



# LUND UNIVERSITY

## Rättens transcendens. Om skälighet inom avtalsrätten och relevansen av Rawls rättviseteori

Dahlstrand, Karl

*Published in:*  
Vetenskapssocieteten i Lund. Årsbok 2014

2014

*Document Version:*  
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*  
Dahlstrand, K. (2014). Rättens transcendens. Om skälighet inom avtalsrätten och relevansen av Rawls rättviseteori. I H. Rahm (Red.), *Vetenskapssocieteten i Lund. Årsbok 2014* (s. 39-64). (Årsbok). Vetenskapssocieteten i Lund.

*Total number of authors:*  
1

### General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:  
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117  
221 00 Lund  
+46 46-222 00 00

*Karl Dahlstrand*

## Rättens transcendens

Om skälighet inom avtalsrätten  
och relevansen av Rawls rättviseteori

Det kan ju hända att du aldrig olagligen bedragit någon; men hur många har du lagligen bedragit?<sup>1</sup>

### Inledning

Följande kapitel kommer att behandla avtalsrättens centrala generalklausul som gör det möjligt att jämka eller ogiltigförklara oskäligen avtalsvillkor. Paragrafen är omstridd och har tilldragit sig intresse då den öppnar upp för rättstillämparens skönsmässiga avgöranden – det inte finns några riktlinjer för vad som kan betecknas som oskäligen utöver den domstolspraxis som utvecklats. Det kan därmed vara svårt att förutse effekterna av ett avtal och generalklausulen har även tillämpats analogt inom andra rättsområden än avtalsrätten.<sup>2</sup> Generalklausulen är därtill intressant ur flera moralfilosofiska, samhällsvetenskapliga och rättsvetenskapliga perspektiv. I den följande framställningen kommer särskilt den analytiska filosofin och John Rawls rättviseteori att lyftas fram och diskuteras utifrån denna generalklausul.

Lagen reglerar det offentligas olika ambitioner rörande de enskilda och offentliga rättssubjekts ageranden medan avtalet kan sägas utgöra de enskildas lag som ingås och reglerar deras olika mellanhavanden. Sådana ”privata lagar” – alltså avtal – ingår vi dagligen i vår egenskap av konsument eller företrädare för företag och myndigheter.<sup>3</sup> Dessa avtal representerar överenskommelser som på grund av sin form kan medföra olika rättsverkningar såsom rättigheter och/eller skyldigheter för parterna. Inom avtalsrätten är principerna om avtalsfrihet och avtalets bindande verkan de allmänna rättsgrundsatser som utgör avtalsrättens grundfundament. Avtalsfriheten rör dels rätten att välja om man vill ingå avtal eller ej samt rätten att ge avtalet det innehåll man önskar. En annan allmän rättsgrundsats är *Pactum turpe*; avtal i strid mot lag eller goda seder är ogiltiga och saknar rättsverkningar. Samtidigt kan avtalet sägas föregå lagen enligt de

många kontraktsteorier som har presenterats under historien där staten ses som ett resultat av en frivillig överenskommelse varigenom individerna avhänt sig en del sin frihet till förmån för en politisk ordning med en suverän lagstiftare.

Om rättsstaten ska värna att avtal upprätthålls finns det alltså en fråga om vad som inte är acceptabla avtalsvillkor som handlar om domstolens roll gentemot avtalsfriheten. Om statens roll begränsas till att ställa sig bakom ingångna avtal och beivra avtalsbrott skulle frågan om avtalens materiella innehåll, förhållandena vid dess ingång och dess konsekvenser vara en icke-fråga. Så är som bekant inte fallet. För tillämpning av 36 § avtalslagen, den generella jämnings- och ogiltighetsregeln avseende avtalsförhållanden, krävs att ett avtalsvillkor är ”oskäligt”. Generalklausulen uppvisar ett slags janusansikte i den meningen att rättens koppling till staten som politisk tvångsordning uppvisas samtidigt som generalklausulens centrala rekvisit *oskäligt* visar på rättens beroende av begrepp och bedömningar som *transcenderar* rätten. Båda dessa aspekter kan på ett tydligt sätt relateras till den rättviseteori som kontraktsteoretikern John Rawls har presenterat. Att rättens ”normativa grundmönster” så att säga transcenderar i meningen genomsyrar och överskrider den positiva rättens innehåll är inget kontroversiellt i sig utan brukar framhållas i introducerande böcker i juridik. Man kan exempelvis läsa i en introduktionsbok i juridik: ”Rättsordningen bygger på, återspeglar och respekterar gängse värderingar i samhället, något som inte sällan framgår direkt av lagtexten, genom hänvisningar till skälighet, rimlighet, god sed med mera.”<sup>4</sup>

### Ett oklart rättsläge

Ibland kan det vara oklart huruvida en rättsregel passar rättsfakta i det enskilda fallet vilket aktualiserar juridikens tolkningsläror och rättens konfliktlösande och komplexitetsreducerande potential.<sup>5</sup> Just tolkningsfrågor och vaga rekvisit, som exempelvis en skälighetsbedömning representerar, aktualiserar således rättens essens. Hydén och Hydén (2011) skriver ”(ä)r det så att det finns en tillämplig regel som ger anvisning om lösning av konflikten, föreligger oftast heller inget tolkningsproblem. Det finns då ingen anledning att gå till domstol. Då löser de berörda individerna eller deras advokater själva konflikten. Den juridiska sakkunskapen träder in i de fall regeln kräver tolkning för att kunna tillämpas på ett enhetligt sätt som godtas av de inblandade.”<sup>6</sup> Samtidigt utgör tillämpningen av regler som 36 § avtalslagen en konkretisering av de yttersta gränserna för det rättsligt tillåtna handlandet inom avtalsområdet och därmed uppställer de normativa gränserna för avtalsfriheten vilket

ytterst blir en fråga om samhällssyn och politiska prioriteringar.<sup>7</sup> Därför finns det även ett rättssociologiskt intresse av att studera argumentationen och tillämpningen av den typ av generalklausul som 36 § avtalslagen utgör, liksom annan rättslig beslutsmotivering som utgår från olika lämplighetsbedömningar på skönsmässig grund.<sup>8</sup> Användningen av vaga rekvisit kan vara en medvetet vald lagstiftningsstrategi, Lehrberg skriver exempelvis i sin bok *Praktisk juridisk metod* att ”(f)rån språklig vaghet bör man skilja den bristande precision som utmärker opreciserade anvisningar för domstolarnas rättsliga bedömningar. Ordet ’oskäligt’ i 36 § avtalslagen (AvtL) är i sig självt, betraktat från rent språklig synpunkt, föga upplysande. Ordet har emellertid inte till huvudsaklig funktion att ge preciserad information, utan att lämna utrymme för en friare rättslig bedömning.”<sup>9</sup> Den rättspositivistiska rättsteoretikern H. L. A. Hart är känd för att ha betonat den generella vaghet som språket erbjuder. Eftersom juridik och rättens regler är beroende av språket så är detta en omständighet som får relevans för rättstillämpningen och en rad av de förväntningar vi ställer på rättslig verksamhet. Om exempelvis regeltolkningen p.g.a. att språkets begrepp är ”öppet vävda” och att rättstillämparens skönsmässiga beslut medför en utslätning mellan *varat* och *börat* så att rätten har svårigheter att kunna uppvisa en praktisk skillnad från den sociala, ekonomiska etc. kontexten har vi problem.<sup>10</sup> För icke-jurister kan det faktum förvåna att inom rättsvetenskapen finns insikten att juridiken inte känner sina egna lagar och att reglerna inte kan ange hur reglerna ska tolkas, men för den följande redovisningen räcker det med att Hart har visat på att den juridiska argumentationens självständighet eller särart endast är relativ.<sup>11</sup>

## Rätt eller gott?

Aristoteles beskriver skälighetsbedömningens paradox och samtidigt dess viktiga roll som ett slags komplement till den formella och generella lagen: ”... (D)et skäligen är rätt, men inte i legal bemärkelse utan i betydelsen ’korrigerad av den lagliga rättvisan.’ Orsaken härtill är att alla lagar är generella, medan det i fråga om vissa ting är omöjligt att komma med riktiga generaliseringar. I de fall där det är nödvändigt med generella stadganden, men dessa inte kan avfattas riktigt, tar lagen upp det vanligaste fallet, utan att för den skull vara omedveten om risken för misstag. Och häri är den inte desto mindre riktig, emedan misstaget varken beror på lagen eller lagstiftaren utan ligger i själva handlingens natur.”<sup>12</sup> Enligt Aristoteles är det skäligen bättre än en form av rättvisa, trots att det inte är bättre än det rätta i allmänhet, utan bara bättre än de misstag som

kan uppstå på grund av de generaliseringar som kan följa på när generella regler tillämpas. Det skäligen och det rätta är således överlappande begrepp fast det skäligen representerar en korrigerande av lagens tillämpning i den mån denna är bristfällig på grund av sin generella avfattning. Att det skäligen är ett så centralt rättsligt begrepp visar på svårigheten att reglera framtida bedömningar och ”anledningen till att allting inte finns utsatt i lagen, emedan det är omöjligt att stifta lagar för vissa saker”.<sup>13</sup> Den följande framställningen kommer inte primärt att behandla Aristoteles framställning utan den deontologiska rättviseteori som Rawls presenterat enligt vilken det som är rätt inte är beroende av vad som är gott.<sup>14</sup> Det är inte de goda konsekvenserna som motiverar att ett kontrakt skall hållas enligt Rawls utan att hålla kontrakt är gott eftersom det är rätt, men det är inte rätt för att det är gott eller ger upphov till goda resultat. Utifrån ett utilitaristiskt perspektiv är vad som är rätt beroende av vad som är gott, om det är rätt att hålla avtal så är det på grund av att det leder till det goda.<sup>15</sup>

