och om P1 leder till den juridiska konsekvensen K under förutsättningen F, så skapas en giltig rättsregel som har F som sin förutsättning och K som sin konsekvens,  $F \Rightarrow K$ . Detta kan uttryckas i den mindre tekniska meningen: De omständigheter som gör att en princip ges företräde framför en annan konstituerar en regel som har samma rättsliga konsekvenser som principen som ges företräde.<sup>50</sup>

De konstitutionella rättigheterna har alltså såväl en funktion som regler, som en funktion som principer enligt Alexy. Detta kan delvis förklaras med att de konstitutionella rättigheterna innehåller två normer, en av principkaraktär och en av regelkaraktär.<sup>51</sup> Vid balanseringen av de konstitutionella rättighetsprinciperna uppstår också en deriverad konstitutionell rättighet i regelform.<sup>52</sup>

### 4.3 Deontiska, axiologiska och antropologiska praktiska satser

I svensk rätt finns en rad faktorer som kan sägas vägas mot varandra, eller ha karaktären av optimeringskrav på det sätt som Dworkin och Alexy beskriver som karaktäristiskt för principer. Det är vanligt att man talar om en avvägning av olika riktlinjer, intressen, värden och behov. Finns det någon logisk skillnad mellan dessa faktorer? Gemensamt för dessa koncept är att de befinner sig inom den praktiska sfären. von Wright delar in praktiska koncept i deontiska, axiologiska och antropologiska grupper. Till den deontiska gruppen praktiska koncept kan befallningar, tillåtelser och påbud räknas. Dessa deontiska koncept kan alla härledas ur det basala deontiska grundkonceptet *befallning*, eller *böra*. Axiologiska praktiska koncept härleds inte ur det deontiska grundkonceptet utan ur det axiologiska d:o, nämligen ur det *goda*. Till de antropologiska praktiska koncepten hör

---

<sup>49</sup> Ibid. sid. 47f

<sup>50</sup> Ibid. sid. 54

<sup>51</sup> Ibid. sid. 62

<sup>52</sup> Ibid. sid 56



vilja, intresse, behov, beslut och handling. Principerna hör enligt denna uppdelning till den deontiska gruppen av praktiska koncept, värden hör till den axiologiska d:o och intressen hör till den antropologiska gruppen.<sup>53</sup>

Principer rör alltså frågan om vad som bör göras, medan värden berör frågan om vad som är bäst, lämpligast eller mest värdefullt.

Enligt Alexy är värdeavvägningen som domstolar gör analog med den balansering som sker mellan principer. Det är också fullt möjligt att omformulera de konstitutionella mänskliga fri- och rättigheterna från principer till värden, genom att överföra dem från den deontiska till den axiologiska gruppen praktiska satsar utan betydelskillnad.<sup>54</sup>

Skäl som optimeringskrav eller skäl med viktdimension i form av deontiska, axiologiska och antropologiska satsers funktion i svensk rätt kan belysas med rättsfallet NJA 2013 s. 1248 som gällde frågan om försvarligheten för en utmätning, dvs. prövningen av UB 4 kap. 3 §. UB 4 kap. 3 § är att betrakta som en typisk rättsregel, då den uppställer ett antal rekvisit, som åtföljs av en rättsföljd, huruvida en utmätning kan eller inte kan göras. Det är alltså en definitiv standard, då den om den är giltig och tillämplig skall följas, eftersom den för domstolen är definitivt bindande. Denna regel har dock rekvisit med en påtagligt öppen vävnad, nämligen *försvarlighet*. Det innebär att rekvisitet språkligt sett har en tydlig betydelsekärna, men en otydlig periferi. Angående bedömningen av 4 kap. 3 § UB:s tillämplighet uttalade HD följande. Vid en tillämpning av 4 kap. 3 § skall det göras en *intresseavvägning*, där gäldenärens intresse skall avvägas mot borgenärens. Vidare skall *principen* om rätten till ett privatliv i art. 8 EKMR beaktas vid avvägningen. Av betydelse är också *barnets bästa*. Detta exempel visar hur optimeringskrav av såväl deontisk (*principen* i art. 8 EKMR) som axiologisk (*barnets bästa*) och antropologisk (borgenärens och gäldenärens *intresse*) karaktär vägs mot varandra vid bedömningen enligt 4 kap. 3 § UB.

I detta fall fyller de olika optimeringskraven funktionen av att vara vägledande vid tolkningen av en regel med öppen vävnad – vi kommer att återkomma till principernas regeltolkande roll och funktion i rätten i kapitel 7 nedan.

### 4.3.1 Principer, värden, riktlinjer och tumregler

Om vi accepterar karaktären av optimeringskrav som det avgörande särskiljningskriteriet mellan den typiska rättsregeln och principen, hamnar vi i en situation där principer och värden får en närliggande funktion i rättssystemet. Så kan exempelvis *jämställdhet* konstateras vara *ett av de grundläggande demokratiska värdena, och etablerat som rättsprincip sedan länge*.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Ibid. sid. 87

<sup>54</sup> Ibid. sid. 92f

<sup>55</sup> Svensson, Eva-Maria, ”Genusrättesvetenskap och juridiska metoder”, ingår i, *Juridisk metodlära*, Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013 sid. 299

En annan närliggande normtyp i detta hänseende är den av Nils Kristian Sundby introducerade riktlinjen eller *retningslinjen*. Sundby definierar en regel som en konditional sats som determinerar under vilka förutsättningar den är tillämplig. Även rättsliga riktlinjer målar upp relevanta rättsfakta, men dessa omständigheter *determinerar* inte beslutet, utan innebär endast en indikation för avgörandet.<sup>56</sup> Dessa riktlinjer blir relevanta i avvägningssituationer. I detta sammanhang kan vi fundera över exempelvis sådana stadganden som att bestämmelserna i MB enligt 1 kap. 1 § *syftar till att främja en hållbar utveckling*. Enligt RF 1 kap. 2 § 2 st. skall den enskildes personliga, ekonomiska och kulturella välfärd vara ett *grundläggande mål* för den offentliga verksamheten. Vi har tidigare berört *värdet* om barnets bästa som skall vara vägledande, bland annat för beslut om vårdnad, boende och umgänge enligt 6 kap. 2 a § FB. Dessa stadganden synes vara den typ av riktlinjer som Sundby talar om. Som framgår finns det ett tydligt samband mellan rättsystemets värden och ändamål och principer i den bemärkelse Alexy och Dworkin talar om som optimeringskrav eller angelägenhetsskäl.

Dworkin delar in rättsordningens normer i regler, principer och policys. Med policys avser Dworkin en typ av standard som pekar ut ett mål som skall nås, vanligen av ekonomisk, politisk eller social karaktär i samhället i stort.<sup>57</sup> Denna definition synes stämma överens med stadgandena i MB 1 kap. 1 § och i RF 1 kap. 2 § 2 st. Dessa kan beskrivas som ett slags samhällspolitiska mål, vilka, liksom principer, har en dimension av vikt. Barnets bästa som ett värde att beakta vid beslut om vårdnad, boende och umgänge, kan knappast beskrivas som ett samhällspolitiskt mål, eller en policy i denna mening, utan snarast som ett axiologiskt optimeringskrav. Möjligen skulle standarden om barnets bästa kunna möta Dworkins principdefinition. Principer skall enligt Dworkin beaktas, inte på grund av att den förmerar eller säkrar ett samhällspolitiskt mål, utan på grund av att det är en *requirement of justice or fairness or some other dimension of morality*.<sup>58</sup>

Här kan också erinras om den logiska distinktion som Jareborg gör mellan dogmatiska regler och tumregler. Dogmatiska regler är avsedda att alltid följas, och undantag från dem är endast möjliga att göra som en specificering av regeln. Tumregler definieras som en slags prima facie-skäl, i form av en empirisk generalisering av en rad pragmatiska bedömningar. Undantag från tumregler får göras utan explicita bemyndiganden. Jareborg hävdar att det förekommer att lagregler är tumregler, även om det är sällsynt.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Sundby, Nils Kristian, 1974, a.a sid. 197f

<sup>57</sup> Dworkin, Ronald, 1977, a.a. sid. 22

<sup>58</sup> Ibid. sid. 23

<sup>59</sup> Jareborg, Nils, *Värderingar*, Norstedt, Stockholm, 1975 sid. 95f

## 4.4 Rättigheter som principer i svensk kontext

Alexy hävdar alltså att de tyska konstitutionella rättigheterna är principer i betydelsen optimeringskrav, och att tillämpningen av dem sker genom en balanseringsprocess. Hur är det med den svenska konstitutionens rättigheter?

Rättighetskatalogen i 2 kap. RF stipulerar att *var och en gentemot det allmänna* är tillförsäkrad vissa fri- och rättigheter. Dessa fri- och rättigheter kan delas in i *relativa* och *absoluta*, då de relativa fri- och rättigheterna enligt RF 2 kap. 18 § får begränsas genom lag i den utsträckning detta är godtagbart i ett demokratiskt samhälle, vilket inte är möjligt avseende de absoluta rättigheterna. Det svenska systemet baseras alltså på att rättighetskatalogen innebär en slags begränsning för lagstiftaren. Att en rättighet är en princip i Alexys betydelse innebär att den skall tillgodoses i den mån det är juridiskt och praktiskt möjligt.<sup>60</sup> Rekvisitet om att de relativa rättigheterna endast får begränsas i den mån detta är *godtagbart i ett demokratiskt samhälle*, talar för en sådan förståelse av dessa rättigheter. På detta sätt är det exempelvis möjligt att säga att var och en, gentemot det allmänna är tillförsäkrad yttrandefrihet (som ett optimeringskrav) samtidigt som exempelvis OSL begränsar denna rättighet.

De relativa rättigheterna har alltså primärt sin funktion som optimeringskrav på lagstiftarplanet, snarare än i rättstillämpningen. Vad gäller de absoluta rättigheterna är deras roll som optimeringskrav mer komplicerad. Dessa får, formellt sett, inte begränsas över huvud taget. Detta krav gäller oavsett om inskränkningarna skulle ske i lag och vara godtagbara i ett demokratiskt samhälle. Detta faktum torde frånta de absoluta rättigheterna sin karaktär som optimeringskrav, och istället innebära en slags definitiva normer. Så är exempelvis fallet med förbudet mot dödsstraff och tortyr. Religionsfriheten intar dock en särställning i detta hänseende. Formellt sett är religionsfriheten absolut, då den inte får begränsas genom lag. Samtidigt är definitionen av vad som innefattas i att fritt få utöva sin religion så pass snäv, att religionsfriheten i det närmaste kan beskrivas som ett optimeringskrav, trots att det formellt sett är en absolut rättighet. Enligt förarbetena till RF skall alla religiösa handlingar som *samtidigt* faller in under någon annan fri- eller rättighet istället bedömas som exempelvis ett yttrande eller en sammankomst – och blir därmed möjliga att begränsa. Religionsfriheten kan inte heller innebära någon som helst grund för strafffrihet. Att exempelvis slakta djur utan bedövning anses fortfarande vara djurplågeri, även om en religion föreskriver en sådan slakt. Att utöva sin religionsfrihet i RF betydelse får sägas vara väldigt snävt, och i det närmaste synonymt med att *tro*.<sup>61</sup> I denna snäva betydelse är alltså rätten till att fritt utöva sin religion absolut, och därmed inte ett optimeringskrav, utan en definitiv norm, dvs. en regel.

