Det rena rättslärandet:

kognitiva funktioner i ett normativt system

AV JAN TORPMAN

Den dominerande rättssociologiska uppfattningen är att rättsordningen är ett system av normer. En uppfattning som ligger i förlängningen av denna tanke är att systemet av normer till sin natur är relativt konservativt. Det ligger till och med i begreppet norm att något bevaras även när bevis framläggs som indikerar att normen inte stämmer överens med hur verkligheten uppför sig. Verklighetens beteende är därför irrelevant för normen, och normen beter sig följaktligen inte som den erfarenhetsbaserade kunskapen. Den sistnämnda anpassar normalt sig när den konfronteras med avvikelser från förväntningen om det normala, såvida det inte finns en förklaring som kan marginalisera avvikelsen till en slump, en tillfällighet eller ett misstag. Om rättssystemet är ett system av normer, och om samhället är under utveckling, så måste det finnas säkerhetsventiler som tillåter rättssystemet att antingen återanpassa samhället till normen eller anpassa normen till samhället. Den löpande lagstiftningen, prejudikatbildningen, den omfattande och växande juridiska doktrinen och förändrade sedvänjor visar tydligt att den moderna positiva rätten ofta anpassas till samhällets förändringar.

Eftersom rättssystemet är ett system av normer är det en vanlig föreställning att rättssystemet kan förändras i den utsträckning som normerna kan förändras. Konsekvenserna av den föreställningen är följande: rättsnormerna är bundna enbart av sin tillkomsthistoria, i form av iakttagandet av en identifierbar beslutsordning, och inte direkt av sitt innehåll. Det finns därför en skillnad mellan två

Jan Torpman är ekonomie doktor vid Södertörns Högskola, företagsekonomiska institutionen. Bland publicerade forskningsprojekt finns doktorsavhandlingen vid Stockholms universitet med titeln Rättssystemets lärande. Pågående forskning rör tvärvetenskapliga projekt med systemteoretisk grund, varibland det mest aktuella är en ny teori om organisationskultur.

komponenter av en norm. Den ena är det verklighetsunderlag som normen vilar på. Den andra är resultatet av den selektion som skett av möjliga rättsliga utformningar, på basis av verklighetsunderlaget. Det finns således ett kognitivt[1] och ett normativt[2] element i varje norm, och i en strikt normorienterad definition av rättssystemet hålls dessa för oberoende. När rättssystemet definieras som statens rätt, juristernas professionella åskådning eller politiskt styrmedel, så blir kunskapen om verkligheten ett faktaunderlag på vilket normerna kan uttryckas – och dessa två dimensioner kommer att uppfattas som oberoende av varandra. Kunskapen om verkligheten blir ett vara, rättsnormerna blir ett böra.

Syftet med denna artikel är att visa hur det kan finnas kognitiva funktioner inom rättssystemet, och att utveckla en begreppsapparat för att beskriva dessa funktioners operationer. De kognitiva operationerna definieras i artikeln som det rena rättslärandet. Det rena rättslärandet syftar på rättsändringar av ett speciellt slag. Det handlar inte om sådana förändringar av rätten som enbart är nya beslut på grundval av samma kunskapsunderlag, och inte heller om rättsändringar som är följden av att ett nytt kunskapsunderlag introduceras från rättens omvärld. Istället syftar det rena rättslärandet på förändringar av rätten som sker i form av rättsinterna lärprocesser, med rättsintern kunskap som resultat och rättsliga objekt som föremål.