Genom avtalslagens generalklausul om jämkning av oskäliga avtalsvillkor konkretiseras Aristoteles beskrivning ovan om hur generella lagrum aktualiserar behovet av skälighetsbedömningar. Enligt 36 § avtalslagen får ett avtalsvillkor bli föremål för jämkning eller lämnas utan avseende om villkoret är oskäligt – vilket får avgöras med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Domstolen ställs alltså inför en skälighetsbedömning huruvida ett oskäligt avtalsvillkor föreligger, och för denna skälighetsbedömning ställs domstolen i stort utan närmare anvisning, vare sig i lagtexten eller i dess förarbeten.<sup>16</sup> Inom rättsvetenskapen har problematiken med generalklausulens närmare innehåll uppmärksamrats, och det har framförts att 36 § avtalslagen saknar rekvisit.<sup>17</sup> Osäkerhet kring hur skälighetsbedömningen ska göras har således återkommande uppmärksamrats, men låt oss titta närmare på möjligheten att nå bortom uppfattningen (jfr *de gustibus non est disputandum*) att man inte kan argumentera om 36 § avtalslagens normativa innehåll.<sup>18</sup> Det kan t.o.m. vara så att denna uppgift är en helt nödvändig förutsättning för att tillämpningen av 36 § avtalslagen inte ska riskera rättsäkerheten och börja leva ett eget liv bortom mer eller mindre kända rättviseföreställningar.<sup>19</sup>

## Rättvisa som skälighet

Ett av de mest betydelsefulla försöken att konstruera en vetenskaplig analysmodell om rättvisa och skälighet är den Rawls presenterade i boken *A Theory of Justice* (1971). Sedan Kants dagar har få lagt fram en så övertygande nor-

mativ politisk filosofi om hur den politiska ordningen i ett samhälle *bör* se ut. Rawls ansats är således av normativ karaktär om vad rättvisa bör betyda. Därför brukar Rawls sägas återföra den politiska filosofin till dess klassiska karaktär. Eftersom Rawls teori om rättvisa kan sägas återföra den politiska teorin till det önskvärda och gör detta med hjälp av det skäligen visas på en koppling till 36 § avtalslagen.<sup>20</sup> Varför Rawls teori anses vara så magnifik är troligen för att den inte stannar vid det önskvärda utan försöker även uppställa förutsättningarna för det önskvärda genom studiet av det genomförbara.<sup>21</sup> Vad Rawls eventuellt lyckas med är att återförena dessa begrepp som riskerade att förbli åtskilda.<sup>22</sup> Denna ambition gör att Rawls söker förnuftiga lösningar på konflikter mellan olika värden och mellan olika intressen i samhället.<sup>23</sup> Genom sin teori om rättvisa som skälighet menar Rawls ha funnit en lösning på konflikten mellan frihet och jämlikhet.<sup>24</sup> De rättvisepprinciper som presenteras är de som fria och rationella personer skulle komma överens om i en tänkt ursprungsposition. Frågan är ett tankeexperiment: vilket normsystem kan uppfattas som rättvist av förnuftiga och resonerande personer försatta i en specifik situation? Bakom en hypotetisk slöja av okunnighet, där ingen känner sin plats i samhället, fattar fria människor beslut om sina rättigheter och skyldigheter. Vilket, som Rawls skriver, ”innebär bl.a. att en förnuftig person är villig att argumentera med stöd av principer som godtas av andra”.<sup>25</sup> När rationella människor i ursprungspositionen och bakom okunnighetsslöjan överväger samhällsordningen menar Rawls att alla skulle hävda att vissa rättvisepprinciper om hur samhället bör vara beskaffat är berättigade. Teorin är utformad som en kontraktsteori och är främst ett angrepp på utilitarismen.<sup>26</sup> Om Rawls teori är individualistisk eller kollektivistisk är inte helt klart.<sup>27</sup> Det faktum att Rawls så tydligt vänder sig mot utilitarismen är värt att notera eftersom en konsekvensetiker kan hävda att staten skall vara oförhindrad att genom demokratiska majoritetsbeslut upphäva dem – eller förbjuda att de alls ingås eftersom avtal kan ha dåliga konsekvenser, även om de ingås frivilligt.<sup>28</sup> Detta medför även att det enligt en utilitarist och kognitivist som Bentham finns ett samband mellan juridiken och moralen då avtal och lagar påverkar människor och de kan bli ”utsatta” för olust och lust.<sup>29</sup> Som en följd av Rawls ställningstagande mot utilitarismen avvisas naturalismen inom den kognitiva uppfattningen,<sup>30</sup> Rawls intar likt Kant snarare den non-kognitiva uppfattningen, vilket har betydelse för hur skälighet kan definieras.<sup>31</sup>

Rawls rättviseteori kan sammanfattas i meningen: Alla socialt primärt goda ting – frihet och möjlighet, inkomst och rikedom och grundvalarna för självrespekt – skall fördelas lika om inte en olik fördelning av någon av alla dessa goda ting är till fördel för den sämst lottade. En av Rawls centrala principer stipulerar att sociala

och ekonomiska ojämlikheter ordnas på ett sådant sätt att största möjliga fördel kommer den sämst ställda tillgodo och rättvis jämlikhet upprätthålls vad gäller möjligheter.<sup>32</sup> Den s.k. ”differensprincipen” är en rättvisprincip som innebär att människor endast har rätt till en större resursandel om de kan visa att en sådan fördelning är fördelaktig för dem som får mindre andelar.<sup>33</sup> Differensprincipen torde därför inte vara förenlig med en oreglerad marknad eller en avtalsrätt utan 36 § avtalslagens jämnings- och o giltighetsmöjlighet. Principen liknar en kompensationsprincip som påvisar behovet av att oförtjänta ojämlikheter kompenseras av en samhällelig omfördelning. Därför skriver Rawls apropå kompensationsprincipen att ”man genom kompensation för snedfördelning av kontingenta förhållanden ska gå i riktning mot jämlikhet”.<sup>34</sup> För Rawls är en rättvis ekonomisk ordning en ordning som underbygger den andra rättvisprincipen genom lämplig lagstiftning då Rawls strävar efter att upphäva ”oförtjänta ojämlikheter”.<sup>35</sup> (Den första principen är en frihetsprincip: alla ska ha rätt till ett så vidsträckt system av friheter som är förenligt med att alla har ett liknande frihetssystem).

Rawls presenterar ytterligare en princip, som enligt hans teori väljs i ursprungspositionen, och som kallas för skälighetsprincipen. Principen innehåller två villkor: ”för det första att institutionen är rättvis (eller skälig), det vill säga att den svarar mot de båda rättvisprinciperna, och för det andra att man frivilligt har accepterat fördelarna med arrangemanget eller dragit nytta av möjligheterna att främja ens egna intressen det erbjuder”.<sup>36</sup> Enligt Rawls finns det inga förpliktelser som inte anges av skälighetsprincipen och man kan inte vara bunden av orättvisa institutioner oavsett om handlingarna utförts med samtycke.<sup>37</sup> Orättvisa samhällsarrangemang är enligt Rawls ”i sig ett slags framtvingande, ja, till och med överväld, och det samtycke man ger är inte bindande”.<sup>38</sup> Rawls menar vidare att det utifrån ursprungspositionen är rationellt att samtycka till skälighetsprincipen då förpliktelser till fördel för båda parter ligger i allas intresse.<sup>39</sup> Ursprungspositionen spelar en central roll då detta är det ändamålsenliga utgångsläge som försäkrar oss om att de grundläggande överenskommelser man där träffar är skäliga.<sup>40</sup> Rawls vill ju utifrån dessa premisser utröna vilka principer det vore rationellt att välja i en kontraktssituation. Teorin om rättvisa är alltså en teori om rationella val och med hjälp av ursprungssituationen vill Rawls avgöra efter vilka principer samhället i sin helhet ska organiseras för att bli rättvist: politiska och ekonomiska institutioner, rättigheter och skyldigheter, ekonomisk fördelning etc. – rättvisprinciperna ska enligt Rawls reglera alla överenskommelser och alla typer av socialt samarbete.<sup>41</sup> Rawls skriver att ”(r)ättvisa som skälighet börjar, som sagt, med ett av de mest generella val personer kan tänkas göra tillsammans,

nämligen valet av grundprinciperna i den rättvisepuffattning som därefter ska reglera all kritik mot institutioner och alla reformer av dem”.<sup>42</sup> Vidare skriver Rawls ”(r)ättvisprinciperna hanterar motstridiga anspråk på de fördelar man vinner genom socialt samarbete; de tillämpas på relationerna mellan flera personer eller grupper”.<sup>43</sup> Rawls visar således att rättvisprinciperna har praktisk betydelse för enskilda kontrakt mellan människor.

Rawls visar med sin teori hur vi kan närma oss normativa frågor där man kan rationellt motivera olika slutsatser. Att Rawls teori och 36 § avtalslagen är teoretiskt sammanlänkade visas av att Rawls skriver ”i själva verket är den kumulativa effekten av social och ekonomisk lagstiftning att grundstrukturen specificeras”.<sup>44</sup> Grundstrukturen och de viktigaste samhällsinstitutionerna (den politiska författningen, de primära ekonomiska och sociala arrangemangen) är de som fördelar grundläggande rättigheter och skyldigheter. Rawls skriver vidare ”som exempel på institutioner, eller mer allmänt sociala praktiker, kan vi tänka på spel och ritualer, rättegångar och parlament, marknader och egendomssystem”.<sup>45</sup> Enligt Rawls ska befintliga institutioner bedömas i ljuset av rättviseteorin – de är orättvisa om de avviker från den utan tillräckliga skäl.<sup>46</sup> Det är rättvisprinciperna för samhällets grundstruktur som den ursprungliga överenskommelsen handlar om och det är dessa rättvisprinciper som påverkar lagstiftningen i enlighet med hans teori. I avsnittet ”Om rättviseteorins bärande idé” skriver Rawls ”dessa principer är de som fria och rationella personer, angelägna om att befärma sina egna intressen, i ett jämligt utgångsläge skulle låta bestämma de grundläggande villkoren för sammanslutningen. Rättvisprinciperna ska därefter reglera alla överenskommelser, de anger vilka typer av socialt samarbete man kan ge sig in i och vilka styrelseformer som kan upprättas.”<sup>47</sup> Rawls konkretiserar principernas betydelse när han beskriver vilka konsekvenser de får för institutionerna, exempelvis att differensprincipen ”föreskriver att den sociala och ekonomiska politiken ska sikta på att maximera de minst gynnades långsiktiga förväntningar under betingelser där man har någorlunda lika möjligheter, under förutsättning att man kan upprätthålla samma frihet för alla. Här börjar hela skalan av generella ekonomiska och sociala fakta spela in.”<sup>48</sup>