---

<sup>60</sup> Alexy, Robert, 2010, a.a. sid. 47f

<sup>61</sup> Bull, Thomas. & Sterzel, Fredrik., *Regeringsformen en kommentar* /, MTM, Johanneshov, 2014 sid. 72

## 4.5 Habermas kritik

Alexys beskrivning av de konstitutionella rättigheter som principer i betydelsen optimeringskrav, som skall realiseras i så hög grad som är praktiskt och juridiskt möjligt, i en process som utan betydelseförändring kan omformuleras i en värdebalansering har kritiserats av Jürgen Habermas i *Between Facts and Norms*. Habermas hävdar att, om principer manifesterar ett värde som domstolen skall optimera, och om dessa normer i sig själva inte dikterar i vilken utsträckning denna optimering skall ske, så blir en målorienterad avvägning nödvändig. Detta innebär att domstolens verksamhet transformeras från en lagtolkande verksamhet till en verksamhet av att realisera värden.<sup>62</sup> Problemet med denna transformation är enligt Habermas att principer och värden är ontologiskt olika. Principer är av deontisk natur, medan värden är teleologiska. Principer är handlingsdirigerande normer, medan värden gör anspråk på att vara intersubjektivt delade preferenser. Det faktum att normer och värden skiljer sig åt på ett ontologiskt plan, leder också, enligt Habermas, till att deras tillämpning skiljer sig åt.<sup>63</sup> Om man accepterar balanseringen som den centrala tillämpningsmetoden för de konstitutionella rättigheterna, så accepterar man också ett avsteg från beskrivningen av de konstitutionella rättigheternas normativa (deontiska) karaktär, för att ersätta denna med en beskrivning av de konstitutionella rättigheterna som värden. Likhetstecknet mellan de konstitutionella rättigheter som principer i form av optimeringskrav och värden är ett misstag, då ett sådant likhetstecken bortser från de konstitutionella rättigheternas karaktär som (rättsliga) normer, dvs. som deontiska praktiska satsen.<sup>64</sup> Principer som normer kan göra anspråk på att vara universellt bindande, medan värden bara är särskilt föredragna (*especially preferred*). Vidare menar Habermas att, eftersom det inte finns någon rationell standard för hur balanseringen av värden skall gå till, så blir balanseringsbeslut irrationella, antingen slumpmässiga eller oreflekterade, enligt sedvanliga normer och hierarkier.<sup>65</sup>

Alexy invänder mot Habermas påstående om att balanseringen skulle vara irrationella, slumpmässiga eller oreflekterade, genom att påpeka att balanseringen sker genom en tillämpning av proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen kan i sin tur delas in i tre subprinciper; lämplighetsprincipen, nödvändighetsprincipen och proportionalitetsprincipen i snäv mening. Konstitutionella rättigheter är principer i betydelsen normer som optimeringskrav, och som sådana kräver de att optimeras i så hög grad detta är faktiskt och juridiskt möjligt. Den faktiska möjligheten uttrycks genom en tillämpning av lämplighetsprincipen och nödvändighetsprincipen. Lämplighetsprincipen förbjuder en tillämpning som begränsar en konstitutionell rättighet utan att förmera en annan. Denna del av proportionalitetsprincipen är alltså ett uttryck för paretooptimalitet.

---

<sup>62</sup> Habermas, Jürgen, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, MIT, Cambridge, Mass., 1998 sid. 254

<sup>63</sup> Ibid sid. 255

<sup>64</sup> Ibid sid. 256

<sup>65</sup> Ibid sid. 259

Nödvändighetsprincipen stipulerar att när det finns två vägar för att förmera P1 skall den väg som inkräktar i lägsta möjliga utsträckning på P2 väljas. Proportionalitetsprincipen i snäv mening rör det juridiskt möjliga, och föreskriver att ju högre grad av icke-tillfredställande av en princip, desto större tillgodoseende av en annan princip.<sup>66</sup> Proportionalitetsprincipen och dess subprinciper utgör alltså enligt Alexy just den typen av rationella standarder som Habermas hävdar saknas vid en rättstillämpning genom balansering.

## 4.6 Sammanfattande reflexion

De ovan diskuterade normtyperna har det gemensamt att de synes skilja sig från den typiska rättsregeln i någon form av *logisk* bemärkelse. Som vi har sett är det ofta möjligt att omformulera de olika normtyperna så att de går över från en kategori till en annan utan betydelseförändring.<sup>67</sup> Huruvida det är nödvändigt att upprätthålla distinktionerna mellan de olika kategorierna är kanske primärt en fråga av akademisk betydelse. För det praktiska rättslivets räkning kan distinktionerna mellan de olika praktiska satserna med avvägningskaraktär eventuellt vara viktiga att upprätthålla *om* det faktum att dessa standarder skiljer sig på ett logiskt plan, *också* innebär att tillämpningen av dem skiljer sig åt, *och* vi gör gällande att det finns, alternativt kan finnas, rationella standarder för hur avvägningen skall gå till.<sup>68</sup> I dagsläget får nog konstateras att svenska domstolars tillämpning av avvägningsnormer inte följer några tydliga formulär för hur avvägningen skall gå till. Om vi anser att domstolars balansering av principer, värden, intressen och riktlinjer både kan och borde följa förutsebara och rationella mönster, och om vi accepterar Habermas poäng att dessa standarder är ontologiskt olika, vilket också får konsekvenser för deras tillämpning, så är upprätthållandet av distinktionerna mellan de olika kategorierna nödvändig, vid utvecklandet av en rationell och förutsebar tillämpningsmetodik.

Oavsett om det är så som Alexy säger, att det finns rationella standarder för hur balanseringen skall gå till, så är ändå förutsebarheten av ett domslut som tillkommit efter en balansering avsevärt mindre än förutsebarheten vid en enkel tillämpning genom subsumtion av en typisk rättsregel. Detta är naturligtvis problematiskt ur ett formellt rättssäkerhetsperspektiv. Å andra sidan har den s.a.s. friare rättstillämpningen som balansering innebär den fördelen ur ett *materiellt* rättssäkerhetsperspektiv att absurda eller orättvisa domslut kan förhindras genom en avvägning mellan olika principer, värden och intressen, anpassad efter de specifika omständigheterna i målet i fråga. Denna fördel skulle eventuellt försvinna ju mer utvecklade standarder för

---

<sup>66</sup> Alexy, Robert. *Constitutional rights, balancing, and rationality*. Ratio Juris 16.2, 2003, sid. 135ff.

<sup>67</sup> Dworkin anger exempelvis att en princip utan betydelseförändring kan omformuleras till en policy; (*i.e., the goal of a society in which no man profits from his own wrong*). Dworkin, Ronald, 1977, a.a. sid. 23

<sup>68</sup> Habermas viktigaste invändning mot Alexys ståndpunkt att principer kan transformeras till värden är som sagt att det faktum att dessa båda kategorier skiljer sig åt på ett ontologiskt plan, av nödvändighet också innebär att tillämpningen av dem skiljer sig åt.

tillämpningen skulle bli, då möjligheterna att anpassa de olika optimeringskraven efter specifika omständigheter *in casu* skulle bli mindre. På detta sätt kan formell rättssäkerhet sägas stå mot materiell rättssäkerhet i frågan om huruvida processen av balansering av olika viktdimensionella normer i rättssystemet borde fångas in i tydliga, förutsebara och rationella standarder.

Ett potentiellt svar på denna fråga är att besvara den med hjälp av balanseringstekniken. Formell rättssäkerhet, som princip, dvs. som ett optimeringskrav kan konkurrera med materiell rättssäkerhet, som princip, dvs. som ett optimeringskrav. På detta sätt kan rättsordningen försöka att, så långt det är praktiskt och rättsligt möjligt, tillgodose kravet på förutsebar rättstillämpning, samtidigt som samma rättsordning kan försöka att, så långt det är praktiskt och rättsligt möjligt, tillgodose kravet som den materiella rättssäkerhetsprincipen uppställer, nämligen att rättssystemets normer inte skall leda till orättvisa eller absurda resultat. På detta sätt kan strikt rättstillämpning genom subsumtion under typiska rättsregler ges fritt spelrum, så långt detta inte (i för hög grad) inkräktar på det optimeringskrav som den materiella rättssäkerhetsprincipen ger.

## 5 Principens generalitet

Principen har i det rättsliga språket ibland ansetts skilja sig från regeln på grund av dess generalitet. Generaliteten som särskiljningskriterium mellan regler och principer kan delas in i två kategorier: antingen kan principen vara en *generell* rättsnorm, eller så kan principen vara en *generaliserad* rättsnorm. I kapitlet kommer generalitet som särskiljningskriterium mellan regler och principer att diskuteras och analyseras. En övergripande redogörelse för principens roll i den analoga rättstillämpningen kommer att ges. I denna funktion blir principen, som en generalisering av normer i det institutionella rättsliga materialet, en egen rättskälla.

### 5.1 Principer som generella normer

Joseph Raz bestrider Dworkins logiska distinktion mellan regler och principer. Raz hävdar istället att reglerna föreskriver relativt specificerade fall, medan principerna är relativt ospecifica. Ju mer specifik en norm är, desto färre situationer kan sägas falla in under normen, och vice versa avseende de mer generella normerna. Så kan exempelvis *regeln* om att mord är förbjudet sägas vara mer specifik än *principen* om människans värdighet.<sup>69</sup> Distinktionen mellan regler och principer är här en fråga om en gradskillnad, då det inte finns någon fast punkt när en norms generalitet övergår från regelkaraktär till principkaraktär. Ju mer generell en norm är, desto större principkaraktär har normen, och ju mer specifik en norm är, desto större regelkaraktär.<sup>70</sup>

I detta hänseende får vi skilja mellan *specificering* och *precisering*. En specificering av en norm innebär att man minskar tillämpningsområdet för normen, medan en precisering innebär att man undanröjer gränfallen för tillämpningen. Oavsett om principerna som generella normer är specificeringar eller preciseringar kan de sägas vara skäl för andra normer. De normer som rättssystemet är uppbyggt av, kan sägas vara *skäl*, antingen för handling eller för andra normer. En rättsregel kan vara skäl för handling, men den kan också vara ett skäl för en mer specifik norm, som exempelvis ett domslut. Principerna, som generella varianter av specifika regler, kan i denna mening sägas vara generella skäl för mer specifika normer.

Ibland beskrivs exempelvis generalklausulen i 36 § AvtL som en princip. En anledning till att den normen i vissa fall får detta epitet kan vara dess generella karaktär. Den (möjliga) logiska skillnad som finns mellan 36 § AvtL och andra deontiska satsen i lag är att avtal *får* jämkas under de förutsättning som regeln ställer upp. Det sedvanliga modala hjälp verbet i den typiska rättsregeln är *skall* (ibland *bör*), dvs. en förpliktelse, medan det modala verbet *får* innebär en tillåtelse. Det är dock mer troligt att principepitet för 36 § AvtL ges på grund av regelns *generella karaktär*,

<sup>69</sup> Raz, Joseph. 1972, a.a. sid. 838

<sup>70</sup> Ibid. sid. 839

snarare än dess eventuella logiska särprägel. När en regel är så pass generell som exempelvis 36 § AvtL, så fordras principernas funktion, i form av viktdimensionella normer eller optimeringskrav, vid rättstillämpningen, vilket vi kommer att återkomma till nedan i kapitel 7.

