

## RECENSIONER

Svein Eng, *Uenighetsanalyse – med saerlig sikte på jus og allmenn retts-teori*. Oslo 1998. Universitetsforlaget.

---

Svein Eng är professor i rättsvetenskap (allmän rättsteori) vid den juridiska fakulteten, Universitetet i Oslo. Förutom rättsteori och rättsfilosofi har han arbetat med avtalsrätt och förvaltningsrätt. Hans vetenskapliga bakgrund är i juridiken, rättsteorin och den allmänna filosofin. Han var någon gång Torstein Eckhoffs elev. Eckhoff var den norska rättsvetenskapens starka man, i viss mån påverkad av Hägerströms tankar. Eng gick emellertid sin egen väg, som enligt min mening ledde till filosofiskt intressanta resultat. Det recenserade arbetet är författarens doktorsavhandling.

Arbetet riktar sig mot juristernas vardagsspråk och vardagspråkligt formulerad argumentation. I det följande begränsar jag mig till rätts-teoretiska och filosofiska frågor. Ett av avhandlingens huvudsakliga mål är att på ett teoretiskt djupgående

sätt visa hur juristerna tänker och varför de gör det som de gör. Närmare bestämt är målet att beskriva, klargöra, visa upphovs- och användningsområden för en viss självständighet av utsagor om rättsliga fenomen, särskilt juristers utsagor om gällande rätt. Arbetet behandlar också vissa måttstockar för sammanlikning av och val mellan utsagorna. Det är ett uttalat mål att inte ta ställning till filosofiska frågor om hållbarheten av utsagorna. Avhandlingen fokuserar på kritisk reflexion, dvs att tanken vänder sig tillbaka mot sig själv och frågar efter de relevanta fakta och kriterier för bedömning av egna utsagors hållbarhet. Bristande kritisk reflexion leder till att en teori, t ex en rättsvetenskaplig eller rättsfilosofisk sådan, blir självförstörande (jfr t ex författarens kritik av Alf Ross). Kritisk reflexion betraktas som ett konstaterbart faktum: vissa författare bedriver den, andra inte. I så måtto är arbetet deskriptivt. Men den kritisk-reflexiva tankeformen som

bildar arbetets ämne utgör samtidigt en central del av arbetets perspektiv. Konsekvensen är att han ständigt testar om juristernas utsagor – i synnerhet rättsteoretiska sådana – dels underbygger, dels tål den kritiska reflexionen. Författarens avståndstagande från bedömning av de juridiska utsagornas hållbarhet innebär att han avstår från att bedöma utsagornas hållbarhet i relation till filosofiska grundpositioner och i stället fokuserar på deras lokala hållbarhet, dvs deras hållbarhet i förhållande till ”en kritisk reflexiv form” inneboende i vardagsspråket och förstärkt i juristers språk och argumentation.

Författaren redogör för kända filosofers analysmetoder, såsom Arne Naess’ realdefinition, Rudolf Carnaps explikation och Nelson Goodmans/John Rawls’ reflektivt ekvilibrium, och utarbetar ett eget begrepp om analysmetod i kontrast mot dessa. Målet är att beskriva en utbredd regelbundenhet i juristernas faktiskt förekommande analys och argumentation. Engs begrepps- bildning skiljer sig sålunda från reflektivt ekvilibrium: Medan detta innebär att man ömsesidigt anpassar individuella iakttagelser och generella principer, fokuserar Engs begrepp på ”enighet om denotation, oenighet om konnotation”, dvs analys och argumentationssituationer där i regel det allmänna an-

passas efter det konkreta. Engs begrepps- bildning hänger samman med arbetets mål: att undersöka juristernas tankesätt. Enighet om denotation och oenighet om konnotation präglar faktiskt många juridiska debatter. Eng vill beskriva de i juristernas tankesätt befintliga måttstockarna för valet mellan olika slags utsagor utan att själv ta ställning till utsagornas hållbarhet. Nyckeltanken är att den ”kritisk-reflexiva formen” som arbetet redogör för är en tankenivå och tankeform som står i centrum av juristers vardagsspråkliga omdömesförmåga. Att en sådan särskild tankenivå existerar kan inte beläggas på något enkelt sätt. Det enda sättet är att noggrant beskriva det juridiska tänkandets enskilda element. Vidare har juristernas självreflexion en viss självständighet från ”nivån för filosofiska grundpositioner”. Det rör sig emellertid bara om en viss, inte absolut självständighet, eftersom juristernas självreflexion utgör en viss utmaning till nivån för filosofiska grundpositioner: Den lokala hållbarhetsbedömningen har allmänfilosofisk signifikans.