Rawls tänker sig alltså att författningen och de lagar som antas är ”i enlighet med de rättvisprinciper som man från början kom överens om”<sup>49</sup> och det är en fråga om hur rättvisa lagarna är. Lagförslagen granskas av personer som ”alltid saknar kännedom om alla enskildheter om sig själv” och lagförslagen måste uppfylla rättvisprinciperna, men dessutom hålla sig inom de gränser som har slagits fast i författningen. Genom att röra sig fram och åter mellan författningskonventet och lagstiftningsfasen finner man den bästa författningen



menar Rawls.<sup>50</sup> Frågan är därför ”vilka lagar rationella lagstiftare, på lämpligt sätt begränsade av okunnighetens slöja och i denna bemärkelse opartiska, skulle anta för att förverkliga rättvisepuffattningen”.<sup>51</sup> Samhällets grundstruktur avgör således i stort hur de olika nyttigheterna i samhället kommer att fördelas, men flera olika grundstrukturer kan uppfylla teorins principer.<sup>52</sup>

## Om friheten

Enligt Rawls teori har frihetsprincipen företräde framför differensprincipen. Eftersom Rawls hävdar att friheten får inskränkas endast för frihetens skull anser jag att Rawls frihet rör en frihet ”till” olika sociala möjligheter att använda friheten och inte en frihet ”från” olika hinder. Rawls skriver att friheten måste bedömas som en helhet och att friheten skall vara jämnt fördelad och underställd målet för den sociala rättvisan.<sup>53</sup> Det går att se vissa likheter mellan Rawls hypotetiska konstruktion av grunden för rättvisan och den beskrivning av friheten som Isaiah Berlin utvecklat. Enligt Berlin identifierar Kant friheten inte med avskaffandet av begär, utan med motstånd mot dem och kontroll över dem. ”Jag följer lagar, men jag har gjort dem till en del av eller funnit dem i mitt eget otvingade jag. Frihet är lydnad, men ’lydnad mot en lag som vi ålägger oss själva’. Min fria verksamhet måste därför, *ex hypothesi*, lyftas upp över den orsaksbundna empiriska världen.”<sup>54</sup> Utifrån begreppen positiv och negativ frihet kan man sammanfatta positionerna så att en tonvikt på negativ frihet ger i regel individer fler vägar att följa. Positiv frihet öppnar i regel färre vägar, men ger bättre skäl eller större möjligheter att slå in på dem.<sup>55</sup> Om man liknar frihet vid en rad öppna dörrar kan man säga att med betonandet av positiv frihet i form av en paragraf som 36 § avtalslagen ersätts de många skumma dörröppningarna med färre antal – men upplysta och där lampan utgörs av 36 § avtalslagen. Enligt min mening är 36 § avtalslagen, på grund av att den ger bättre skäl eller större möjligheter att ingå avtal för en viss person, ett exempel på positiv frihet enligt Berlin, eller den objektiva enligt Hegel. Möjligheten till personligt framträdande ökar vilket belyser den politiska dimensionen av den positiva friheten.<sup>56</sup>

Definitionen av vilken form av ”personligt framträdande” som är önskvärd är dock relaterat till vilken form av frihet man värderar. Det framgår av Hobbes, en av den negativa frihetens företrädare, som menade att ”denna sorts frihet förutsätter avsaknaden av hinder för människor att sätta sig själva i rörelse, människor som drivs av sina oemotståndliga begär – dvs. av nödvändighetens krav”.<sup>57</sup> Enligt min mening visar Hobbes genom sin framställning av den negativa friheten på att behovet av inskränkning kan påkallas av politiska skäl, alltså

betoning av positiv frihet utformad som i 36 § avtalslagen.<sup>58</sup> Således är begreppen positiv och negativ frihet relevanta då de fångar konflikten mellan avtalsfrihet och rättsliga krav på skäliga avtal. Detta följer av definitionen av den negativa friheten ”att det inte finns några yttre hinder som gör att man inte kan förverkliga sina önskningar”.<sup>59</sup> För någon av avtalsparterna innebär ju 36 § avtalslagen en inskränkning av friheten definierad som negativ. Men om man definierar positiv frihet som ”att man har praktiska möjligheter att förverkliga sina önskningar”<sup>60</sup> ger 36 § avtalslagen en annan (svagare) part större frihet än utan på grund av den praktiska möjligheten att t.ex. ogiltigförklara ett avtal. Om det oskäligen i ett avtalsvillkor består i att ena partens frihet inskränks utan motsvarande kompensation torde 36 § avtalslagen inte stå i konflikt med Kant. Detta följer av att Kant såg ”juridikens uppgift att försvara människor mot andras omoraliska handlingar”. Det omoraliska består i att handlingen inte är förenlig med andras frihet och juridiska lagar är därför rätta om de skyddar friheten.<sup>61</sup> Mot uppfattningen att friheten förverkligas som en följd av statens intervenerande regler likt 36 § avtalslagen, kan slutligen hävdas att den som gör något bara därför att det är sed inte gör något val.<sup>62</sup> Enligt Friedman är ett av ”liberalens viktigaste mål i själva verket att låta individen själv få brottas med det etiska problemet och frågan vad han ska göra med sin frihet”.<sup>63</sup> Den klassiska doktrinen leder enligt Berlin till antagandet att det endast är människors oförnuft som får dem att vilja förtycka eller utnyttja eller förödmjuka varandra, ”(r)ationella människor respekterar förnuftets princip hos andra och saknar allt begär att strida mot eller göra sig till herre över andra”.<sup>64</sup> Således skulle inte något behov av att jämka oskäligen avtal finnas om människor vore rationella. Den konflikt som konventionellt sett brukar uppfattas mellan rationalism och etik skulle följaktligen vara falsk. Men den leder också till den svårhanterliga konsekvensen att en minskning av parternas avtalsfrihet egentligen inte är en inskränkning. Enligt Berlin är detta uppfattningen hos en rad klassiska tänkare som Montesquieu, Kant, Spinoza, Locke och Burke. Enligt Locke är lagar nödvändiga för frihet ”eftersom rationella lagar visar på en människas ’egentliga intressen’ eller ’allmänna bästa’ och tillägger att eftersom det är sådana lagar som ’utgör vårt skydd mot trask och avgrunder’ så ’är de illa förtjänta av namnet begränsning’”.<sup>65</sup>

## Olika nivåer

Tillämpningen av 36 § avtalslagen, som är tvingande lagstiftning och således inte kan avtals bort, förutsätter alltså på ett tydligt sätt att privata konflikter lyfts upp till en rättslig nivå.<sup>66</sup> Detta förutsätter i sin tur en rättsstat och en

offentlig sfär där en normativ tolkning av avtalet kan göras.<sup>67</sup> Arendt har hävdat att ”endast om det finns en offentlig sfär kan det också finnas en politik som innebär något annat än att den ena parten behärskas av den andre”.<sup>68</sup> Rawls rör sig troligen i liknande tankar då han anser att vi inte kan klara oss utan antagandet att åtminstone de flesta människorna i ett samhälle har ett sinne för rättvisa.<sup>69</sup> Han utgår vidare ifrån att det finns ”ett dialektiskt samband mellan normer och beteende”.<sup>70</sup> Habermas menar att för rättsnormer gäller att deras giltighet eller legitimitet måste stödja sig på olika typer av diskurser om moraliska rättvisefrågor, liksom på rättvist reglerade förhandlingar och att rättsnormer måste vara i samklang med moraliska rättvisepprinciper för att överhuvudtaget kunna gälla som legitima.<sup>71</sup> Habermas menar även att de teorier som utgår ifrån fördragslutande privaträttssubjekt är falska i form av ”den individualistiska beskrivningen av subjekten samt inskränkningen till resultatorienterat handlande”.<sup>72</sup> Habermas kritik är en form av kommunitaristernas kritik då de vänder sig mot den individualistiska ansatsen, men Rawls vill presentera en generell kontraktsteori och samtidigt lyfta upp den till en hög abstraktionsnivå.<sup>73</sup> Kommunitarister som Taylor kritiserar upplysningsliberalismen för att ha medverkat till att ”dygdens tradition” har brutits.<sup>74</sup> MacIntyres, en annan kommunitarist, menar att moderna liberaler som Rawls inte bidrar till att rekonstruera gemenskapen och dess uppfattning av det gemensamma goda utan bara fortsätter på den olyckliga vägen.<sup>75</sup>

Att 36 § avtalslagen kan ses länkad till en slags grundstruktur som uttrycker en rättvisuppfattning menar jag framgår av de omständigheter som ska beaktas vid skälighetsbedömningen. Det är bl.a. värderingar och principer som lagts till grund för tvingande lagstiftning på närliggande områden samt dispositiva regler som är uttryck för rättspolitiska bedömningar. Omständigheter i övrigt – som exempelvis god sed, diskriminering och annat som kan anses som relevant – kan också beaktas.<sup>76</sup> RF 1:2 borde exempelvis kunna nämnas i samband med 36 § avtalslagens normativa innehåll. Den nämnda regeln kan enligt min mening även antas vara förbunden med grunden för rättsordningen.<sup>77</sup> Betydelsen av samhällliga och rättsliga dygder i relation till 36 § avtalslagen och dess skälighetsbedömning återkommer jag till nedan. Det finns goda skäl för att betrakta 36 § avtalslagen inte så mycket som *en* rättsregel utan som ett uttryck för flera rättsprinciper som kan utgöra stöd för att oskäliga avtalsvillkor kan jämkas eller ogiltigförklaras under särskilda förhållanden.<sup>78</sup> Enligt Peczenik måste två villkor samtidigt vara uppfyllda för en rättsprincip. För det första att ”– principen passar väl till rättens ’institutionella historia’, nämligen till lagar, prejudikat och andra rättskällor, och

– principen uttrycker juristers och allmänhetens föreställning om riktighet, rättvisa eller någon annan 'dimension' av etiken".<sup>79</sup>