## 5.2 Principer som generaliserade normer

Ett särskiljningskriterium som gör att vissa rättsliga satser benämns som principer, är att de utgör en generalisering av en delmängd av det rättsliga materialet. Principerna får alltså sitt epitet, inte på grund av att de är *generella* i enlighet med Raz teori ovan, utan på grund av att de är *generaliserade*. Den generaliserade principen kan antingen baseras på ett antal normer uttryckta i de institutionella rättskällorna, vilket är vanligt för principer som är en produkt av en systematiserande verksamhet och i den indirekta analoga rättstillämpningen, eller vara en mer generell variant av *en* norm i de institutionella rättskällorna, vilket är vanligt vid den direkta analoga rättstillämpningen

### 5.2.1 Principer som en produkt av systematisering

Alchourrón och Bulygin hävdar i *Normative Systems* att man måste skilja mellan begreppen *rättsordning* och *rättssystem*.<sup>71</sup> Rättsordningen är den uppsättning rättsliga satser som kan sammanfogas under ett övergripande identifikationskriterium. Rättssystemet däremot, uppstår när dessa rättsliga satser systematiserats, och satts i relation till varandra.<sup>72</sup> Rättsordningen är alltså en slags maktordning, medan rättssystemet är ett system. Detta kan uttryckas som att rättsordningen är det råmaterial som rättssystemet begagnar.

Det är i denna övergång mellan rättsordning och rättssystem som de allmänna rättsprinciperna som en produkt av systematiseringsverksamheten uppstår. När den rättsliga praktiken hanterar rättens råmaterial uppstår ett behov av förenkling och generalisering.

Den rättsdogmatiska rättsvetenskapen brukar sägas ha två primära uppgifter. Dels att förse rättstillämparen med tolkningsförslag, och dels att systematiseras det rättsliga materialet i syfte att skapa koherens.<sup>73</sup> En mängd allmänna rättsprinciper kan sägas vara en konsekvens av rättsvetenskapens systematiserande verksamhet. Systematisering har gamla anor i rättsvetenskapen. Enligt von Savigny är det rättsvetenskapens användning av ledande principer i syfte att fastställa inre sammanhang och släktskap

---

<sup>71</sup> Alchourrón, Carlos E. & Bulygin, Eugenio, 1971, a.a. sid. 74

<sup>72</sup> Aarnio, Aulis, 1987, a.a. sid. 140f

<sup>73</sup> Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?*, Jure, Stockholm, 2009, sid. 184f



mellan olika juridiska begrepp som ger juristens arbete vetenskaplig karaktär.<sup>74</sup>

Genom att sammanfatta en mängd olika rättsregler i en övergripande norm, kan på det sättet allmänna rättsprinciper formuleras. En mängd rättsregler på den allmänna avtalsrättens område ger exempelvis uttryck för den övergripande normen *En part är skyldig att iaktta, eller tillvarata, motpartens intressen* (lojalitetsplikt).<sup>75</sup> Denna övergripande norm – en generalisering av specifika rättsregler – kan sägas vara en allmän rättsprincip. Allmänna läror och principer som en konsekvens av rättsvetenskapens systematisering, induktion och begreppsanalys är särskilt stor inom civilrätten på grund av att rättsområdet präglas av en begränsad kodifiering.

Allmänna rättsprinciper i denna betydelse kan ibland användas synonymt med allmänna läror eller teorier. Sandgren har exempelvis, likt von Savigny, hävdade att ökad vikt bör fästas vid utvecklandet av allmänna principer (*allmänna läror*), så att den positivrättsliga analysen inte ska fastna vid beskrivning och tolkning.<sup>76</sup> Förutsättningsläran har exempelvis definierats som *en tanke- eller förklaringsmodell, vilken möjliggör en enhetlig strukturering av – och därmed överblick över – ett omfattande material; lagregler, rättsfall, doktrin och andra rättskällor rörande verkan av okända eller oförutsedda förhållanden*.<sup>77</sup>

Även viljeteorin och tillitsteorin är exempel på övergripande normer som kan sägas komma till uttryck i de specifika rättsreglerna i de etablerade rättskällorna (såsom 32 § AvtL). Beteckningen *teori* är egentligen märklig i detta sammanhang, då det i själva verket handlar om just övergripande normer som ligger till grund för, eller kommer till uttryck i, rättsreglerna. Hellner hävdar att termen teori i detta avseende är en *beteckning för en allmän grundsats, som får benämningen huvudsakligen därför att den anses ha en djupare liggande grund än principer i allmänhet*.<sup>78</sup>

De allmänna rättsprincipernas funktion i form av systematisering av det normativa materialet involverar fenomenet om ömsesidigt normativt stöd. Det ömsesidiga normativa stödet kan finnas mellan rättsregler och avgöranden, allmänna rättsprinciper och avgöranden och allmänna rättsprinciper och detaljerade rättsregler. Den allmänna rättsprincipen *pacta sunt servanda* stöder således de avtalsrättsliga påföljdsreglerna vid avtalsbrott. De avtalsrättsliga påföljdsreglerna vid avtalsbrott stöder i sin tur den allmänna rättsprincipen *pacta sunt servanda*.<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995 sid. 572

<sup>75</sup> Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2007, Stockholm, 2007 sid. 1

<sup>76</sup> Sandgren, Claes, 2009, a.a. sid. 40

<sup>77</sup> Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran: allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter = [The doctrine of assumptions] : [general conditions for avoidance on the grounds of unassumed circumstances]*, Iustus, Diss. Uppsala : Univ., Uppsala, 1989 sid. 24

<sup>78</sup> Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm, 2001 sid. 148

<sup>79</sup> Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995 sid. 582

Denna förenkling och generalisering sker ofta i en samverkan mellan rättsvetenskapen och rättstillämpningen. . Låt oss exemplifiera detta med två viktiga begrepp på den allmänna skadeståndsrättens område, adekvansläran och culparegeln.

Culparegeln finns idag uttryckt i 2 kap. 1 § SkL. Vid tiden före 1972 års skadeståndslag fanns en mängd avgöranden som tycktes ge uttryck för den övergripande (allmänna rätts-)principen med innebörden att den som uppsåtligt eller av oaktsamhet orsakar annan skada är skyldig att kompensera förlusten. Denna slutsats kunde dras efter att rättsvetenskapen och rättstillämpningen genom induktion sammanställt en rad specifika avgöranden, och utvecklat en övergripande och generell princip. När culparegeln sedan formulerades i SkL kunde avgöranden istället deduceras från den uttryckta normen. Den allmänna rättsprincipen om culpa som förutsättning för ersättningsskyldighet förtätades på detta sätt till en rättsregel.<sup>80</sup> Denna rättsregel tolkas sedan av rättstillämpare och rättsvetenskap för att vidareutveckla och precisera begreppet. De fall som sedan avgjorts med hänvisning till regeln har föranlett en teori om att culpabegreppet i själva verket innehåller tre (konkurrerande) kriterier; normalitetskriteriet, det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet. Normalitetskriteriet stipulerar att culpa föreligger om den som orsakat en skada inte har vidtagit de försiktighetsåtgärder som en normalt aktsam person hade vidtagit i motsvarande situation, det ekonomiska kriteriet föreskriver att culpa föreligger om skadan hade kunnat förhindras med en åtgärd som hade varit mindre kostsam än de skador den hade förebyggt medan trygghetskriteriet fastslår att culpa föreligger om skadan berodde på en säkerhetsbrist som ger upphov till en oacceptabelt stor otrygghet.<sup>81</sup> Dessa slutsatser kan baseras på en sammanställning av den praxis som tillämpat culparegeln. När rättsvetenskapen sedan explicit formulerat de principer som synes styra culpabedömningen kan dessa tillämpas för senare avgöranden.

Även adekvansläran har utvecklats genom en kombination av rättsvetenskapens och rättstillämpningens induktion av prejudikat. Även om normmaterialet för adekvansläran ursprungligen kommer från rättstillämpningen i form av prejudikat, kan den rättsvetenskapliga debatten angående adekvansens betydelse för skadeståndsrätten inte bortses från. Genom nya argument kan läran fördjupas och förändras, och ge begreppet en delvis annan betydelse. Adekvansens tyngd som auktoritetsskäl vid en skadeståndsprövning avvägs sedan mot tyngden av andra relevanta (och av rättsvetenskapen utvecklade) begrepp, såsom skyddsändamålet med skadeståndsregeln.<sup>82</sup>

Fenomenet av samspel mellan rättsvetenskap och rättstillämpare vid utvecklandet av allmänna rättsprinciper har av Prawitz formulerats på följande sätt:

---

<sup>80</sup> Hellner, Jan, 2001, a.a. sid. 72f

<sup>81</sup> Dahlman, Christian, *Konkurrerande culpakriterier*, Studentlitteratur, Diss. Lund : Univ.,Lund, 2000 kap. 2, 3 och 4

<sup>82</sup> Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995 sid. 318

”Rättsvetenskapsmannen söker hitta allmänna principer bakom lagstiftningen inom ett område och som sammanfattar etablerad rättspraxis, men kommer samtidigt genom detta arbete att verka styrande på denna rättspraxis. Domaren åter fäller domar i enskilda fall, och han söker därvid tillämpa vissa etablerade principer, men samtidigt kan sådana domar komma att konstituera en ny rättspraxis och därmed underlag för rättsvetenskapsmannens reflexion. Vi har här en i god mening cirkulär process av principiellt samma slag som återfinns inom många områden såsom etikens och logikens.”<sup>83</sup>

## 5.2.2 Analog rättstillämpning

Principer, brukar det hävdas, fyller sin viktigaste funktion i rättstillämpningen i så kallade svåra fall. Ett exempel på svåra fall är när det inte finns någon direkt tillämplig regel som täcker fallet. I dessa fall är det vanligt att domstolarna avgör fallet genom en analog rättstillämpning. Nedan skall de allmänna rättsprincipernas funktion vid analog regelanvändning analyseras. I svensk debatt har man traditionellt skiljt mellan två typer av rättsliga analogier. Dels den typ av analogi som i denna uppsats kallas för *direkt analogi*, där en regel används analogt på ett fall utanför dess egentliga tillämpningsområde, och dels den typ av analogi som här kallas för *allmän analogi*. Tidigare har begreppen laganalogi (eller regelanalogi) och rättsanalogi använts för dessa båda typer av analog rättstillämpning. De normer som framställs genom en allmän analogi konstrueras, till skillnad från förfarandet vid direkta analogier, genom en analys av ett obestämt författningsmaterial. Strömholm hävdar att den allmänna analogin (rättsanalogin) är sekundär i förhållande till den direkta d:o.<sup>84</sup>

Generaliseringen i den direkta analogin, innebär alltså en generalisering av *en* norm i det etablerade rättskällematerialet, medan generaliseringen i den allmänna analogin innebär en generalisering av *flera* normer i det rättsliga materialet.