Innan vi går vidare ska vi säga något om förutsättningarna för en teori om det rena rättslärandet. En avgörande sådan är teorin om rätten som ett autonomt system. Föreställningen om ett relativt självständigt rättssystem är inte ny. Däremot är det en av de mest radikala idéer som utvecklats av Luhmann (1995a), där rättssystemet antas utgöra ett autopoietiskt (självproducerande) system av rättsliga kommunikationsoperationer. Denna idé förutsätter att man kan finna orsakerna till rättens löpande existens i egenskaperna hos dessa kommunikationer. Enligt Luhmann upprätthåller rättssystemet en skillnad mellan system och omvärld genom att själv etablera denna skillnad i särskilda kommunikationsoperationer. En egenskap som är avgörande för skillnadens upprätthållande är rättssystemets samtidiga öppenhet och slutenhet. Rättssystemet kan uttala omdömen om alla företeelser i samhället. De kan vara rättsligt tillåtna eller otillåtna. Indirekt uttalar sig rättssystemet på samma sätt även om rent rättsliga företeelser, men då i en annan form. Här går distinktionen istället mellan rätt/orätt, vilket inte bara avser huruvida något är tillåtet eller ej, utan också den rättsliga giltigheten. För att alls kunna tillhöra rättssystemet, och därmed vara en

rättslig kommunikation, måste en utsaga inte bara vara tillåten, den måste också vara rättsligt giltig. Det Niklas Luhmann har kallat "rättens kodning" anknyter till denna tankegång: det är när en utsaga identifieras som innehållande ett ställningstagande längs skillnaden rätt/orätt (Luhmann 1992b). Den löpande kommunikationen som knyter an till tidigare och senare kommunikationer, och kvalificerar sig själv som rättslig, gör så genom att innehålla ett ställningstagande till värdena rätt/orätt. Därigenom blir det möjligt att tala om självreferens hos rättens operationer. Närhelst vi tänker ett rättsligt omdöme har vi redan uttryckt för oss själva att omdömet ytterst bygger på skillnaden mellan rätt och orätt, varför den tanke vi tänker är en rättslig kommunikationsoperation. På detta sätt kan det bildas ett system av operationer, anslutna till varandra över tid, vilka genom sin förmåga till självreferens definierar ett i denna mening slutet system.

Rättssystemets öppenhet mot omvärlden säkras på samma sätt av egenskaperna hos kommunikationsoperationer. När vi tänker eller säger något som inbegriper ett omdöme om rätt/orätt, så tänker vi eller uttalar vi oss ofta om något annat än det vi anser vara rättssystemet. När detta sker tar vi kommunikationsoperationen andra sida i anspråk. Vi kan naturligtvis inte bara fälla omdömen om kommunikationerna själva, utan också om företeelser i resten av samhället. Det är de som är tillåtna eller förbjudna, lagliga eller olagliga, straffbara eller straffria. Operationerna är uppenbarligen förmögna också till främmandereferens.

Det faktum att kommunikationer kombinerar självreferens med främmandereferens gör det möjligt att konstruera modeller av rättssystemet som på samma gång operativt slutet och kognitivt öppet. Rättssystemet existerar som ett relativt autonomt system av rättsliga operationer. Men operationerna är öppna mot omvärlden ifråga om val av teman och begreppsliga definitioner. Med detta i åtanke blir det angeläget att formulera teorier om rättssystemets lärande, som ett särskilt fenomen i samhället.

Den slutenhet som följer av begreppet "operativ koppling", eller "självreferens hos operationerna i rättssystemet", leder också till ett antagande om frånvaro av extern strukturbestämning. Vi antar att strukturerna i rättssystemet regleras av rättssystemet. För att uttrycka det med Luhmanns ord: "Endast rätten själv kan säga vad som är rätt" (Luhmann 1995a: 50). Rättssystemets lärande blir en helt och hållet rättsintern affär (Torpman 2002). Syftet med denna artikel är, som antyddes ovan, att utveckla en begreppsapparat för detta lärande.