### ”Sanningens återkomst”

Den andra relevanta aspekten av Rawls är hans idé om ett reflektivt ekvilibrium som syftar till överensstämmelse mellan övervägda omdömen, principer och teorier och som startar genom en systematisk process av modifikationer av praxis och våra teorier. Detta är därför en metod som har en allmän betydelse för frågan om moralisk argumentation kan vara giltig. Utifrån antagandet att den skandinaviska realismen har påverkat den rättsliga synen på hur man kan argumentera kring 36 § avtalslagen kan idén om ”reflektivt ekvilibrium” innebära en förändrad syn då denna kan sägas innebära en ”sanningens återkomst” för påståenden om hur skäliga eller rättvisa avtalsvillkor är.<sup>80</sup> Det vore därför mot bakgrund av detta en både viktig och intressant uppgift att närmare undersöka hur denna metod kan fungera för att nå kunskap om vilken rättviseföreställning och vilka principer som harmonierar med varandra och med vår praxis. Att utgå ifrån ett sådant konstruktivt (istället för ett realistiskt) närmande av rättsfrågorna börjar således i en reflektion över det normativa innehållet i rättskällorna och kan övergå i en cirkulär process där ståndpunkter modifieras utifrån de konkreta omständigheterna som utmärker rättsfrågan. Vad vi får är en teori om hur man jämför sin kunskap om de allmänna principerna och de enskilda värderingarna med det normativa innehållet i det avtalsvillkor som ska bedömas vara oskäligt eller ej. Beroende på hur väl man kan uppnå ett sådant reflektivt ekvilibrium mellan avtalsrättens innehåll och det enskilda avtalets villkor kan det visa på hur oskäligt avtalsvillkoret är och var diskrepansen mellan de två uppstår. Denna jämvikt är dock inte stabil då den upphävs av nya överväganden, kunskaper och bedömningsgrunder. Att en jämvikt råder innebär således inte någon garanti för att avtalsvillkoret verkligen är skäligt på ett abstrakt plan. Metoden är inte dogmatisk eller naturrättslig i den meningen att den skulle stå i konflikt med gällande rätt utan den är kontextuell och öppen till sin natur genom att den är beroende av språket och begreppssystem den tillämpas på.<sup>81</sup> Metoden, som argumentationsmönster eller anpassningsprocess, ger ett underlag för att antaga respektive förkasta moraliska och logiska satser, dvs. ett kriterium för när vi skall anse dem skäliga respektive oskäliga utifrån en koherentistisk teori som bygger på ett samspel mellan det abstrakta och det konkreta.<sup>82</sup> Metoden anses ge möjligheten att föra rationella diskussioner kring moraliska och logiska satser vilket har betydelse för den rättsliga argumentationen vid fastställandet av

oskäligen avtalsvillkor.<sup>83</sup> Genom att pröva hur väl olika generella etiska principer och enskilda moraliska värderingar genom ”en i god mening cirkulär process” når ett reflektivt ekvilibrium kan man konkretisera diskrepansen mellan oskäligen och skäligen avtalsvillkor genom en kontinuerlig lärandeprocess.<sup>84</sup>

Betydelsen av den ovan presenterade metoden om möjligheten att söka ett reflektivt ekvilibrium är praktiskt relevant eftersom skälighetsbedömningen enligt 36 § avtalslagen utgör en elastisk norm som innebär en möjlighet till en elastisk kontroll av avtalsvillkor.<sup>85</sup> Eftersom 36 § avtalslagen innehåller elastiska normer menar Taxell att ”den som tillämpar normen för in fakta och värderingar i den skönsrättsliga prövningen och drar därpå grundade slutsatser”.<sup>86</sup> Rawls menade ju att de två rättviseprinciperna som väljs i ursprungspositionen inte kräver något rättfärdigande ”eftersom vi, i någon mening, redan intuitivt godtar dem”.<sup>87</sup> Taxell betonar generalklausulernas fördel i en komplex och föränderlig verklighet – de kan anpassas till utvecklingen utan ny lagstiftning.<sup>88</sup> Wilhelmsen skriver ”i ett utvecklingsperspektiv kan man säga att 36 § avtalslagen kan fungera som inkörsport för nya (såväl behovsorienterade som andra) allmänna läror, som så småningom kan självständiggöras”.<sup>89</sup> Om tillämpningen av 36 § avtalslagen har skrivits att ”domaren behöver inte ta sig fram genom en snårskog av svårtillämpade rekvisit utan har full frihet att komma till resultatet med hänsynstagande till alla återopade omständigheter han finner betydelsefulla”.<sup>90</sup> Hellner skriver att det är ”ganska ovisst hur stadgandet bör tillämpas” och 36 § avtalslagen ”lägger ringa band på domstolarnas frihet”.<sup>91</sup>

Peczenik, som tycks ansluta sig till en teoretisk uppfattning av argumentationen, skriver att ”den bästa avvägningen mellan olika principer tar ofta hänsyn till ytterligare principer” och att ett rationellt val mellan etiska principer, värdesatser och läror baserar sig på en avvägning.<sup>92</sup> Peczenik ser den optimala avvägningen som en viktig del av rättvisan då orättvisa beslut ofta kritiserats för att vissa relevanta hänsyn inte beaktats.<sup>93</sup> (När von Post sammanfattar utredningens och propositionens tillämpningsmodell för 36 § avtalslagen skriver han att vid oskälighetsbedömningen ska man ta ”hänsyn till värderingar och principer som lagts till grund för tvingade lagstiftning på andra områden”.<sup>94</sup>) Om en klausul i ett avtal är ett oskäligt avtalsvillkor ska enligt Peczenik avgöras genom att leta efter premisser – frågan blir då vilka premisser som är relevanta. Argumentationen kan framställas som en dialog likt en process som utspelar sig i tiden.

En normativ utsaga om ett avtals skälighet stödjer sig rimligen på någon form av värdering som kommer till uttryck i argumenteringen, men argumenteringen kan också leda till att parterna modifierar sina ursprungliga påståenden och ståndpunkter.<sup>95</sup> Då kan parterna nå ett ”övertänkt jämviktsläge” vilket enligt

Rawls leder till ”den intuitiva idén bakom rättvisa som skälighet” vilken är ”principen som rationella personer (...) skulle godta som grundläggande villkor för sin sammanslutning”.<sup>96</sup> Denna reflektiva jämvikt eller överlappande konsensus är vad Rawls eftersträvar genom att en person har vägt olika föreslagna rättvisepuffattningar mot varandra och kanske reviderat sina omdömen.<sup>97</sup> Det betyder även att den omtalade ursprungspositionen kan komma att ändras så att differensprincipen följer av den, och så kan kritiken om att differensprincipen inte skulle väljas i ursprungspositionen undvikas.<sup>98</sup> Att det avtalsrättsliga rekvisitet ”oskälighet” är ett relationsbegrepp som innebär ett omdöme om förhållandet mellan två företeelser inbördes där bedömningen bygger på en jämförelse har även tidigare konstaterats inom doktrinen.<sup>99</sup> Exempelvis menar Plant att ”det yttersta provet för en rättviseteori är om den överensstämmer med, och belyser, våra övertänkta omdömen om vad som är rättvist”.<sup>100</sup> Utifrån Peczenik är Rawls teori av prima facie-karaktär, och det är följaktligen i det konkreta fallet som frågan om relevansen kan besvaras.<sup>101</sup> Taxell skriver att skyddsprincipen som 36 § avtalslagen uttrycker inte har något fixerat innehåll utan ”(r)eell innebörd och betydelse får skyddsprincipen först när den konkretiseras i normer, i deras tolkning och tillämpning samt i öppna fall”.<sup>102</sup> Olika skäl, och motskäl måste då vägas in en dialog för att den etiska argumentationen skall ge stöd för Rawls teori (jfr ovan om elastiska normer). En praktisk sats i form av en slutsats av ett juridiskt resonemang kan vara riktig om den stöds av ”en tillräcklig ’stark’ mängd av skäl”.<sup>103</sup> Rawls teori kan alltså göra argumentationen om skälighet både mer övertygande teoretiskt och konkret förankrad då den kan utgöra ytterligare ett skäl vid en slutsats, och en specifik konsensus kan således nås kring hur skälighet kan tolkas i ett visst fall, givet de olika relevanta rättskällorna.

## Om självreflektion – och andra dygder

Metoden med övertänkt jämviktsläge utgår från antikens ideal så som Sokrates och Aristoteles arbetade med frågor och argumentation för att nå kunskap i politiska, rättsliga och etiska ämnen.<sup>104</sup> Metoden liknar även den hypotetiskt-deduktiva men saknar fasta och teoriberoende data som testas – här rör det sig om närmast en hermeneutisk cirkelrörelse kring modifikationer och kritisk (själv)reflektion över våra reaktioner och principer.<sup>105</sup> Om vi för en stund återgår till den tidigare nämnda betydelsen av att parternas konflikt upphöjs och överförs till den rättsliga arenan för att lösas bör det beaktas att rättslig konfliktlösning i domstol i grunden är konfliktorienterad. Parternas framläggande av sina argument grundade i de skilda ståndpunkterna riskerar ofta att föra

parterna längre ifrån varandra än vad som var fallet innan konflikten fördes i domstol. Dessa, och andra, aspekter på rättslig konfliktlösning har också uppmärksammats inom rättsociologin för att betona rättens begränsningar såväl i dess konfliktlösande som handlingsdirigerande funktion.<sup>106</sup> Möjligheten att tillämpa metoden med ett övertänkt jämviktsläge och nå en punkt där avvägningen mellan olika principer, utifrån de aktuella förhållandena och parternas uppfattningar så att en koherensskapande motivering uppstår, förutsätter således snarare en förlikningssituation.<sup>107</sup> Den responsiva rätten, alltså den typ av lagstiftning som syftar till att svara mot olika sociala, ekonomiska eller politiska behov genom ytterligare reglering av ett vist samhällsområde, har kommit att uppvisa ett slags ”negativ marginalnytta”, och den formella rätten har visat sig bristfällig i sin förmåga att lösa återkommande sociala, ekonomiska och etiska konflikter. Därför har man inom rättsvetenskapen och rättsociologin laborerat med möjligheten att komplettera den rådande lagstiftnings- och rättstillämpningsmodellen med *reflexiv rätt* och *reparativ rättvisa*. Syftet med dessa nyare perspektiv kan sägas vara att återföra konfliktlösningen till parterna genom att dessa får kommunicera med varandra och skapa självreflektion inom olika sociala subsystem. Möjligen är det i ljuset av dessa idéer som den praktiska betydelsen av det övertänkta jämviktsläget ska ses, samtidigt som det inte riktigt gör rättvisa åt dess teoretiska betydelse för sanningsanspråk, enligt ett konstruktivistiskt sanningsbegrepp, inom det moralfilosofiska området. I en rättsrealistisk mening kan man ändå konstatera att relevansen och betydelsen av såväl 36 § avtalslagen som Rawls rättviseteori beror på tillämpningen, och den beror på vilka som är aktörer (parter).