En domstol har en skyldighet att döma i det enskilda fallet. Det råder ett förbud mot *non liquet* eller *déni de justice*. En rättslig process kan inte mynna ut i ett konstaterande om att rättsläget är oklart. När tillämpliga rättsregler saknas måste tvisten avgöras på ett eller annat sätt. På straffrättens och skatterättens områden råder en strikt legalitetsprincip (*nulla poene sine lege, nullum tributum sine lege*). Detta medför att bristen på tillämpliga rättsregler för den specifika situationen renderar i ett frikännande eller en skattefrihet.

På civilrättens område är situationen en annan. Där är användandet av rättslig argumentation baserad på analogier vanlig. När två privata aktörer ställs mot varandra kan inte den ena parten gynnas av att situationen är oreglerad, till skillnad från när staten ställs mot den enskilde.

---

<sup>83</sup> Prawitz, Dag ”Några filosofiska synpunkter på rationell argumentation inom juridiken”, ingår i, *Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen*, Peczenik, Aleksander (red.), Juristförl., Stockholm, 1985 sid. 29

<sup>84</sup> Strömholm, Stig, 1996, a.a. sid. 461f

### 5.2.2.1 Direkt analogi

Innebörden av och förutsättningarna för att avgöra en tvist genom att tillämpa en rättsregel analogt är omdebatterad i modern juridisk doktrin. Att en rättsregel används analogt innebär att en rättsregel som inte är, till sin ordalydelse, direkt tillämplig på en situation, används som argument, på grund av rättsregelns relevanta likhet med den tvistiga situationen. Gränsdragningen mellan analog användning och extensiv tolkning av rättsregel är flytande. Alf Ross ansåg exempelvis att det rör sig om samma sak.<sup>85</sup>

Förutsättningarna för att avgöra en tvist genom analog tillämpning av en rättsregel kan sägas vara följande.<sup>86</sup>

- i) Det saknas en direkt tillämplig rättsregel
- ii) En annan rättsregels (Rr) tillämpningsområde (RrT) uppvisar en *relevant likhet* med den situation som är tvistig (S).
- iii) Det saknas bärkraftiga argument mot att tillämpa (Rr) på (S).

Rättsliga analogiers berättigande brukar motiveras med hänvisning till principen om formell rättvisa, som stipulerar att lika fall bör behandlas lika. Principen konkretiseras ibland genom att formuleras som att *relevant* lika fall bör behandlas lika.

Vad innebär det då att uppvisa en relevant likhet? Relevant likhet kan formuleras som att (Rr):s rättsgrund/ändamål/värde också är tillämpligt på (S).<sup>87</sup> Alla rättsregler ger nämligen uttryck för ett *idealt samhällstillstånd*. De har syften och ändamål. Om tillämpningen av (Rr) på (S) uppnår detta ideala samhällstillstånd, eller tillgodoser det syfte eller ändamål, på samma sätt som en tillämpning av (Rr) på sitt normala tillämpningsområde, kan sägas att (RrT) och (S) uppvisar en relevant likhet.<sup>88</sup>

Även Joseph Raz anser att en rättsregels ändamål är en grund för en relevant likhet, och denna relevanta likhet kan användas som argument för analog användning av rättsregeln. Om ett visst ändamål är gott nog för *en* regeltillämpning, så är det också gott nog till att rättfärdiga en annan regeltillämpning som *också* följer av ändamålet.<sup>89</sup>

Det faktum att det avgörande för (RrT):s och (S):s relevanta likhet är kopplad till det ideala samhällstillståndet eller ändamålet med (Rr) har föranlett en teori om att analog användning av rättsregler inkluderar ett moment av normgeneneralisering. Frändberg definierar normgeneralisering som att *man hypotetiskt (försöksvis) uppställer en på basis av [en rättsregel] generaliserad norm, N\*, för alla fall med egenskapen G – eller i vart fall en norm i denna riktning. Vi kallar en på detta sätt uppställd norm*

<sup>85</sup> Ross, Alf, *On law and justice*, Lawbook Exchange, Clark. N. J., 2004[1959], sid. 149

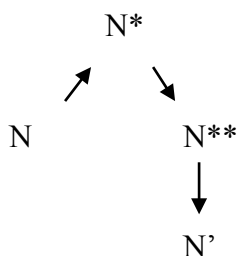
<sup>86</sup> Strömholm, 1996, a.a. sid. 459

<sup>87</sup> Reidhav, David, *Reasoning by analogy: a study on analogy-based arguments in law*, Faculty of Law, Lund University, Lund, 2007 sid. 99f

<sup>88</sup> Frändberg, Åke, *Om analog användning av rättsnormer: En analys av analogibegreppet inom ramen för en allmän juridisk metodologi*, Diss. Uppsala, Stockholm, 1973 sid. 75 och Reidhav, David, 2007, a.a. sid. 101

<sup>89</sup> Raz, Joseph "Law and Value in Adjudication", ingår i, Raz, Joseph, *The authority of law* [Elektronisk resurs] : *essays on law and morality*, Clarendon, Oxford, 1979, sid. 204

(*rättsprincip, rättsgrundsats*) för en *modellnorm*.<sup>90</sup> Ur denna generaliserade norm (baserad på den ursprungliga rättsregeln) formuleras sedan en mer specifik (och användbar) rättsregel som kan tillämpas för det ifrågavarande fallet. Detta förfarande beskriver Frändberg som följer.



N är alltså den rättsregel som ska användas analogt. N\* är den generaliserade norm, den allmänna rättsprincip eller allmänna rättsgrundsats som N och N\*\* ger uttryck för. N\*\* är den norm som är analog med N och N' är subsumtionsnormen, dvs. den norm som genom subsumtion ur N\*\* ligger till grund för avgörandet *in casu*.

Reidhav förklarar detta förfarande med exempel från Aristoteles. I *Prior Analytics* argumenterar Aristoteles som följer. Om vi vill bevisa att det är fel att kriga mot Thebe, måste vi förutsätta att det är fel att kriga mot sina grannar. Denna slutsats kan dras genom en jämförelse med liknande fall, exempelvis att det var fel att kriga mot Fokis. Att kriga mot sina grannar är därmed ont, och att kriga mot Thebe är att kriga mot sina grannar. Därför är det fel att kriga mot Thebe.<sup>91</sup> Om vi jämför detta resonemang med analoga argument i rättstillämpningen, kan normen *det är fel att kriga mot Fokis* exemplifiera en rättsregel. Normen *det är fel att kriga mot sina grannar* kan exemplifiera den allmänna rättsgrundsatsen, och normen *det är fel att kriga mot Thebe*, kan exemplifiera den rättsregel som är analog med rättsregeln *det är fel att kriga mot Fokis*.<sup>92</sup>

Som vi kan se kan begreppet *allmänna rättsprinciper* eller *allmänna rättsgrundsatser* vid analog tillämpning av rättsregler ha funktionen av den generaliserade norm som den rättsregel som används analogt ger uttryck för. Här kan vi också se hur de allmänna rättsprincipernas funktion som rättskälla spelar en viktig roll i den analoga rättstillämpningen. Om vi accepterar definitionen av en rättskälla som de källor *varifrån tillämpliga rättsregler i ett enskilt fall är att hämta*<sup>93</sup> så är den generaliserade normen, rättsprincipen, den källa som rättsregeln i det enskilda fallet hämtas från vid analog rättstillämpning. Det institutionella stödet ges genom att den norm som generaliseras återfinns i en institutionell rättskälla.

Vi en analys av den relevanta likhet som kan motivera en analog användning av rättsregeln får en undersökning av rättsregelns ändamål eller syfte göras. På detta sätt får även olika policys och riktlinjer aktualitet i det analoga användandet av rättsregler.

<sup>90</sup> Frändberg, Åke, 1973, a.a. sid.155f

<sup>91</sup> Reidhav, David, 2007, a.a. sid. 28f

<sup>92</sup> Jfr. Ibid. sid.72

<sup>93</sup> Se ovan under kapitel 3

Tanken att processen av att använda rättsregler analogt innefattar ett moment av normgeneralisering, där en specifik norm generaliseras till en allmän rättsgrundsats, ur vilken en annan specifik norm kan dras stämmer väl överens med juristers sätt att tala om allmänna rättsgrundsatser i vissa fall. Formuleringar som att en rättsregel *får anses ge uttryck för en allmän rättsgrundsats* eller dylikt, är exempel på detta. Den allmänna rättsgrundsatsen kan sedan tillämpas på det ifrågavarande fallet, oaktat de begränsande rekvisit som återfinns i rättsregeln.

I NJA 2014 s. 332 hade HD att ta ställning till frågan om 2 kap. 18 § RF, så som den löd innan 2011 års grundlagsändring, medförde ersättningsrätt för en grupp fiskare från staten. Bestämmelsen innebar att varje medborgares egendom var tryggad gentemot det allmänna, bl.a. avseende diverse rådighetsinskränkningar (bestämmelsen motsvarar nuvarande 2 kap. 15 § RF). Vid sådana rådighetsinskränkningar skulle den enskilde vara tillförsäkrad ersättning, enligt grundlagsbestämmelsen. Staten invände att enskilda inte kan grunda anspråk om ersättning direkt på grundlagsstadganden. Grundlagsstadganden är traditionellt sett riktade till lagstiftaren, inte till medborgarna. Trots detta ansåg HD att 2 kap. 18 § 2 st. *får anses ge uttryck för en allmän rättsgrundsats* om rätt till ersättning vid rådighetsinskränkningar i vissa fall.<sup>94</sup> På detta sätt framställs en allmän rättsprincip i bemärkelsen generaliserad norm, baserad på den rättsregel som återfinns i 2 kap. 18 § RF. Någon rättsregel som reglerade frågan om ersättning för rådighetsinskränkningen av fisket i Torne älv fanns inte. Istället fick bedömningen göras med tillämpning av den allmänna rättsgrundsatsen om rätt till ersättning vid rådighetsinskränkningar i vissa fall.<sup>95</sup> Denna generaliserade norm som den allmänna rättsgrundsatsen innebär ges därefter en vikt- eller angelägenhetsdimension, dvs. en slags viktdimension eller karaktär av optimeringskrav, som vägs mot intresse eller angelägenheten som rättsreglerna i fiskerestriktionen gav uttryck för.<sup>96</sup> Rättsgrundsatsen (i bemärkelsen såväl generaliserad norm, som rättsnorm med viktdimension) som RF 2 kap. 18 § ger uttryck för vägs sedan i domskälen mot rättsgrunden som 1997 års förordning om fiskerestriktioner ger uttryck för; dvs. angelägna miljöskäl. Även värdet av förutsebarhet vägdes in vid bedömningen, som en allmän rättsprincip. HD:s slutsats av denna sammanvägning av principer var att ersättning till fiskarna skulle utgå.

Den allmänna rättsgrundsatsen om *rätt till ersättning vid rådighetsinskränkningar i vissa fall* framställs alltså genom en generalisering av rättsregeln i 2 kap. 18 § RF. Därefter erhåller rättsgrundsatsen en viktdimension, och vägs mot andra normer med viktdimension, en slags riktlinjer eller policys, såsom angelägna miljöskäl och förutsebarhet, dvs. formell rättssäkerhet. I NJA 2014 s. 332 används den allmänna rättsgrundsatsen (rättsprincipen) som regelutfyllning, dvs. som en rättskälla, till skillnad från NJA 2013 s. 1248, där principen användes som grund för regeltolkning. Mer om dessa båda roller och funktioner hos principerna i kapitel 7.