Engs undersökningar om den kritisk-reflexiva formens existens visar t ex att Quines kritik av distinktionen mellan analytiskt sanna (respektive analytiskt falska) utsagor och andra utsagor, en distinktion nära anknuten till Engs distinktion

mellan definitioner och karakteristiker, har en begränsad räckvidd. Enligt Eng är Quines kritik bara hållbar som kritik av en abstrakt uppfattning om distinktionen mellan analytiskt sanna och andra utsagor. Den är däremot inte hållbar som en allmän kritik, eftersom det existerar en tankenivå, nämligen nivån för vardagspråkligt formulerad analys och argumentation, härunder juristers språk och argumentation, på vilken distinktionen ständigt görs.

Ett av Engs intressantaste forskningsresultat gäller sammansmältning av deskriptiva och normativa utsagor i juridiken. Hans teori består av följande element. (1) En teori om normativa utsagor: Anta att en utsaga strider mot fakta. Om talaren då rättar till utsagan, indikerar det att han menade en deskriptiv utsaga. Så sker t ex då man först säger "Skåne är danskt", men sedan konstaterar att Skåne faktiskt är svenskt. Om talaren försöker rätta till verkligheten, indikerar det i stället att han menade att uttala en normativ utsaga. Man säger t ex "Skåne borde vara danskt" och agerar sedan för att genomdriva utbrytningen. (Denna teori bygger på vissa anmärkningar av Anscombe och Searle, se för övrigt Peczenik, "Norms and Reality", *Theoria* 1968; s 117–133.) (2) Sammansmältning: Juristers utsagor om gällande rätt (*de lege lata*) lär ofta ha den egenartade

modaliteten, sammansmältning. De är varken rent normativa eller rent deskriptiva, varken äkta eller oäkta normsatser. Att pressa juristers utsagor *de lege lata* in i dessa dikotomier är ägnat att dölja deras egenart. En jurist som uttalar sig *de lege lata* och noterar att utsagan strider t ex mot domstolspraxis rättar ibland till utsagan, men ibland säger han i stället att domstolarna har fel. Vilket alternativ som kommer att väljas är öppet vid den tidpunkten som utsagan ges. (3) Teorins grund: Det finns en omfattande institutionell praxis av en sådan sammansmältning inom juridiken. (4) Prognosteoretiskt inslag i teorin: Källan till deskriptiv komponent är frågeställningen "vad skall de andra juristerna säga?". Antaganden om vad som motiverar andra jurister och motsvarande förutsägelser ingår som beståndsdel i juristers utsagor *de lege lata*. Engs teori liknar på denna punkt Alf Ross' kända "prognosteori": Ett rättsvetenskapligt påstående om att en viss regel är gällande är enligt Ross en förutsägelse om, att normen kommer att utgöra en väsentlig del av framtida motiveringar av domar och andra rättsliga avgöranden. Men Engs prognosteori gäller inte bara domstolarnas förväntade beslut utan förväntningar om juristernas åsikter över huvud taget. Vidare är Engs teori som sagt inte uttömd med

prognosen på det sättet som Ross' teori är det. I Engs teori är prognosen ett element som flyter samman med önskemål om ett rimligt och rättvist beslut med betraktande av typfallets eller det enskilda fallets egenart. Därmed närmar sig Engs teori den finländske rättsfilosofen Aulis Aarnios idé om ett "auditorium" som den juridiska argumentationens yttersta måttstock.

Författaren presterar också en intressant och omfattande lista med faktorer som åberopas vid, och faktorer som faktiskt påverkar, val mellan konkurrerande normativa definitioner och mellan konkurrerande deskriptiva karakteristiker. Ett antal exempel analyseras i avhandlingen, bland annat juristernas utsagor om gällande rätt och om en doms grunder (*ratio decidendi*). Eng förklarar juristernas språkbruk genom sådana faktorer som "ovilja att ta ansvar", "skapande av förtroende", "dold handlingspåverkan", "självbekräftelse", "försvar mot osäkerhet" och estetiska hänsyn som hänsynen till enkelhet, symmetri och konsekvens.