Det ovan förda resonemanget närmar sig det pånyttfödda intresset för dygdetik och deontologisk etik liksom för våra moraliska sentiment. Eftersom 36 § avtalslagen är en generell generalklausul om oskäligen avtalsvillkor som kräver en tolkning och konkretisering om vad som utgör skäligen/oskäligen i det enskilda fallet öppnar regeln upp för en rättvisebaserad avtalsrätt som går längre än att endast försvara avtalsfriheten och löftesprincipen.<sup>108</sup> Frågor om vilka legala begränsningar av avtalsfriheten som kan rättfärdigas och hur avtalsfriheten kan förenas med ett krav på rättvisa har uppmärksammats inom doktrinen.<sup>109</sup> Särskilt har avtalsrättens relation till dygdeetiken lyfts fram. I en avhandling om 36 § avtalslagen förklaras att ”(d)en metod som utarbetas kan sägas innebära att man som komplement till ’de traditionella rättskällorna’ – i första hand förarbeten och rättspraxis – låter avtalsrelationens dygder och avtalsrättsliga principer fungera som normer, när rekvisitets innebörd bestäms, såväl mer generellt som i det enskilda fallet”.<sup>110</sup> Votinius har grundligt ifrågasatt den rådande idén om



avtalet som något icke-socialt, som främst syftar till egen vinning på motpartens bekostnad, och i dess ställe presenterat den Aristoteliska som ser avtalet som grund för den sociala ordningen, alltså – som *vänner* istället för *fiender*.<sup>111</sup>

### ”De stora berättelsernas tid är förbi”

Rawls kom att modifiera teorin han presenterade 1971 genom boken *Political Liberalism* (1993). Istället för betoningen av det rationella kom nu det förnuftiga i fokus. Rawls beskriver vad som skiljer det rationella från det resonabla handlandet: ”individer är resonabla (...) när de, bland jämlika, är beredda att fastslå principer och normer som rättvisa villkor för samarbete och att villigt stå fast vid dem givet en försäkran att de andra också gör detsamma”.<sup>112</sup> Vad den rationellt handlande individen saknar i förhållande till den resonabla är enligt Rawls ”den speciella form av moralisk mottaglighet som bär upp önskan att delta i rättvist samarbete som sådant, och att göra det på villkor som andra som jämlikar rimligen kan förväntas att omfatta (...) Rationella aktörer närmar sig det psykopatiska när deras intressen endast är till förmån för dem själva.”<sup>113</sup> Rothstein beskriver den offentliga dimensionen i det resonerade och rimliga som ”vad man kan argumentera för inför andra vid lägerelden är således annorlunda än vad man kan göra i en anonym kontraktssituation”.<sup>114</sup> Rawls revidering gör att hans tänkande närmar sig det praktiska livet med potential till överlappande konsensus genom öppna argument (”diskursiv process”) istället för en rationell och absolut sanning om (politisk) moralitet.<sup>115</sup>

För att Rawls revidering ska få praktisk konsekvens krävs att det finns en levande diskurs om vilka dygder som bör prioriteras och hur prioriterade dygder förhåller sig till varandra samtidigt som det finns ett utrymme för flexibla och rimliga bedömningar. Dessa dygder utgår och formas rimligen genom samhällslivet i stort vilket berör vår idéhistoria. Som vi såg ovan utgör betoningen på social ömsesidighet och att avtalsrelationer just är sociala relationer ett sådant inlägg som återknyter till Aristoteles dygdetik. En annan dygd är balans mellan parterna och mellan deras prestationer (hur mycket nytta får en part dra om denne har ett övertag vid en avtalsituation?) vilken återknyter till Rawls skälighetsprincip liksom till Aristoteles, 36 § avtalslagen och avtalsrätten i övrigt som bedömningar av god/ond tro, lojalitetsplikten, lojalitetsreciprocitet och ekvivalensprincipen.<sup>116</sup>

Betydelsen av osäkerheten vid regelföljande har den sene Wittgenstein pekat på, och som framgick ovan har särskilt Hart tillämpat den analytiska filosofin på den rättsliga förståelsen av regelbegreppet och därmed visat på den rättsliga



argumentationens blott relativa särart. En annan tänkare inom den analytiska och Wittgensteininspirerade filosofin är Elizabeth Anscombe som brukar beskrivas som upphovspersonen bakom det ökade intresset för Aristotelisk dygdetik. Anscombe visar att modern moralfilosofi utgår från en etik som kretar kring lagbegreppet och därmed anger vad som är det moraliskt rätta, förbjudet, plikter och liknande knutet till en norm istället för klassiska dygder som ärlighet och lojalitet – eller rättvisa.<sup>117</sup> I en sekulariserad och rättspluralistisk tid går det således att ifrågasätta det adekvata i en monistisk syn på etiken. Därtill visar Anscombe att fokuseringen på handlingars konsekvenser har medfört en negligering av aktörers avsikter inom etiken. Avsikter bryter även dikotomin objektiva fakta/subjektiva värderingar som präglar den moderna moralfilosofin.<sup>118</sup> En sådan funktionell förståelse av att avsikter och utsagor är sammanlänkade liknar vad Wittgensteins privatspråksargument lär oss om språkets praktiska karaktär då även mening och formulering är sammanlänkande genom hur vi lär oss och använder uttrycken genom samverkan.<sup>119</sup> Anscombe noterar också att den moderna filosofins teoretiska distinktion mellan ”varat” och ”börat” saknas i vardagsspråket och i våra moralisk-juridiska begrepp. Som exempel tar Anscombe avtalets bindande kraft som social, moralisk och juridisk företeelse där fakta och normativa förpliktelser blandas, vilket dessutom är fundamentalt för dess funktion.<sup>120</sup> Vad dessa filosofiska diskussioner kan komma att betyda för vår rättsförståelse är ännu för tidigt att säga, men det finns en potential för att diskussionerna kan komma att utmana vedertagna rättsteoretiska begrepp vilket även skulle få betydelse för rättssociologins roll.<sup>121</sup>

### Sammanfattning och analys

Gällande rätt ger vid handen ett visst lagstadgande (en rättsnorm), i detta fall i form av 36 § avtalslagen. Rättsnormen rymmer en rad rättsprinciper och grundsatser, men det är oklart exakt vilka och hur. För att konkretisera dess innehåll kan den tolkas och relateras till en av samtidens mer betydelsefulla rättviseteorier. Det betyder inte att teorin är riktig utan bara att den är det mest omfattande och kända försöket att presentera en bred och sammanhängande rättviseteori som går att relatera till normens olika rättsprinciper och grundsatser om materiell/distributiv rättvisa och positiv frihet. Generalklausulens innehåll är således vidare än lagstadgandet så som den framträder i lagtexten (lagstadgandets relation till generalklausulen motsvarar normens relation till rättsgrundsatser och rättsprinciper; eftersom en generalklausul är en allmän norm som kan tillämpas i ett stort antal olika situationer liknar den normer av typen grundsatser,

principer och riktlinjer).<sup>122</sup> Så, hur förhåller sig då Rawls rättviseteori till 36 § avtalslagen?<sup>123</sup> Frågan går inte att besvara på ett enkelt eller definitivt sätt, men vi kan konstatera att Rawls i sin teori placerar frihetsprincipen som den främsta och att de grundläggande friheterna bara får begränsas för frihetens skull. Friheten att ingå avtal är således grundläggande för Rawls, och denna avtalsfrihet ska omfatta alla. Rawls antar vidare att personerna i ursprungspositionen inte kommer att acceptera minskad frihet i utbyte mot ekonomiska fördelar.<sup>124</sup> En inskränkning av avtalsfriheten (som exempelvis kan vara att löftesprincipen kompletteras med en rättvisebaserad syn på hur och när avtalsvillkor får jämkas och ogiltigförklaras) måste stärka hela det "frihetssystem" som är gemensamt för alla parter, och en ojämnt fördelad frihet måste accepteras för de med den mindre friheten. Nu innebär inte 36 § avtalslagen någon konkret fördelning av friheten eftersom det är en generell generalklausul (även om regeln brukar relateras till skyddet av konsumenters avtalsituation som typiskt sätt svagare än t.ex. näringsidkares), utan det är snarare den andra prioritetsregeln om rättvisans företräde framför effektivitet och välfärd som är av intresse. Rawls skriver att en ojämlighet rörande möjligheterna måste gynna de som har de sämre möjligheterna (differensprincipen), vilket betyder att en part som utnyttjar sin position gentemot den som saknar en viss möjlighet bryter mot principen. Det bör även noteras att det enligt Rawls inte behövs påvisas att en sådan tillämpning främjar intressen som effektivitet eller välfärden i samhället. Tvärtom avvisar Rawls en konsekventalistisk hållning; om avtalsfriheten innebär oskäliga avtal är alltså avtalsfriheten ett underordnat värde i relation till skäliga avtal.<sup>125</sup>

Om man istället ser det mer konkret så kan man anta, givet Rawls presentation av minimax och konstruktionen med ursprungspositionen med okunnighetens slöja, att avtalslutande parter rimligen vill ha en möjlighet att få avtalsvillkor prövade genom en skälighetsbedömning likt den 36 § avtalslagen erbjuder.<sup>126</sup> Det är också intressant att Rawls ser rättvisa som en konsekvens av skälighetsprovningen; utan möjlighet till att beakta de skäliga förhållandena har individer svårt att utveckla rättvisa grundprinciper och samhällsinstitutioner i enlighet med dessa principer. Rawls lyfter särskilt fram skälighetsprincipens betydelse på individnivå i relation till hur individer förpliktigas genom samhällets institutioner. Här poängterar alltså Rawls att det finns ett slags veto gentemot orättvisa eller oskäliga institutioners eller praktikers bindande förpliktelser på individnivå.<sup>127</sup> Det som är intressant med Rawls moralfilosofiska teori är att givet teorin kan man hävda att en enskild rättsregel (36 § avtalslagen i detta fall) har ett utomrättsligt stöd för sin giltighet och samtidigt ange ramarna för hur regeln kan tillämpas utifrån de argument den stödjer. Rawls konstruerar i Kants

tradition en praktisk filosofi som utgör sin egen grund och som är konstruerad utan några antaganden om verkligheten, men en sådan konstruktivism kan alltså prövas och tillämpas på verkliga politiska, etiska eller rättsliga frågeställningar.