---

<sup>94</sup> NJA 2014 s. 332, p. 18

<sup>95</sup> NJA 2014 s. 332, p. 22

<sup>96</sup> NJA 2014 s. 332, p. 23

### 5.2.2.2 Allmän analogi

De analogier som här kallas direkta innebär alltså en tillämpning av en regel utanför dess egentliga tillämpningsområde. En annan typ av analogier, som traditionellt har kallats för rättsanalogier framställs genom en analys av ett större rättskällematerial. Det är alltså även i detta fall fråga om en allmän rättsprincip i betydelsen generaliserad norm. Att kalla denna typ av rättstillämpning för analogi är egentligen tveksamt. Vad det snarare rör sig om är en framställning av en generell norm, baserad på de värden som rättsregler i allmänhet återspeglar. Det rör sig alltså inte i egentlig mening om en likhetsjämförelse. Denna typ av analogi är, enligt Strömholm, sekundär i förhållande till den direkta analogin.<sup>97</sup>

Peczenik beskriver resonemanget avseende den allmänna (rätts-)analogin (*analogia iure*) som följer.<sup>98</sup>

- i) En generell norm (den allmänna rättsprincipen) motiveras genom att flera bestämmelser hänger samman med varandra och så mycket liknar varandra, att de kan uppfattas som specialfall av denna generella norm.
- ii) Det aktuella fallet ligger utanför det språkligt sett naturliga tillämpningsområdet för dessa bestämmelser.
- iii) Å andra sidan omfattas det ifrågavarande fallet av den generella norm som motiveras av bestämmelserna.
- iv) Därför bedöms fallet ifråga med stöd av den allmänna rättsprincipen.

Som ett exempel på en allmän analogi (*analogia iure*) enligt ovan nämner Peczenik rättsstridighetsläran, en allmän rättsprincip som anger att man inte bör vara vare sig straffrättsligt eller skadeståndsrättsligt ansvarig för en handling vars nytta väger tyngre än risken att den skall framkalla skada. Olika typer av ansvarsfrihetsgrunder såsom nöd, nödvärn, samtycke eller tjänsteplikt kan då ses som specialfall av den allmänna rättsprincipen om rättsstridighet, som en oskriven generell rättsgrundsats.

Den allmänna analogins principframställning sker alltså på ungefär samma sätt som rättsvetenskapens principframställning genom systematisering av specifika regler.

---

<sup>97</sup> Strömholm, Stig, 1996, a.a. sid. 461f

<sup>98</sup> Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995 sid. 342-359

## 6 Oskrivna normer

Vissa principer får sitt epitet på grund av sin *oskrivna* natur. Vad som vanligen menas med detta, är att de inte har sitt ursprung i en direkt konstitutionell rättskälla. Ibland är dessa normer en produkt av rättstillämpningen, och saknar övrig karakteristik som är typisk för principer. Ett exempel på detta är *traditionsprincipen* på sakrättens område. Traditionsprincipen skulle av Dworkin eller Alexy klassificeras som en regel och inte en princip, då det är ett definitivt konditionalt skäl för handling, utan dimension av vikt eller karaktär av optimeringskrav. Likväl benämns normen som en princip, troligtvis på grund av dess oskrivna natur. I kapitlet om principen som rättskälla nämndes att principer, för att de skall vara rättsligt relevanta, måste ha ett institutionellt stöd. Med detta menas att de på ett eller annat sätt skall kunna härledas ur de institutionella rättskällorna, ur lag, förarbeten eller prejudikat. Ibland nämns de explicit i dessa institutionella rättskällor. Vanligare är dock att de på ett eller annat sätt formulerats i rättsvetenskapen (eller på något annat sätt av rättsliga praktiker), med argument *hämtade* från dessa rättskällor. Principens råmaterial är alltså i dessa fall underlag i institutionella rättskällor, men deras explicita formulering sker på annat sätt. Beroende på hur de institutionella rättskällorna förändras, genom ny lagstiftning och nya prejudikat ökar eller minskar de oskrivna rättsprincipernas relevans över tid. I kapitlet om principen som rättskälla och om principens generalitet har vi berört principernas epistemologi, när de formuleras med institutionellt stöd. När dessa rättsprinciper blir tillräckligt befästa i rättssystemet kan de explicit formuleras i de institutionella rättskällorna. Ett exempel på detta är avtalsrättens oklarhetsregel. Genom att sammanställa en rad prejudikat kunde en rättsprincip (i betydelsen oskriven norm) formuleras i rättsvetenskapen, med innebörden att en otydlig avtalsklausul skall tolkas till nackdel för den som formulerat avtalet. Avseende konsumentförhållanden har denna princip, efter hand, explicit stipulerats i AVLK 10 §.

En normkategori som i detta hänseende har en särställning är de så kallade *hanteringsreglerna*. Det som skiljer principerna i denna normkategori från övriga rättsprinciper är att de inte berör människors rättsliga rättigheter och skyldigheter. Istället är de normer som ger skäl för *hanteringen* av det rättsliga materialet. Ovan har beskrivits hur många rättsprinciper uppstår i övergången från rättsordning till rättssystem. Hanteringsreglerna kan på sätt och vis beskrivas som spelreglerna för övergångsprocessen från rättsordning till rättssystem.

### 6.1 Särskilt om hanteringsregler

Begreppet hanteringsregler är myntat av Stig Strömholm, och omfattar de normer som har med hanteringen av det rättsliga materialet att göra. Dessa



normer omfattar dels rättskälleprinciperna, dels normer för tolkningen av det rättsliga materialet och dels övriga normer för hanteringen av rättsnormer.<sup>99</sup>

Hanteringsreglerna kan alltså sägas vara normativa inslag i den *domarideologi* som Alf Ross talade om, eller mer precist, en slags juristernas ideologi.<sup>100</sup>

Ett exempel på en uppsättning rättskälleprinciper är Peczeniks indelning i rättskällor som skall, bör eller får citeras eller beaktas i svenska domskäl.<sup>101</sup> Ett annat exempel på hanteringsregler är de normer som rör tolkningen av rättsreglerna. På vissa områden, såsom exempelvis inom straffrätten och skatterätten råder en strikt *legalitetsprincip*, medan andra rättsområden tillåter friare resonemang baserat på analogi och ändamålsenlighet. Rättsregler kan tolkas extensivt, restriktivt, teleologiskt, motsatsvis etc. Till dessa principer kan också allmänna rättsprinciper av ideologisk karaktär knytas. En teleologisk, grammatisk och motsatsvis tolkning av reglerna kan knytas till grundläggande demokratiprinciper (den folkvalda viljans genomslagskraft i rättstillämpningen) och rättssäkerhetsprinciper (principen om att avgöranden skall vara förutsebara), medan den extensiva och analoga rättstillämpningen kan knytas till den formella rättvisepincipen att lika fall skall behandlas lika.<sup>102</sup>

Till principerna i denna kategori kan även normerna för hur regelkonflikter skall hanteras hänföras, såsom *lex superior derogat legi inferiori*, *lex specialis derogat legi generali* och *lex posterior derogat legi priori*.

En särskild kategori hanteringsregler är principerna för tolkning och utfyllning av avtal. Normerna för hur ett avtal skall tolkas saknas i princip i svenska institutionella rättskällor. Istället har dessa principer utvecklats i praxis och doktrin.<sup>103</sup>

Hanteringsreglerna kan alltså i någon mening sägas vara en slags oskrivna (icke-konstitutionella) spelregler för juridisk argumentation. Många av dessa spelregler har inte bara egenskapen av att vara oskrivna som särskiljningskriterium från regler. De har också ofta en karaktär av optimeringskrav eller viktdimension. Aarnio uttrycker det som följer. Dessa normer är uppenbarligen principer till sin status, då de endast pekar ut faktorer som *skall tas i beaktande* vid tolkningen av det rättsliga materialet. Det finns alltså inte någon rättslig skyldighet att följa dem. Men om någon vill föra en rättslig argumentation på ett rationellt sätt, är det nödvändigt att följa dem på ett så optimalt sätt som möjligt. Det är alltså en förutsättning för att kunna argumentera på ett så rationellt sätt, att följa dessa normer i så hög grad det går.<sup>104</sup>

---

<sup>99</sup> Strömholm, Stig, 1996, a.a. sid. 32f

<sup>100</sup> Ross, Alf, 2004[1959], a.a. sid. 75

<sup>101</sup> Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995 sid. 214ff

<sup>102</sup> För en mer övergripande framställning av de olika lagtolkningsprincipernas förhållande till ideologiska principer, se Frändberg, Åke, *Rättsordningens idé: en antologi i allmän rättslära*, Iustus, Uppsala, 2005, sid. 59ff

<sup>103</sup> Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllning: undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*, Iustus, Diss. Uppsala : Uppsala universitet, 2008, Uppsala, 2008, sid. 218

<sup>104</sup> Aarnio, Aulis, 1987, a.a. sid. 97

## 6.1.1 Hanteringsregler och rättspositivistiska grundsatser

I kapitel 3 ovan beskrevs problemen som kan uppstå i samband med principernas förhållande till rättskällorna och den rättspositivistiska grundsatsen om att gällande rätt kan fastställas med hjälp av uteslutande faktuelle kriterier. Avseende frågan om hanteringsreglernas överensstämmelse med den sociala tesen måste vi först ställa oss frågan om huruvida hanteringsreglerna är en del av begreppet *gällande rätt*. En förståelse av hanteringsreglernas funktion är att det är dessa principer som används för att *fastställa* gällande rätt. I denna förståelse skulle det vara paradoxalt att inkludera dem *i* gällande rätt. Å andra sidan är det omöjligt att hävda att gällande rätt kan fastställas genom enbart faktuelle kriterier, om inte de principer som används vid fastställandet av gällande rätt, dvs. hanteringsreglerna, också kan fastställas med hjälp av enbart faktuelle kriterier. Möjligen kan problemet lösas genom uppdelningen av den starka sociala tesen i rättskällnivå och rättstillämpningsnivå. De flesta hanteringsregler är principer för rättstillämpning. Om vi accepterar en social tes som endast omfattar rättskällnivån, skulle problemet med den sociala tesen och hanteringsregler som rättstillämpningsnormer försvinna.