Engs teori står på en för rättsvetenskapen ovanligt hög analytisk nivå. I likhet med många andra självständiga verk leder Engs verk emellertid vidare till andra grundläggande frågor. Huvudfrågan, som Eng själv uttryckligt ställer och som hans verk möjliggör att ställa på

ett precist och filosofiskt fruktbart sätt, är följande: Hur förhåller sig den juridiska tankenivån till den allmänfilosofiska? Anta tex att Quines teori håller på det allmänfilosofiska planet men inte på det juridiska. Om så är fallet utgår juristerna ständigt från att distinktionen mellan definitioner och karakteristiker är logiskt sett fundamental trots att denna uppfattning inte håller på den filosofiska nivån. Vidare har juristerna goda skäl att göra den filosofiskt ohållbara distinktionen. Skälen är så pass goda att de står sig vid den kritisk-reflexiva granskningen på juristernas nivå. Anta vidare att distinktionen mellan normativa och deskriptiva utsagor är logiskt sett fundamental medan samma distinktion försvinner på juristernas nivå. Kan filosoferna ha rätt på sin nivå mellan juristerna har rätt på sin, fast filosofernas och juristernas uppfattningar är logiskt inkonsistenta med varandra? Kan Eng tänka sig några filosofiska eller logiska medel för att överbrygga inkonsistensen? Hur han än skulle besvara frågan har han enligt min mening rätt i att förhållandet mellan olika nivåer är ett grundläggande forskningsämne.

Avhandlingen är ett självständigt, vetenskapligt arbete på hög nivå internationellt sett. Problemformuleringarna är klara, exakta och förankrade i en omfattande litteratur.

Hänsyn måste också tas till frågeställningarnas vikt, argumentationens intentionsdjup, kreativitet i litteraturens användning, sammanhanget mellan avhandlingens beståndsdelar och inte minst de berörda problemens komplexa och svåra karaktär. På samtliga dessa punkter befinner sig avhandlingen högt över genomsnittet. Jag finner således detta arbete intressantast i nordisk rättsteori sedan minst ett kvarts sekel.

*Aleksander Peczenik*

Hildur Kalman, *The Structure Of Knowing: Existential trust as an Epistemological Category*, Swedish Science Press, Uppsala, 1999.

Nu har det i bokform kommit ut en svensk feministisk avhandling med kunskapens makt och förtryckarstrukturer som tema, av Hildur Kalman vid Umeå universitet. Dessa teman är välbekanta inte bara inom feministisk filosofi utan finns även hos bland annat Friedrich Nietzsche och Michel Foucault. Kalman skriver dock att avhandlingen inte kan sägas tillhöra någon viss tradition, men den är influerad av pragmatism, den senare Wittgenstein och (främst konstruktivistiska) feministiska tänkare.

Kalman vill i kontrast till den traditionella kunskapsteorin, vilande

på Platons distinktion mellan *doxa* och *episteme*, skissera en annan möjlig kunskapsteori (3). Enligt Kalman har den traditionella teorin ett alltför smalt kunskapsbegrepp; kunskap har traditionellt betraktats som teoretisk och propositionell, och därmed som en operativ entitet. Kunskap har fått beteckna en avslutad process, ett resultat, vilket innebär att de strukturer av dominans och underordning som den vilar på osynliggörs (30–3). I sann Wittgensteinsk anda menar Kalman att den traditionella filosofin redan har gått vilse, och vi måste därför vända tillbaka till de filosofiska frågorna (58), men detta gör hon inte för att undersöka dem begreppsligt, utan för att med hjälp av bland annat John Dewey, Gilbert Ryle och Michael Polanyi försöka hitta de kunskapsteoretiska aspekter som därmed gick förlorade.

Kalman tar avstamp utifrån Aristoteles med praktisk kunskap som paradigmatiserande kunskap. Därmed betraktas teoretisk kunskap som en instans av praktisk kunskap, och *hexeis* och *phronesis* är en del av såväl vetenskap som mänsklig praxis. Genom att tala om vetande i stället för kunskap menar Kalman att man belyser att det är en process som man förstår fullt ut endast tillsammans med dess syfte, dess uppkomst och dess omsättning i handling (30–3). Vetande är knutet