Det praktiska problemet med Rawls teori är steget mellan teorins anspråk på universell giltighet och lösningar på konkreta rättsproblem. Här erbjuder Rawls oss metoden med övertänt jämviktsläge (eller reflektivt ekvilibrium), men det förblir ganska oklart hur metoden kan tillämpas liksom dess praktiska relevans vid rättstillämpning eller juridisk konfliktlösning. Möjligen kan metoden ses som en väg att negativt pröva enskilda avtalsvillkor mot olika rättsprinciper och andra rättskällor för att pröva om och i vilken grad oskälighet föreligger. Så genom att vända på den reflektiva jämviktens metod som stävar efter överenskommelse kan man använda metodens teoretiska bidrag för att fokusera på det som inte är förenligt med de avtalsrättsliga principerna. En annan möjlighet är att metoden relateras till alternativ konfliktlösning så som reparativ rättvisa och då särskilt medling genom att låta parterna möta och revidera varandras ståndpunkter i relation till rättsfrågan och relevanta rättskällor för att därmed nå en överenskommelse. Potentialen i en sådan partipartisk konfliktlösning aktualiserar samhällsvetenskapliga metoder om parternas inbördes förhållanden och olika praktiska komplikationer kring möjligheten till ömsesidig anpassning och konsensus. Samtidigt visar metoden med ett övertänt jämviktsläge hur ett begrepp som skälighet kräver ständiga revideringar och prövningar där olika regler, principer och dygder transcenderar varandra och prövas mot argument och rättsfakta tills det normativa harmoniserar med ställningstaganden och vår praktik.

## Noter

- 1 Perukmakaren som tror på rättfärdigheten anser att herr Markurell, utifrån dennes framfart i Wadköping, inte är oskyldig. Bergman, 1952, s. 207.
- 2 Se NJA 1982 s. 230.
- 3 Synen på lagen som avtal som binder människor samman återfinns bl. a. hos kontrakts-teoretikern Grotius. Locke ser avtalsbundenheten som en av naturrättens grunder: "(t) ruth and keeping of faith belongs to men, as men, and not as members of society", Locke, 2005, s. 76.
- 4 Lundberg m.fl., 2011, s. 36. Jfr Christensen, 1996.
- 5 Baier & Svensson, 2009. Strömholm konstaterar apropå den "ofrånkomligt auktoritativa prägnen i domstolens förfarande och beslut" att domstolen måste s.a.s. hugga av resone-mang och vägra beakta omständigheter p.g.a. rättsstatens fridsstiftande funktion och dess ofrånkomliga beslutsekonomi (...) detta är både krävande och kan kännas främmande i vår tid med dess förkärlek för kompromisser och skälighetslösningar. Likväl förhåller det sig så." Strömholm, 2004, s. 401.
- 6 Hydén & Hydén, 2011, s. 27.

- 7 Ibid, s. 50. Hanna Arendt skriver exempelvis: "(f)ör att lösa konflikten mellan individer-  
nas egennyttiga, egoistiska målsättningar och den ömsesidiga avhängigheten som råder i  
alla samhällen behövs det en överordnad instans vars uppgift det är att förverkliga allas  
frihet." Arendt, 1988, s. 13.
- 8 Cotterrell, 1992. Det rättssociologiska intresset för ramlagstiftningen inom välfärdsrät-  
ten kan förstås utifrån denna aspekt eller hur ett vagt och rättspolitiskt aktuellt begrepp  
som kränkning kan förstås. Hydén, 1985, Åström, 1988, Gustafsson, 2002, Dahlstrand,  
2012.
- 9 Lehrberg, 2010, s. 113. Rättslig argumentation och rättstillämpning vid s.k. "svåra fall",  
som kan kännetecknas av vaga eller mångtydiga begrepp, är även av stort rättsteoretiskt  
intresse, se t.ex. Peczenik, 1995, Hart, 1961, Dworkin, 1977.
- 10 Jfr hur Coleman diskuterar "The Practical Difference Thesis" i relation till Harts teori.  
Coleman (red), 2001.
- 11 Samuelsson, 2011. Peczenik, 1995.
- 12 Aristoteles, 1993, s. 153.
- 13 Aristoteles har även beskrivit hur opreciserade företeelser kräver en flexibel regel i stil  
med en måttstock av bly som används inom byggnadskonsten.
- 14 Rawls, 1999, s. 49 ff.
- 15 Kukathas & Pettit, 1992, s. 68
- 16 Lehrberg, 2006, s 177 ff.
- 17 von Post, 1999, s. 29 ff, André, 1986, s. 526 ff.
- 18 Eller med Sundbergs ord: "var referensen slutar, var hjulaxeln återfinnes", är också en  
fråga om hur domstolens horisont ter sig, Sundberg, 1984, s. 669. Hur olika normativa  
frågor besvaras och uppfattas har betydelse för vår förståelse av rättsregler (så som 36 §  
avtalslagen) och rättsvetenskapens roll, Peczenik, 1995, s. 79. Bjarup, 1995–96, s. 1176  
ff.
- 19 Om vikten att fastställa vad som är en del av den avtalsrättsliga ideologin accepterad  
rättviseföreställning och inte blott en upplevelse hemmahörande i den enskilde doma-  
rens känsloliv bortom avtalsrättens normer, se Kleineman, 1993–94, s. 623. Jfr Sigeman  
"På ett sätt som i framtiden måhända kommer att framstå som tidsbundet förutsatts i  
lagmotiven att det existerar ganska preciserade rättviseföreställningar som kan ge ledning  
om i vilka dylika fall avtalsbundenhetens princip bör åsidosättas." Sigeman, 1984, s.  
594. Jfr prop. 1975/76:81 s. 105.
- 20 Kukathas & Petti, 1992, s. 19.
- 21 Jfr "substantive justice". Harris, 1997, s. 40.
- 22 Ibid. s. 26.
- 23 Kukathas & Pettit, 1992, s. 155.
- 24 "Att upplösa konflikten mellan olika sätt att förstå frihet och jämlikhet uppfattar Rawls  
som en såväl praktisk som filosofisk uppgift." Syftet enligt Rawls är att garantera en  
stabil social sammanhållning. Ibid. s. 168. "If you suppose that autonomy includes  
freedom to accumulate resources without limit, then the rich will, in the outcome, have  
the ability to pursue life-plans witch is denied to the poor, so where is the equality? On  
the other hand, if you insist that resourses be equally divided, how can anyone pursue  
an autnomous life?", Harris, 1997, s. 282.
- 25 Peczenik, 1995, s. 416. Rothstein översätter Rawls uttryck "reasonable" inte bara med  
"rimlig" utan föreslår också "resonabel", "förnuftigt" eller "skäligt" och uppfattar den  
som en institutionaliserad "offentlig diskursiv process". Rothstein, 1994, s. 146.

- 26 Rawls, 1999, s. 12. Jfr Hansen, 1995, s. 290.
- 27 Rymmer Rawls teori en moralisk individualism? Kukathas & Petti, 1992, s. 22. Notera även kommunitaristernas kritik av Rawls.
- 28 Tännsjö, 1996.
- 29 Bjarup, 2000, s. 83. Ibid, s. 85. Jfr Harris, 1997, s. 190 och Narveson, 1967, s. 221.
- 30 Enligt Rawls är det osäkert om en klar och tydlig meningsteori finns vilket är ett problem då den naturalistiska metoden ”måste skilja mellan moraliska och icke-moraliska begrepp och sedan se till att de framlagda definitionerna blir accepterade”. Rawls, 1999, s. 533.
- 31 ”Berättigandet vilar på helheten” och att berättigandet handlar om ”att många överväganden stödjer varandra, att allt går att foga samman till en enda koherent uppfattning” skriver Rawls när han sammanfattar sin teori. Ibid s. 533.
- 32 Ibid, s. 199.
- 33 En jämlik fördelning är att fördra om det inte finns en fördelning som gör att de lyckligt lottade och de mindre får det bättre. Detta torde vara ett argument för 36 § avtalslagen om fullständig avtalsfrihet inte skulle gynna alla avtalsparter. Ibid, s. 89 ff.
- 34 Ibid, s. 110.
- 35 Simmonds, 1996, s. 73. Differensprincipen är den egalitära princip som enligt Rawls reglerar den sociala och ekonomiska politiken och till vilken 36 § avtalslagen får antas tillhöra. Rawls, 1999, s. 199. Jfr Kymlicka, 1995, s. 246, Habermas, 2001, s. 92.
- 36 Rawls, 1999, s. 120.
- 37 Ibid. s. 120.
- 38 Ibid. s. 328. Om Rawls uppfattning även gäller avtal betyder det att avtalsautonomin upphävs och dess giltighet är beroende av dess förenlighet med Rawls rättvisepprinciper. Notera att Rawls betydelse för avtalsautonomin är förenlig med utilitarismen enligt Tännsjö.
- 39 Ibid. s. 332. Med ordet ”institution” avser Rawls att det är denna med sina regler som anger vad som fordras av förpliktelsens innehåll.
- 40 Ibid. s. 38. Antagandet att ”personerna är ömsesidigt ointresserade av varandra” skiljer Rawls från Hobbes.
- 41 Hansson, 1993, s. 9. Om personerna i ursprungspositionen: ”They will therefore agree to social principles which will give them the best chance of achieving each his life plan, whatever that may turn out to be. Since these are, by definition, principles witch people would choose without taking into account special interests, they are objektive just.” Harris, 1997, s. 283. Jfr Kymlicka, 1995, s. 135.
- 42 Rawls, s. 34.
- 43 Ibid. s. 37.
- 44 Rawls, 1999, s. 254. För Rawls är samhällets grundstruktur således olika institutioner som utgörs av ett offentligt regelsystem. Ibid, s. 72
- 45 Ibid, s. 71. Det verkar därför som Rawls har en vid definition av grundstrukturen och dess funktion, Rawls skriver ”jag medger att begreppet grundstruktur är en smula vagt. Det är inte alltid självklart vilka institutioner eller utmärkande drag hos dessa som bör räknas dit.” Ibid, s. 30.
- 46 Ibid, s. 240.
- 47 Ibid, s. 32.
- 48 Ibid, s. 199.
- 49 Ibid, s. 34.