Som nämnts ovan erhålla de flesta rättsprinciper sin juridiska relevans på grund av sitt institutionella stöd. De sociala fakta som ger rättsatser i institutionella rättskällor sin rättsliga relevans omfattar beslut i parlament eller av prejudikatbildande instanser. Om rättsprincipernas institutionella stöd är tillräckligt tydligt och direkt, kan dessa sociala fakta också sägas omfatta rättsprinciperna. Vid beskrivningar av olika hanteringsregler brukar dessa beskrivas som normer för hur rättsliga praktiker (primärt rättstillämparna) vanligen går till väga för hanteringen av det rättsliga materialet. I denna mening kan hanteringsreglerna sägas vara en slags rättslig sedvana. De sociala fakta som vi kan peka på för att fastställa rättsligt relevanta hanteringsregler är alltså vad domarna *vanligen gör* – hur de vanligen resonerar och vilka principer de vanligen tillämpar när de handskas med det rättsliga materialet. Detta är alltså, på samma sätt som Tuoris sedimenteringsprocess, en fråga om *sociala fakta*, till skillnad från den viktbedömning som sker vid balanseringsrättstillämpning. Problemet med såväl sedvana som sedimenteringsprocess som sociala fakta är att dessa sociala fakta svårigen kan sammanfattas i tydliga och förutsebara normer och principer. Detta är en av anledningarna till att hanteringsreglernas karaktär ofta är så kontroversiell och omdiskuterad. Vad som föranlett (exempelvis) HD:s beslut i en viss fråga, vad gäller tolkningsnormer eller liknande, är mycket sällan uttryckt explicit. Istället får de bakomliggande hanteringsreglerna försöka utrönas genom att tolka domstolarnas resonemang. Strömholm hävdar exempelvis att det i stor utsträckning är omöjligt att *med erforderlig precision utlägga t.ex. HD:s principer i visst hänseende*.<sup>105</sup> Detta faktum gör det problematiskt att å ena sidan hävda att sådana tolkningsprinciper som nämnts ovan är avgörande för fastställandet av gällande svensk rätt, samtidigt som man hävdar att gällande rätt kan

<sup>105</sup> Strömholm, Stig, 1996, a.a. sid. 238

fastställas genom uteslutande faktuelle kriterier. De sociala fakta som konstituerar dessa principer som rättsligt giltiga är så pass svårfångade att de beskrivs som omöjliga att med erforderlig precision utlägga. Rent formellt kan alltså argumenteras för att dessa principer *kan* fastställas genom hänvisning till sociala fakta. Problemet uppstår dock avseende precisionen och tydligheten i de sociala fakta som konstituerar principernas relevans.

Vidare synes många av hanteringsreglerna, likt Dworkins beskrivning av principer, ges relevans efter sin angelägenhet, och avvägas mot varandra. Som vi sett ovan, kan de olika principerna för tolkning av rättsregler knytas till ideologiska principer om demokrati och rättvisa. När en part i ett visst mål argumenterar för en grammatisk tolkning av en rättsregel, hänvisar denna part ytterst sett till grundläggande demokratiprinciper. När en part i samma mål istället argumenterar för en extensiv tolkning hänvisar denna part ytterst sett till principen om formell rättvisa. Angelägenheten *in casu* av de båda alternativen får sedan vägas mot varandra och ges relevans efter vars och ens angelägenhet. Även detta faktum skapar problem avseende den sociala tesen.

Sammanfattningsvis kan alltså konstateras att hanteringsreglerna på ett teoretiskt plan kan fastställas genom hänvisning till sociala fakta (den rättsliga praktikens sedvana). Problemen med den sociala tesen uppstår dock när de olika principerna ges relevans efter sin vikt eller angelägenhet samt på grund av brist på erforderlig precision och tydlighet avseende de sociala fakta som konstituerar principernas relevans. Denna bristande precision och tydlighet leder också till minskad förutsebarhet, och därmed till en minskad formell rättsäkerhet. Låt oss exemplifiera detta med principen om analog rättstillämpning. Det finns alltså normer i den rättsliga praktikens sedvana om under vilka förutsättningar en rättsregel får tolkas analogt.<sup>106</sup> Omfattningen och gränserna för denna princip är dock allt annat än tydliga och förutsebara. Som nämnts kan principerna om analog rättstillämpning sägas vara ett utflöde av principen om formell rättvisa. I detta dilemma kan alltså principen om formell rättsäkerhet sägas ställas mot principen om formell rättvisa. Problemet påminner alltså om dilemmat avseende lämpligheten av tydligare standarder för hur balansering i rättstillämpningen skall gå till. Även i denna fråga är det min mening att formell rättsäkerhet och formell rättvisa bör ställas upp som optimeringskrav – den formella rättsäkerheten skall minskas, endast under förutsättning att denna, i för hög grad, inskränker den formella rättvisan.

---

<sup>106</sup> Se kapitel 5.2.2 ovan.

# 7 Principens roll och funktion

I detta kapitel kommer ett försök till svar på den övergripande frågeställningen i uppsatsen att ges. Det kommer att argumenteras för att principens roll och funktion i rätten är *koherens*, *regelutfyllning*, *regeltolkning*, *självreglering* och *kritikunderlag*. Dessa slutsatser baseras på den föregående avhandlingen.

## 7.1 Koherens

De senaste decenniernas rättsfilosofiska diskurs har präglats av debatter om koherensens värde i rättssystemet. Koherensbegreppet inom filosofin har primärt utvecklats i syfte att lösa kunskapsteoretiska problem; en sats sanningshalt bedöms efter den grad av koherens som satsen uppvisar i ett givet system.<sup>107</sup> Vad menas då med koherens? Begreppet brukar förklaras med att innebära *inre sammanhang*, *samstämmighet*, *enhetlighet* eller dylikt. De flesta filosofer är också ense om att logisk motsägelsefrihet, konsistens, endast är ett nödvändigt – men inte ett tillräckligt – villkor för att ett system skall vara koherent.<sup>108</sup> Ett motsägelsefritt, konsistent system kan kollisionsnormer som *lex superior*, *lex specialis*, *lex posterior* etc. bidra till. Koherensens ytterligare krav brukar vara svåra att formulera på ett bokstavligt sätt. Istället tas metaforer och bildspråk ofta till hjälp. Nedan kommer två teorier om rättssystemets koherens att återges. Vidare kommer principernas koherensskapande roll och funktion att diskuteras i ljuset av dessa teorier och den föregående avhandlingen om principernas karaktär.

En illustrerande framställning av koherensens betydelse i rättssystemet erbjuds i Dworkins interpretivism. Dworkin beskriver den rättsliga verksamheten som *integritet*. Rätten som integritet innebär en slags mellanväg mellan den tillbakablickande rättspositivismen och den framåtblickande rättsrealismen.<sup>109</sup> I denna beskrivning av rätten är den rättsliga verksamheten en konstruktivt tolkande verksamhet. Detta innebär att den tolkande deltagaren i processen samtidigt är (åter-)skapande av systemet, genom ett argumenterande förfarande.<sup>110</sup> *Law as integrity* implicerar att rättssystemet skall *tala med en mun*. Detta är anledningen till att vi inte kan acceptera vad Dworkin kallar för en schackbrädelösning på rättsliga problem. Låt oss exempelvis tänka oss att det finns splittring i

---

<sup>107</sup> Nationalencyklopedin, koherensteorin för sanning, <http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/koherensteorin-för-sanning>, hämtad 2015-02-02

<sup>108</sup> Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995 sid. 572

<sup>109</sup> Dworkin använder begreppen *konventionalism* och *pragmatism*, istället för positivism och realism. Dessa är inte helt synonyma – det finns dock betydande gemensamma centrala drag mellan konventionalism och rättspositivism och pragmatism och rättsrealism. För en kortare framställning se Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Belknap Press, Cambridge, Mass., 1986 sid. 94f, och för en mer ingående framställning, se kap. 4-7 samma bok.

<sup>110</sup> Dworkin, Ronald, 1986, a.a. sid. 13

samhället över huruvida ett visst beteende skall vara kriminaliserat eller inte. En schackbrädelösning på detta problem skulle vara att tillåta beteendet för personer som är födda jämna år, men förbjuda det för personer som är födda ojämna år.<sup>111</sup> I detta fall kan den bristande koherensen angripas på lagstiftningsplanet. Men den rättsliga verksamheten skall präglas av integritet även på rättstillämpningsplanet. I ett argumenterande förfarande kombineras konventionalismens tillbakablickande och pragmatismens framåtblickande element för att skapa ett koherent politiskt narrativ.<sup>112</sup> Varje ställningstagande i rättstillämpningsfrågor kräver alltså en bakomliggande rättslig och politisk teori, som bäst (och mest koherent) förklarar ställningstagandet. Rättstillämparens uppgifter kan i detta hänseende liknas vid författaren av en kedjeroman. Varje domare som avgör ett mål författar ett nytt kapitel i den roman som rättssystemet utgör. I denna uppgift har vederbörande en plikt att beakta den tidigare berättelsen, samt att författa sitt kapitel på ett sätt som gör det så bra det kan vara.<sup>113</sup> Deltagaren i den kreativa tolkningen som den rättsliga praktiken utgör är alltså samtidigt återskapare av systemet.

Dworkins teori om koherens är ett exempel på en teori om narrativ koherens i tiden.<sup>114</sup> Juristen, som en allegorisk författare av en serieroman, gör i sin verksamhet bidrag till ett narrativ. I denna verksamhet är juristen förpliktad att hennes bidrag passar till den tidigare berättelsen, men också pekar ut en riktning som är önskvärd. Reglernas tillämpning skall ske i ljuset av de allmänna rättsprinciperna och allmänna värdeomdömen, men även harmoniera med det som tidigare författas och med prognoser om vad efterträdarna förväntas lägga till.<sup>115</sup> Principernas roll i *law as integrity* blir tydligast i rättstillämpningen i svåra fall. Detta kommer vi att återkomma till nedan. Genom att tolka en dunkel rättsregel i ljuset av principer och policys, eller att avgöra ett oreglerat mål med hänvisning till rättsprinciper framställda genom institutionellt stöd, skapas ett koherent system som går djupare än enkel logisk motsägelsefrihet – systemet utgör ett koherent narrativ.

Om Dworkins teori om *law as integrity* är ett exempel på narrativ koherens i tiden, så är Neil MacCormicks koherensteori ett exempel på synkron normativ koherens.<sup>116</sup> MacCormicks svar på frågan om varför en uppsättning konsistenta regler ändå kan vara inkoherenta hänvisar på ett mer direkt sätt till allmänna rättsprinciper än Dworkins svar. *We might say that a set of rules is coherent if they all satisfy or are instances of a single more general principle*, slår MacCormick fast.<sup>117</sup> En uppsättning trafiksäkerhetsregler är exempelvis koherent om reglerna kan sammanfogas

---

<sup>111</sup> Dworkin, Ronald, 1986, a.a. sid. 182f

<sup>112</sup> Ibid. sid. 225

<sup>113</sup> Ibid. sid. 228-232

<sup>114</sup> Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995, sid. 573

<sup>115</sup> Ibid. sid. 573f

<sup>116</sup> Ibid. sid. 573

<sup>117</sup> MacCormick, Neil, "Coherence in Legal Justification", ingår i, *Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Theory of legal science: proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund, Sweden, December 11-14, 1983, Reidel, Dordrecht, 1984, sid. 236

under en övergripande princip om att minimera risken för olyckor. Att i detta system infoga en regel som säger att bilar med en viss färg skall ha en annan hastighetsbegränsning än andra bilar är ett exempel på inkoherens, trots att regeln inte uppvisar någon logisk motsägelsefullhet med de andra reglerna. Regeln är helt enkelt inte kompatibel med den övergripande principen. MacCormicks koherensteori förutsätter att principerna, som generella normer, utgör skäl för de mer specifika normerna i rättssystemet. I denna mening får principerna en roll som är närliggande med reglernas ändamål. Vi kan här erinra om att Savigny ansåg att det var verksamheten att med hjälp av allmänna principer påvisa släktskap och koherens mellan begrepp i rättssystemet som ger rättsvetenskapen dess vetenskapliga karaktär.<sup>118</sup> Tanken om allmänna principers koherensskapande funktion är alltså inte ny.

Dworkins och MacCormicks teorier om koherens och principer är kompatibla med varandra, även om Dworkins teori är mer generell.

Om vi accepterar principernas koherensskapande funktion i rättssystemet kvarstår frågan om koherensens *värde*. Varför är koherens bättre än inkoherens? Peczenik är exempelvis av uppfattningen att ett koherent rättssystem erbjuder bättre skäl för att accepteras – ett koherent system blir mindre sårbart för oetiska tillämpningar.<sup>119</sup> Mot denna uppfattning har olika rättspluralistiska invändningar gjorts. Rätten präglas av en värdepluralitet.<sup>120</sup> Detta kunde vi bland annat se i kapitel 4, där Alexys teori om principer som konkurrerande optimeringskrav som utan betydelseförändring kan omformuleras till värden återgavs. Denna värdepluralitet har föranlett Raz att dra slutsatsen att *global koherens* i rättssystemet är omöjligt – dvs. att rättssystemet i sin helhet blir koherent. På sin höjd kan lokala koherenta öar uppstå.<sup>121</sup> Värdepluralismen har också använts som invändning mot koherensens värde i rättssystemet. Koherensen i rättssystemet riskerar att uppnås på bekostnad av värdepluralismen. Ju högre grad av koherens, desto fler frånvarande perspektiv.<sup>122</sup>

Alexys invändning mot dessa båda ståndpunkter är att man bortser från balanseringsprocessens koherensskapande funktion. Genom att väga olika principer mot varandra *uppnås* koherens. På detta sätt kan värdepluralismen sägas vara en förutsättning för koherensen. Avvägningar är nödvändiga för att skapa ett koherent system.<sup>123</sup> Principer som optimeringskrav, som utan

---

<sup>118</sup> Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995, sid. 573

<sup>119</sup> Dahlman, Christian, "Does Making the Law More Coherent also Make It More Acceptable?", ingår i, *Justice, morality and society: a tribute to Aleksander Peczenik on the occasion of his 60th birthday 16 November 1997*, Peczenik, Aleksander & Aarnio, Aulis (red.), Juristförl., Lund, 1997, sid. 119

<sup>120</sup> Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättsäkerhet*, Sociologiska institutionen, Univ., Diss. Göteborg : Univ., 2003, Lund, 2002, kap. 3

<sup>121</sup> Alexy, Robert, "Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion", ingår i, *On coherence theory of law*, Aarnio, Aulis (red.), Juristförl., Lund, 1998, sid. 41

<sup>122</sup> Dahlman, Christian, 1997, a.a. sid. 119

<sup>123</sup> Alexy, Robert, 1998, a.a. sid. 41

betydelseförändring kan omskrivas till värden, och som tillämpas genom balansering, möjliggör koherens genom värdepluralism, menar Alexy.<sup>124</sup>

De perspektiv som riskerar att offras på koherensens altare inkluderas således i balanseringsprocessen.

## 7.2 Regeltolkning

Principer brukar sägas fylla sin viktigaste funktion i rättstillämpningen i så kallade svåra fall. Svåra fall kan, förenklat, delas in i två grupper. Dels fall som rör svårtolkade regler, regler med uttryck som har en öppen vävnad, och dels oreglerade fall, situationer där omständigheterna inte täcks av en tillämplig rättsregel. Principernas funktion vid regeltolkning berör den förstnämnda sortens svåra fall.

En av grundpelarna i H.L.A Harts version av rättspositivism är att domstolen vid tillämpningen av svårtolkade regler (regler med *open texture*, öppen vävnad) har att använda sitt fria skön, sin *discretion*, vid avgörandet av målet.<sup>125</sup> Dworkin menar att detta är en felaktig slutsats, åtminstone om man av detta drar slutsatsen att domstolen kan göra en fri bedömning. [*In*] *most hard cases there are right answers to be hunted by reason and imagination*, hävdar Dworkin.<sup>126</sup> Enligt honom innebär ord med öppen vävnad, som *skäligt*, *oaktsam*, *orättvis* och *signifikant* i en regel, att regeln och dess tillämpning blir beroende av principer eller policys, som ligger bortom regeln. Detta får sådana regler att likna principer (dvs. viktdimensionella normer). Regeln transformeras dock inte till att bli en princip. Dess ordalydelse ställer trots allt upp en ram för rättstillämpningen. Låt oss tänka oss en regel som stipulerar oskälighet som rekvisit för avtalsjämknings, och tar rättsprinciper och policys till hjälp vid tolkningen av regeln, och finner en rättsprincip eller en policy som synes tala för att ett kontrakt skall jämkas *trots* att det är skäligt så måste vi bryta mot regeln för att kunna rättfärdiga ett sådan beslut med stöd av rättsprincipen. I dessa fall är beslutet ett exempel på rättstillämpning *contra legem*. Om normen som stipulerar jämkning på grund av oskälighet istället vore en *princip* och inte en regel, skulle en rättstillämpning i strid mot principen kunna genomföras utan ändring av lagen.<sup>127</sup> Regelns ordalydelse ställer på detta sätt upp en ram för rättstillämpningen, inom vilken domstolen med hjälp av sitt förnuft och sin fantasi, och med stöd av relevanta rättsprinciper och policys, har att eftersöka det rätta svaret. Att en domstol i svårtolkade fall har att göra en skönsmässig bedömning är inte detsamma som att domstolen är fri att agera godtyckligt. Även beslut tagna under utövande av fritt skön kan kritiseras.<sup>128</sup>

Låt oss exemplifiera detta tankesätt med en undersökning av hur tillämpningen av 36 § AvtL ser ut. 36 § AvtL beskrivs ibland som en princip, bland annat på grund av dess generalitet (se ovan). Det modala hjälpverbet i 36 § är *kan* (och inte *bör* eller *skall*), vilket skulle kunna tolkas

---

<sup>124</sup> Ibid. sid. 41

<sup>125</sup> Hart, H. L. A., 2012, a.a. sid. 144

<sup>126</sup> Dworkin, Ronald. 1986, a.a. sid. viii-ix

<sup>127</sup> Dworkin, Ronald, 1977, a.a. sid. 28

<sup>128</sup> ibid. sid. 33

som att normen inte determinerar ett beslut på ett sätt som är signifikant för den typiska rättsregeln, utan mer påminner om en princip i bemärkelsen viktdimensionell norm. Man brukar beskriva denna typ av normer som *fakultativa*, då domstolen har en möjlighet att välja att avstå från att jämka ett avtal trots att det är oskäligt.

Låt oss, för exemplens skull, i detta avseende ändå betrakta 36 § AvtL som en rättsregel med det centrala rekvisitet *oskälighet*. Om vi accepterar den rättspositivistiska grundsatsen att gällande rätt består av de regler som omfattas av erkänningsregeln, och att domaren i övrigt har att använda sitt fria skön vid rättstillämpningen, så tillskrivs domaren ett betydande mått av frihet. En sådan förståelse av regeln riskerar att resultera i att regeln blir innehållslös. Detta har föranlett synpunkten att 36 § AvtL totalt saknar rekvisit, och helt och hållet överlämnar rättstillämpningen åt domarens godtycke.<sup>129</sup>

Vid en undersökning av tillämpningen av 36 § AvtL är det uppenbart hur en rad principer fyller en viktig funktion vid tolkningen av regelns innebörd. I grund och botten ställs principen *pacta sunt servanda* mot *ekvivalensprincipen*. Utöver detta vägs exempelvis *vigilansprincipen*, *skyddsprincipen* och *lojalitetsprincipen* in. Vid tolkningen av 36 § AvtL synes dessa principer erhålla en viktdimension. Vikten av *pacta sunt servanda* ställs mot vikten av *ekvivalensprincipen*, vikten av *vigilansprincipen*, vikten av *skyddsprincipen* och vikten av *lojalitetsprincipen* osv.<sup>130</sup>

Innebär då detta att det vid tillämpningen av 36 § AvtL finns rätta och felaktiga svar? Vi kan åtminstone sluta oss till principernas betydelse vid tillämpningen av svårtolkade regler inskränker domstolens handlingsmöjligheter. Det faktum att en regels ordalydelse inte ger ett lättillgängligt svar i en viss rättstvist innebär inte att domstolen är fri att agera precis som den vill – inte ens inom ramen för regelns ordalydelse.

Ett argument som talar för tesen om det rätta svaret i svårtolkade fall har att göra med möjligheten att kritisera skönmässiga beslut. Förutsätter inte detta faktum att det finns rätta och felaktiga svar? Det kan argumenteras för att vad som implicit döljer sig i en uppfattning om att den ena lösningen på ett svårtolkat fall är bättre än den andra, är att den förstnämnda lösningen ligger närmare det rätta svaret.

Precis som med frågan om den sociala tesen, kan tesen om det rätta svaret delas in i en stark och i en svag version. Den starka versionen av tesen om det rätta svaret stipulerar att rätta svar alltid *finns* och att dessa också kan *upptäckas*. Den svagare versionen av tesen om det rätta svaret erkänner existensen av det rätta svaret men förnekar att detta svar i alla situationer (kanske inte i någon situation) kan *upptäckas*.<sup>131</sup> Om vi accepterar det ovan diskuterade argumentet för tesen om det rätta svaret, att det faktum att vissa skönmässiga beslut är bättre än andra skönmässiga

---

<sup>129</sup> André, Mathias. *Strukturer i 36 § avtalslagen*, SvJT, 1986, sid. 526-548

<sup>130</sup> För en övergripande framställning av principernas betydelse vid tillämpningen av 36 § AvtL se exempelvis Norlén, Andreas, *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, Avdelningen för rätt och rättsfilosofi, Linköpings universitet [distributör], Diss. Linköping : Linköpings Universitet, 2004, Linköping, 2004, kap. 4

<sup>131</sup> Aarnio, Aulis., 2011, a.a. sid. 165f



beslut, förutsätter en korrekt lösning, kan vi åtminstone acceptera tesen om det rätta svaret i den svagare versionen.

## 7.3 Regelutfyllning

Ovan berörde vi den typ av svåra fall som har att göra med oklarheter i en regels tolkning på grund av språkets öppna vävnad. En annan grupp svåra fall, då domstolen, enligt Hart, har att använda sitt fria skön vid rättstillämpningen är då det inte finns någon tillämplig regel.<sup>132</sup> Som vi har sett i uppsatsen är det inte ovanligt att allmänna rättsprinciper används för att avgöra målet i brist på tillämpliga regler, inte minst vid analog rättstillämpning. NJA 1987 s. 394 är ett exempel på principernas regelutfyllande funktion. Målet rörde (bland annat) frågan huruvida en medlem i en ideell förening kunde genom klandertalan få pröva om ett beslut var stadgeenligt eller ej. HD yttrade följande. *Ehuru lagreglering saknas får av allmänna rättsprinciper anses följa att medlem i en ideell förening skall genom klandertalan kunna få rättslig prövning av frågan, om ett beslut som har fattats av föreningens högsta beslutande organ strider mot stadgarna och på den grunden är ogiltigt.*

Principerna får i denna funktion en rättskällekaraktär. Vi har i uppsatsen berört frågan om principernas karaktär som rättskälla förenlighet med den sociala tesen. Framställningen av relevanta rättsprinciper görs i detta sammanhang med hänvisning till argument hämtade från de institutionella rättskällorna. Denna process är visserligen en fråga om sociala fakta, men dess oklara karaktär leder till en problematisk oförutsebarhet i detta hänseende.