- 50 Ibid, s. 198.
- 51 Ibid, s. 276.
- 52 Ibid, s. 253.
- 53 Ibid, s. 202 ff. Rawls skriver: "(t)illsammans säger de båda principerna att grundstrukturen ska ordnas så att värdet av det fullständiga systemet av jämlikt fördelad frihet, gemensamt för alla, blir så stort som möjligt för de minst gynnade. Detta är målet för den sociala rättvisan." Ibid, s. 203.
- 54 Berlin, 1984, s. 148.
- 55 Berlin, 1984, s. 266.
- 56 Hansen, 1995, s. 69. Enligt Arendts uppfattning kan inte människor förstås eller ens bli helt mänskliga utan värden och politiska institutioner som ger uttryck för dem och garanterar dem.
- 57 Hansen, 1995, s. 226.
- 58 För Hobbes rörde avtalets rättvisefråga främst parternas skyldighet att fullfölja sina förpliktelser enligt avtalet (löftesprincipen) och mindre dess innehåll och tillkomst. Jfr Votinius, 2004.
- 59 Lewin, 1993, s. 90.
- 60 Ibid, s. 90.
- 61 Nergelius (red.), 2001, s. 72.
- 62 Mill, 1984.
- 63 Friedman, 1972, s. 23.
- 64 Berlin, 1984, s. 157.
- 65 Ibid, s. 158. Ett paternalistiskt drag framträder hos Fichte: "Ingen har ... rättigheter mot förnuftet." Ibid, s. 162. Jfr ibid, s. 156.
- 66 Hydén, 2002. SOU 1974:83 s. 194.
- 67 Kymlicka, 1995, s. 229. Enligt Rawls är en gemensam rättskänsla centralt, en "stor kollektiv tillgång". Rawls, 1999, s. 331.
- 68 Kymlicka, 1995, s. 90.
- 69 Kukathas & Pettit, 1992, s. 35.
- 70 Som jag förstår Klami menar han att normativismen och realismen också är eniga kring detta påstående. Klami, 1990, s. 163.
- 71 Habermas, 1997, s. 10.
- 72 Habermas, 1997, s. 34.
- 73 Samtidigt har Rawls blivit kraftigt kritiserad för sin i många avseende abstrakta och fiktiva teori: Ett hypotetiskt kontrakt är inte en sorts blek kopia av ett verkligt kontrakt; det är inget kontrakt överhuvudtaget. Om samhällskontraktet istället antas vara verkligt framstår tanken historiskt absurd, Kymlicka, 1995, s. 67. Risken är även att den enskilda individen försvinner (Rawls abstraherar bort den personliga riskkänsligheten genom påståendet om att maximin är den rationella strategin). Samma kritik har framförts inom avtalsrätten då avtalets rättsliga giltighet föreslås bedömas utifrån en från parterna skild person. Konstruktionen med ett tredjemansperspektiv och den "förnuftiga partsviljan" riskerar bli något annat än, och står i konflikt med, de två parternas avtalsfrihet. Sandström, 1995, s. 52.
- 74 Kukathas & Pettit, 1992, s. 132.
- 75 Ibid, s. 133.
- 76 Om domstolarnas möjlighet att göra olika rättspolitiska bedömningar av avtalsvillkor, se SOU 1974:83, s. 119.

- 77 En av portalbestämmelserna i Code civil art 6 handlar om detta: ”Man ska inte genom enskilda överenskommelser avvika från lagar som berör samhällsordningen och de goda sederna.” Avtal i strid med denna drabbas därför av absolut ogiltighet. Adlercreutz, 2000, s. 330. Jfr med att Bogdan ställer frågan om 36 § avtalslagen är uttryck för ”ordre public”. Bogdan, 1999, s. 78.
- 78 Norlén, 2004.
- 79 Peczenik, 1995, s. 92. Peczeniks definition är troligen påverkad av Dworkin.
- 80 Prawitz, 2003, s. 29. Jfr Spaak, 2002, s. 303. Peczenik menar att metoden kan komma att förändra den befintliga moraltraditionen, Peczenik, 1995, s. 607.
- 81 Det handlar mer om när uppfattningar är välgrundade än när de är sanna eller falska, se Tersman, 1994, s. 46. Metoden med reflective equilibrium har därför betecknats som ”anti-foundational”, Narveson, 1988, s. 118. När idén om ett möjligt övertänt jämviktsläge används av Rawls i hans teori om ett hypotetiskt samhällsfördrag ger dock idén ett mer dogmatiskt och instrumentellt intryck, exempelvis skriver Peczenik att då: ”en avvägning (ett övertänt jämviktsläge) mellan två villkor: 1) samhällsfördragets omständigheter måste på ett rimligt sätt tillförsäkra att dessa individer iakttar opartiskhet, och 2) samhällsfördraget måste leda till att de enas om acceptabla rättvisepinciper” är det betydelsen av denna avvägning som kan sägas göra att Rawls lära uppfattas som ett slags teori om ett hypotetiskt samhällsfördrag”, Peczenik, 1995, s. 416.
- 82 Prawitz, 1978, s. 154.
- 83 Jfr *ibid.* Rationaliteten är här uppfattat som ett sätt att karaktärisera en relation mellan mål och medel där målet är att konkretisera avtalsrättens normativa innehåll och medlet en metod att argumentera kring oskäligen avtalsvillkor.
- 84 Prawitz, 1985, s. 28f.
- 85 Wilhelmsson, 1984, s. 116, jfr Taxell, 1987, Taxell, 1997. Se även Peczenik, 1995, s. 47 och Hellner, 1994, s. 91 om problematiken med den typ av generalklausul som 36 § avtalslagen utgör. Generalklausulens förarbeten ger heller inte mycket till vägledning, prop. 1975/76:81, von Post, 1999.
- 86 Taxell, 1997, s. 60. Han skriver också att ”(b)edömningarna in casu bör, ifall inte annat följer av relevanta normer, också vara öppna för nya behov och värderingar”. *Ibid.* s. 76.
- 87 Simmonds, 1996, s. 53 ff. Att så är fallet har ifrågasatts av bland annat Nozick. Som framgått framhåller Peczenik avvägningens betydelse och detta får också betydelse för hans kritisk av Rawls. Differensprincipen kritiserar för inte vara rimlig liksom okunnighetsslöjan som hindrar en rättvis och rimlig avvägning. Peczenik, 1995, s. 420. Enligt Peczenik är avvägningar alltid nödvändiga för att kunna tillämpa en princip och en så vag rättsregel som 36 § avtalslagen förutsätter alltid en komplicerad sammanvägning av olika principer. Peczenik, 1988, s. 47.
- 88 Taxell, 1987, s. 108. Skyddsprincipen är inte möjlig att ”exakt bestämmas med avseende på innehåll och räckvidd” och ”obestämdheten understryker principens allmängiltighet”. Taxell, 1997, s. 40.
- 89 Wilhelmsson, 1987, s. 143.
- 90 Ramberg & Hultmark, 1999, s. 190.
- 91 Hellner, 1999, s. 197.
- 92 Peczenik, 1995, s. 461.
- 93 *Ibid.* s. 428. Vid tillämpningen av 36 § avtalslagen bör en balans mellan avtalsbundenheten och skyddsprincipen nås. Grönfors, 1989, s. 197.
- 94 von Post, 1999, s. 34. Frågan är just efter *vilka* värderingar och principer.

- 95 Peczenik, 1995, s. 299 ff. Man kan fråga sig hur realistiskt detta är i en juridisk konflikt. Jfr med möjligheten av reflective equilibrium enligt Rawls teori om parterna har olika människosyn. Harris, 1997, s. 287.
- 96 Rawls, 1999, s. 127.
- 97 Rawls utvecklade senare betydelsen av ett ”överlappande konsensus” på bekostnad av de rationella val som enligt hans teori väljs i den hypotetiska ursprungspositionen. Rawls, 1993.
- 98 Kymlicka, 1995, s. 78.
- 99 von Post, 1999, s. 35. Relationsbegreppet kan också ses mot bakgrund av att Taxell anser att samverkan är det centrala begreppet i hans avtalsmodell. Taxell, 1997, s. 45. För Grönfors är sökandet efter en balans mellan avtalsbundenheten och eventuell jämkning utifrån skyddshänsyn den centrala utmaningen. Grönfors, 1989, s. 197.
- 100 Plant, 1994, s. 15.
- 101 Peczenik, 1995, s. 77 ff. Peczenik utgår, tillskillnad från Dworkin, ifrån att den sanna rätten inte går att finna. Däremot kan en juridisk tolkning vara riktig eller inte riktig vilket avgörs av motiveringen till följd av avvägningar. Eftersom Rawls teori får sägas presentera generella principer har de prima facie-karaktär – skyldigheten att strikt följa principen är provisorisk. Möjligen kan Rawls ha betydelse vid utfyllande avtalsstolkning och tolkning med hjälp av förutsättningsläran, se exempelvis Lehrberg, 1998, s. 20.
- 102 Taxell, 1997, s. 42. Hydén beskriver generalklausulens relation till de bakomliggande normerna: ”Generalklausuler innehåller mindre långtgående operationaliseringar, vilka måste konkretiseras i varje särskilt fall mot bakgrund av föreliggande omständigheter. Men det viktiga i detta sammanhang är att den rättsliga argumentationen är relaterad till normen eller mot det bakom normen liggande värdet i syfte att operationalisera det i det särskilda fallet. Det är utifrån i förväg angivna normativa premisser som resonemang sker.” Hydén, 1999, s. 79.
- 103 Peczenik, 1988, s. 152. Om den juridiska argumentationen är teoretisk eller praktisk påverkar betydelsen av Rawls. Peczenik tycks se den teoretisk men det torde vara den praktiska som har betydelse enligt Rawls och tillämpningen av 36 § avtalslagen.
- 104 Föllesdal m.fl., 1993, s. 361. Rawls, 1999, s. 67.
- 105 Föllesdal m.fl., 1993. Prawitz, 1978. Enligt Teubner är Harts beskrivning av igenkänningsregeln ”(t)he best known example of legal self-description”. Teubner, 1993, s. 39.
- 106 Hydén & Hydén, 2011, s. 67, Mathiesen, 2005.
- 107 Jfr Kukathas & Pettit, 1992, s. 169.
- 108 Votinius, 2004. En annan sak är att svensk rättstradition varit främmande för principiella resonemang. Hydén beskriver traditionen: ”Det som håller oss tillbaka i Sverige, där t.o.m. juridiken i sin tillämpning är pragmatisk, är ovanan vid principiella, holistiska resonemang. Vi saknar en rättstradition som är uppbyggd på principiella resonemang.” Hydén, 1999, s. 169 f.
- 109 Svensson presenterar begreppet ”avtalsrättvisa”, Svensson, 2012.
- 110 Norlén, 2004, s. 427. Jfr Hellner som framhåller Rawls som ett exempel på en referens vid diskussion om rättsregler ”på det dynamiska planet”, Hellner, 1994, s. 13.
- 111 Votinius, 2004.
- 112 Rawls, 1993, s. 49.
- 113 Ibid. s. 51.
- 114 Rothstein, 1994, s. 144.
- 115 Sandel, 1982, s. 129. Rawls, 1993, s. 27.