Genom att använda principer som framställs genom analogi eller på annat sätt med stöd av det institutionella materialet tillgodoses även en koherent rättstillämpning.<sup>133</sup> Vidare tillgodoses den formella rättvisepincipen att lika fall skall behandlas lika.

## 7.4 Kritik och självreglering

I uppsatsen har vi sett att principer många gånger uppträder som generaliserade (eller generella) normer som rättsreglerna på de olika rättsområdena ger uttryck för. Ju starkare institutionellt stöd som kan anföras till stöd för en viss princip, dvs. ju fler regler och prejudikat som kan sägas ge uttryck för principen, desto starkare ställning i rättssystemet kan principen sägas ha. När det rättsliga materialet i de institutionella rättskällorna (på ytnivån) förändras, så kan etablerade rättsprinciper erodera, och nya rättsprinciper kan träda fram. Principerna kännetecknas på detta sätt

---

<sup>132</sup> Hart, H. L. A., 2012, a.a. sid. 252

<sup>133</sup> Jfr. Dworkins beskrivning av rättstillämparna som deltagare i en kreativt tolkande process som kan jämföras med författarna i en kedjeroman.

av en tröghet, vilket föranleder att de kan beskrivas som en slags rättslig tradition som förmedlas från en generation jurister till en annan.<sup>134</sup>

Principernas egenskap som generaliserade eller generella normer, som skäl för en uppsättning rättsregler, återspeglar även principernas fundamentala karaktär. Detta faktum leder till att många av de normer som vi kallar för principer har sedimenterats på det sätt som Tuori beskriver, från en diskursiv kunskap (från rättens ytnivå) till en praktisk kunskap (till djupare lager i rättsordningen, till rättskulturen eller rättens djupstruktur).<sup>135</sup> Principer som sedimenterade normer i rättskultur eller djupstruktur utgör en slags juristernas *habitus*, dvs. ett slags internaliserat tankemönster, vilket ofta är omedvetet eller underförstått. I denna betydelse kan principerna vara underlag för kritik av den positiva rätten, dvs. de normer som återfinns i de institutionella rättskällorna på ytnivån.<sup>136</sup> Om riksdagen stiftar en ny lag på ett visst rättsområde, som på ett uppenbart sätt strider mot etablerade (sedimenterade) rättsprinciper inom detta rättsområde, skulle dessa etablerade rättsprinciper anföras som underlag för kritik av den nya lagen. Etablerade rättsprinciper, i betydelsen sedimenterade normer, fungerar på detta sätt som en bromskloss mot totalitarism. Detta gäller särskilt de sedimenterade principer som finns i rättens djupstruktur. Dessa omfattar grundläggande demokrati- och rättssäkerhetsprinciper, samt grundläggande mänskliga fri- och rättigheter.

Eftersom sedimenterade rättsprinciper har en icke-diskursiv karaktär, fungerar de även som en slags omedveten censur för den rättsliga verksamheten. På detta sätt är den moderna rättsordningen *självreglerande*. Rättsligt material på ytnivån sedimenteras över tid till rättsprinciper i rättskultur och djupstruktur, och får i denna funktion en icke-diskursiv karaktär. De juridiska praktikernas verksamhet, i rättsvetenskapen, rättstillämpningen och lagstiftningen, styrs därefter underförstått av det sedimenterade materialet.<sup>137</sup>

Rättsprinciperna kan i denna betydelse sägas ha tagit över rollen och funktionen som den naturliga lagen hade i en medeltida rättsordning.<sup>138</sup> På samma sätt som normerna i *ius naturale* i den medeltida rättsordningen kunde anföras som underlag för utvärdering (och begränsning) av den positiva rätten, kan sedimenterade rättsprinciper sägas ha funktionen som kritikunderlag och självreglering av det juridiska materialet i en senmodern västerländsk rättsordning.

Principernas funktion som kritikunderlag innebär alltså att rättsordningen blir självreglerad. I denna mening uppstår en brygga mellan det rättsliga och det etiska. Rättsprinciperna transformeras i sedimenteringsprocessen från att *endast* ha en rättslig karaktär, till att *också* bli en etisk självklarhet i de rättsliga praktikernas medvetande.

---

<sup>134</sup> Aarnio, Aulis, 1987, a.a sid. 25

<sup>135</sup> För en redogörelse av Tuoris teori, se ovan i kapitel 3.2

<sup>136</sup> Tuori, Kaarlo, 2002, a.a. sid 217ff

<sup>137</sup> Tuori, Kaarlo, 2002, a.a. sid. 219

<sup>138</sup> För en övergripande framställning av medeltida naturrättsliga tankar om rättsordningen, se exempelvis Freeman, Michael D. A., *Lloyd's introduction to jurisprudence*, 8. ed., Sweet & Maxwell, London, 2008 sid. 99-102

Det finns dock viktiga skillnader mellan normerna i *ius naturale* och sedimenterade rättsprinciper som rättsordningens etiska fundament. Sedimenterade rättsprinciper har samtliga sitt ursprung i det rättsliga materialet på ytnivån och sedimenteringsprocessen är en fråga om (måhända otydliga, men likväl) sociala fakta. Detta leder till två viktiga skillnader i förhållande till principerna i den naturliga lagen. Dessa ansågs transcendentala och eviga. Sedimenterade normer är både inomvärldsliga och föränderliga, även om processen är trög. I detta ligger också styrkan i Tuoris teori. Sedimenterade rättsprinciper utgör ett etiskt fundament för den positiva rätten oberoende av en metafysisk värderalism. Rättsprinciperna som sedimenterade normer i djupare lager i rättsordningen har sitt ursprung i rättens ytnivå, i rättsliga beslut. Sedimenteringsprocessen, där dessa normer internaliseras i juristernas medvetande, som etiska självklarheter, är också en fråga om sociala fakta.

Sedimenterade rättsprinciper som ett etiskt fundament för rättsordningen skall alltså inte uppfattas som en förutsättning för rättsordningens formella giltighet, till skillnad från normerna i *ius naturale*, i den medeltida rättsordningen. Tuori gör heller inte anspråk på de sedimenterade rättsprincipernas etiska realism. Istället är sedimenteringsprocessen, där vissa rättsprinciper sedimenteras till att också utgöra en etisk självklarhet i juristkåren, en fråga om ett sociologiskt faktum.

På detta sätt kan sedimenterade rättsprinciper beskrivas som den moderna rättens etiska fundament, samtidigt som den moderna rättens positiva natur upprätthålls.

# Käll- och litteraturförteckning

## Tryck:

Aarnio, Aulis, *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*, Reidel, Dordrecht, 1987

Alchourrón, Carlos E. & Bulygin, Eugenio, *Normative systems*, Wien, 1971

Alexy, Robert, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, New York, 2010

Alexy, Robert, *Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion*, ingår i, *On coherence theory of law*, Aarnio, Aulis (red.), Juristförl., Lund, 1998

André, Mathias, *Strukturer i 36 § avtalslagen*, SvJT, 1986, 526-548

Bull, Thomas & Sterzel, Fredrik, *Regeringsformen: en kommentar*, 2., korr. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Dahlman, Christian, ”Does Making the Law More Coherent also Make It More Acceptable?”, ingår i, *Justice, morality and society: a tribute to Aleksander Peczenik on the occasion of his 60th birthday 16 November 1997*, Peczenik, Aleksander & Aarnio, Aulis (red.) Juristförl., Lund, 1997

Dahlman, Christian, *Konkurrerande culpakriterier*, Studentlitteratur, Diss. Lund : Univ.,Lund, 2000

Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Belknap Press, Cambridge, Mass., 1986

Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard Univ.Press, Cambridge, Mass., 1977

Freeman, Michael D. A., *Lloyd's introduction to jurisprudence*, 8. ed., Sweet & Maxwell, London, 2008

Frändberg, Åke, *Om analog användning av rättsnormer: En analys av analogibegreppet inom ramen för en allmän juridisk metodologi*, Diss. Uppsala,Stockholm, 1973

Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Univ., Diss. Göteborg : Univ., 2003,Lund, 2002

Habermas, Jürgen, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, MIT, Cambridge, Mass., 1998

Hart, H. L. A., *The concept of law*, 3. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012

Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm, 2001

Jareborg, Nils, *Värderingar*, Norstedt, Stockholm, 1975

Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran: allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter = [The doctrine of assumptions] : [general conditions for avoidance on the grounds of unassumed circumstances]*, Iustus, Diss. Uppsala : Univ., Uppsala, 1989

MacCormick, Neil, "Coherence in Legal Justification", ingår i, *Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Theory of legal science: proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund, Sweden, December 11-14, 1983, Reidel, Dordrecht, 1984

Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2007, Stockholm, 2007

Norlén, Andreas, *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, Avdelningen för rätt och rättsfilosofi, Linköpings universitet [distributör], Diss. Linköping : Linköpings Universitet, 2004, Linköping, 2004

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995

Prawitz, Dag, "Några filosofiska synpunkter på rationell argumentering i rättsvetenskapen", ingår i, *Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen*, Peczenik, Aleksander (red.), Juristförl., Stockholm, 1985

Reidhav, David, *Reasoning by analogy: a study on analogy-based arguments in law*, Faculty of Law, Lund University, Lund, 2007

Ross, Alf, *On law and justice*, Lawbook Exchange, Clark. N. J., 2004[1959]

Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllning: undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*, Iustus, Diss. Uppsala : Uppsala universitet, 2008, Uppsala, 2008

Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?*, Jure, Stockholm, 2009

Spaak, Torben, ”Rättspositivism och juridisk metod”, ingår i, *Juridisk metodlära*, Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.) 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Sundby, Nils Kristian, *Om normer*, Univ.-forl., Diss. Oslo : Univ.,Oslo, 1974

Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*, 5., [uppdaterade och bearb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 1996

Svensson, Eva-Maria, ”Genusrättsvetenskap och juridiska metoder”, ingår i, *Juridisk metodlära*, Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Tuori, Kaarlo, *Critical legal positivism*, Ashgate, Aldershot, 2002

Tuori, Kaarlo, *Rättens nivåer och dimensioner*, Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet, Helsingfors, 2008

### **Elektroniskt:**

Aarnio, Aulis., *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer Netherlands, Dordrecht, 2011

Alexy, Robert. *Constitutional rights, balancing, and rationality*. Ratio Juris 16.2, 2003

Dotevall, Rolf, *Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal*, SvJT 2002 s 443ff

Hoecke, M. V. *The Use of Unwritten Legal Principles by Courts*. Ratio Juris, 8, 1995, sid. 248-260.

Nationalencyklopedin, uppslagsord: koherensteorin för sanning, <http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/koherensteorin-för-sanning>

Raz, Joseph. *Legal principles and the limits of law*, Yale Law Journal 1972, sid. 823-854

Raz, Joseph., *The authority of law: essays on law and morality*, Clarendon, Oxford, 1979

# Rättsfallsförteckning

NJA 1987 s. 394  
NJÄ 2013 s. 1248  
NJÄ 2014 s. 332