- 116 Jfr Norlén, 2004, s. 146.
- 117 Anscombe, 1958.
- 118 Anscombe, 1957. MacIntyre, 1981.
- 119 Wittgenstein, 1992.
- 120 Nordin, 2011, s. 626 f.
- 121 Min avhandling (Dahlstrand, 2012) var ett försök att kombinera analytisk filosofi med rättssociologiska undersökningsmetoder på ett konkret rättsområde och därmed utveckla den sociologiska potential som finns hos Hart och Wittgenstein.
- 122 Hellner, 1994, s. 41 ff. Jfr Dworkin, 1977 om att rättens koherens beror på hur väl den kan inordnas i en gemensam teori om generella principer och värden förenliga med beslut vilka likaledes uppfattas riktiga enligt teorin.
- 123 Att relatera en rättsregel till en omfattande teori som Rawls presenterat är kontroversiellt. När Ludvig Beckman diskuterar om kommersiella gentester borde förbjudas noterar han i enlighet med Rawls att man då bör argumentera utifrån utgångspunkter som alla rimligen kan acceptera. Detta innebär att argumenten bör formuleras utifrån värden och principer kring vilka det kan antas existera en rimlig konsensus kring. Beckman, 2004, s. 489.
- 124 Rawls, 1999, s. 500.
- 125 Simmonds, 1996, s. 87.
- 126 Sammantaget skriver Rawls att de principer han presenterar ”är ett skäligt sätt att möta ödets godtycklighet”. Rawls, 1999, s. 112. Andra säger sig hos Rawls ”möta den kammarlärdes rädsla för livet”. Lewin, 1998, s. 162. Andra har kritiserat Rawls för att påståendet att maximin är den rationella strategin och att Rawls utgår ifrån ”att ens värsta fiende bestämmer vilken plats man kommer att inta i samhället”. Kymlicka, 1995, s. 73.
- 127 Rawls, 1999, s. 120.

## Referenser

- Adlercrutz, A. (2000) *Avtalsrätt 1*, Juristförlaget i Lund.
- André, M. (1986) *Strukturer i 36 § avtalslagen*, SvJT 1986, s 526–548.
- Anscombe, E. (1958) *Modern Moral Philosophy*, Journal Philosophy, vol. 33, s. 1–19.
- Anscombe, E. (1957) *Intention*, Basil Blackwell.
- Arendt, H. (1988) *Människans villkor*, Röda bokförlaget.
- Aristoteles. (1993) *Den nikomachiska etiken*, Daidalos.
- Baier, M. & Svensson, M. (2009) *Om normer*, Libris.
- Beckman, L. (2004) *Demokrati och genetisk integritet*, SvJT, Nr 5/6, s. 487–503.
- Bergman, H. (1952) *Hjalmar Bergmans samlade skrifter: Markurells i Wadköping*, Bonnier.
- Berlin, I. (1984) *Fyra essäer om frihet*, Ratio.
- Bjarup, J. (2000) *Allmän rättslära: Föreläsningsskandinavien*, Juridicum, Stockholms universitet.
- Bjarup, J. (1995–96) *Aleksander Peczenik juridikens teori och metod*, Juridisk tidskrift, nr 4.
- Bogdan, M. (1999) *Svensk internationell privat- och processrätt*, Nordstedts.
- Christensen, A. (1996) *Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster*, i TjR, nr 4.
- Coleman, J. (2001). *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, i Hart's Postscript, Coleman, J. (red.), Oxford university press.
- Cotterrell, R. (1992) *The sociology of law. An introduction*, Butterworths.
- Dahlstrand, K. (2012) *Kränkning och upprättelse. En rättssociologisk studie av kränkingsersättning till brottsoffer*, Lund studies in sociology of law.

- Dworkin, R. (1977) *Taking Rights Seriously*, Duckworth.
- Friedman, M. (1972) *Kapitalism och frihet*, Aldus.
- Föllesdal, D. m.fl. (1993) *Argumentationsteori, språk och vetenskapsfilosofi*, Thales.
- Grönfors, K. (1989) *Avtalslagen*, Norstedts. Gustafsson, H. (2002) *Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Lund studies in sociology of law. Habermas, J. (2001) *Den postnationella konstellationen*, Daidalos. Habermas, J. (1997) *Diskurs, rätt och demokrati*, Daidalos. Hansen, P. (1995) *Hanna Arendt politik, historia och medborgarskap*, Daidalos. Hansson, S. O. (1993) *Vad är rättvisa*, Brevskolan.
- Hart, H. L. A. (1961) *The Concept of Law*, Clarendon Press. Harris, J. W. (1997) *Legal philosophies*, Butterworths.
- Hellner, J. (1999) *Julskrift*, Jan Hellner.
- Hellner, J. (1994) *Rättsteori*, Nordstedts Juridik.
- Hydén, H. & Hydén, T. (2011) *Rättsregler. En introduktion till juridiken*, Studentlitteratur.
- Hydén, H. (2002) *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Studentlitteratur.
- Hyden, H. (1999) Rättssociologi som emancipatorisk vetenskap, Lund Studies in Sociology of Law.
- Hydén, H. (1985) *Arbetslivets reglering*, Liber.
- Klami, H. T. (1990) *Sanningen om rätten*, Iustus förlag.
- Kleineman, J. (1993–94) *Claes Sandgren (red): Utvecklingslinjer inom avtalsrätten* (Recension), JT, nr 3.
- Kukathas, C. & Pettit, P. (1992) *John Rawls. En introduktion*, Daidalos.
- Kymlicka, W. (1995) *Modern politisk filosofi en intruduktion*, Nya doxa.
- Lehrberg, B. (2010) *Praktisk juridisk metod*, Institutet för bank- och affärsjuridik.
- Lehrberg, B. (2006) *Avtalsrättens grundelement*, Institutet för bank- och affärsjuridik.
- Lewin, L. (1998) *Upptäckten av framtiden*, Nordstedt.
- Locke, J. (2005) *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration, Digireads*.
- Lundberg, K. Mfl (2011) *Juridik: civilrätt, straffrätt, processrätt*, Bonnier.
- Mathiesen, T. (2005) *Rättens i samhället. En introduktion till rättssociologin*, Studentlitteratur.
- Mill, J. S. (1984) *Om friheten*, Natur och kultur.
- Narveson, J. (1988) *The libertarian idea*, Temple university press.
- Narveson, J. (1967) *Moral and utility*, The Johns Hopkins press.
- Nergelius, J. (red.) (2001) *Rättsfilosofi samhälle och moral genom tiderna*, Studentlitteratur.
- Nordin, S. (2011) *Filosoferna. Det västerländska tänkandet sedan år 1900*, Atlantis.
- Norlén, A. (2004) *Oskälighet och 36 § avtalslagen, Dissertations from the International Graduate School of Management and Industrial Engineering, Linköping*.
- Peczenik, A. (1995) *Vad är rätt?*, Norstedts juridik.
- Peczenik, A. (1988) *Rätten och förnuftet: en lärobok i allmänrättslära*, Nordstedt.
- Post von, C-R. (1999) *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Jure.
- Plant, R. (1994) *Modernt politiskt tänkande*, Daidalos.
- Prawitz, D. (2003) *Sanningens återkomst: Sanningen finns men frågan är hur*, i Axess, nr 6.
- Prawitz, D. (1985) *Några filosofiska synpunkter på rationell argumentation inom juridiken*, ingår i Peczenik m. fl., Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen, Juridiska fakultetens skriftserie, Stockholms universitet.
- Prawitz, D (1978) *En filosofibok tillägnad Anders Wedberg*, Bonniers.
- Ramberg, J. & Hultmark, C. (1999) *Allmän avtalsrätt*, Nordstedt.
- Rawls, J. (1999) *En teori om rättvisa*, Daidalos.

- Rawls, J. (1993) *Political Liberalism*, Colombia University Press.
- Rothstein, B. (1994) *Vad bör staten göra?*, SNS.
- Samuelsson, J. (2011) *Tolkningslärans gåta*, Iustus.
- Sandel, M. J. (1982) *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge University Press.
- Sandström, M. (1995) *Juridisk systematik – finns den?*, Juridicum, Stockholms universitet.
- Sigeman, T. (1984) 36 § *avtalslagen och arbetsrätten* i Festskrift till Jan Hellner, Norstedts.
- Simmonds, N. E. (1996) *Juridiska principfrågor*, Nordstedts.
- Spaak, T. (2002) *Legal Theory (Scandinavian Studies in Law, Volume 40, 2000; Peter Wahlgren, ed.)* ingår i *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, nr 2, s. 298–304.
- Strömholm, S. (2004) *Domstolar och rättslig argumentation*. En replik, i SvJT, nr 4.
- Svensson, O. (2012) *Avtalsfrihet och rättvisa. En rättsfilosofisk studie*, Juristförlaget i Lund.
- Taxell, L. E. (1997) *Avtalsrätt*, 1997, Juristförlaget.
- Taxell, L. E. (1987) *Avtalsrättens normer: några riktlinjer*, Pargas.
- Tersman, F. (1994) *Onda cirklar och goda*, Filosofisk tidskrift nr 4, s. 43–46.
- Teubner, G. (1993) *Law as an Autopoietic System*, Blackwell Publishers.
- Tännsjö, T. (1996) *Wallenberg skall inte få köpa mitt hjärta*, i Svenska dagbladet, 1996-06-20.
- Votinius, S. (2004) *Varandra som vänner och fiender: en idékritisk undersökning om kontraktet*, Symposium.
- Wilhelmsson, T. (1987) *Social civilrätt*, Juristförbundet.
- Wilhelmsson, T. (1984) *Standard avtal*, Juristförbundet.
- Wittgenstein, L. (1992) *Filosofiska undersökningar*, Thales.
- Åström, K. (1988) *Socialtjänstlagstiftningens i politik och förvaltning. En studie av parallella normbildningsprocesser*, Lund University Press.