Rättsteoretiska utgångspunkter

Ett av rättssociologins särdrag i förhållande till rättsvetenskapen och rättsfilosofin är generaliseringen av definitionen av ett rättssystem. Rättsvetenskapen i synnerhet saknar anledning att söka inkludera andra, liknande sociala fenomen i definitionen av rättssystem. Inom rättssociologin, som ju är en del av sociologin, finns däremot en ambition att definiera rättssystemet som en typ av socialt fenomen, eller som ett socialt system. Istället för att vara ett helt unikt fenomen, till föremål för en rättsvetenskaps fulla uppmärksamhet, blir rättssystemet inom rättssociologin inte sällan definierat som ett system av normer, där normer kan förekomma även i moraliska, etiska, organisationshierarkiska eller andra sammanhang vilka inte står att härleda till det nationella rättssystemet. Rättssystemet blir ett normativt system bland andra normativa system under juridisk pluralism (jmf Cotterrell 1994). Hanteringen av begreppet normer är en skärningspunkt som anknyter rättssociologin till sociologin såsom läran om samhället eller det sociala. Därför är begreppet en naturlig utgångspunkt för en diskussion av begreppet det rena rättslärandet.

Normer brukar beskrivas som en orsak till att ett böra vidmakthålls. De uttrycker imperativ, men är inte identiska med imperativ (von Wright 1963). Detta böra har i sig inte utsatts för ingripande sociologiska studier[3], även om "norm" är rättssociologins grundbegrepp. Ett av normernas utmärkande drag är dock deras relativa oföränderlighet, eller deras egenskap att förbli oförändrade under omständigheter där ett sanningsinriktat omdöme skulle förändras. Distinktionen mellan normativa och kognitiva förväntningar tar sikte på just det faktum att normer och sanningsomdömen leder till olika orienteringar av beteendet (Galtung 1959, Luhmann 1987). Medan läkaren är beredd att ändra uppfattning om den sjukes tillstånd i takt med att han får nya insikter, så står vi fast i vårt fördömande av brottslingen, oavsett hur många gånger vi ser honom eller andra upprepa samma brott (Aubert & Messinger 1958). Med Niklas Luhmann (1987) kan vi därför tala om normer som *kontrafaktiskt stabiliserade förväntningar:* när våra förväntningar kommer på skam är det besvikelsen, inte normen, som avvecklas. Häri ligger en direkt motsats till den lärande inställning som vi finner i de kognitiva förväntningarna. Dessa justeras ju när man noterar en diskrepans mellan förväntning och verklighet. Normativa system skulle därmed framstå som obenägna till lärande per definition. Och likväl rör de sig. Även normativa system förändras och lär sig – och frågan blir då hur detta trots allt är möjligt.

Hur ska vi alltså förstå och förhålla oss till det fenomen som jag här har kallat rättens lärande? En avgörande fråga här är hur man ska betrakta normernas giltighet. Symbolen för ett böra uttrycker ju en form av giltighet. Ibland tänker man sig att en norms giltighet är identisk med anledningen till att en person väljer att anpassa sina handlingar efter den. Så är fallet när rättssystemet definieras som kommandon under hot om sanktioner. I dessa fall följer giltigheten ur människors flertaliga och faktiska underkastelse under hoten. Människors faktiska beteende blir identiskt med normernas giltighet.

Givet den definition av normer som vi har föreslagit här – i termer av kontrafaktiskt stabiliserade förväntningar – blir förhållandet mellan beteende och norm ett annat. Normernas giltighet blir relativt indifferent för, men inte nödvändigtvis oberoende av, den faktiska efterlevnaden. Normernas giltighet måste då sökas någon annanstans: i formerna för hur förväntningar bildas. På så sätt riktas fokus mot normens stabiliserande effekter på samhället, samtidigt som normernas giltighet är beroende av tre typer av förändringshändelser: tillkomstförfarande, förändringsförfarande och förfarandet vid deras avskaffande. Innan vi fullföljer den tankegången måste vi dock ytterligare diskutera grunden för normernas giltighet.

Enligt Kelsen (1967) finns det anledning att skilja mellan två typer av normer, statiska och dynamiska, vilka får sin giltighet ur två olika principer. De två typerna skiljer sig åt ifråga om huruvida det finns ett samband mellan normernas innehåll och deras giltighet, vilket har konsekvenser för hur man ska förstå rättens lärande.

I den statiska typen av normsystem är normerna giltiga till följd av sitt innehåll. Innehållet i en specifik norm går att härleda tillbaka till en grundnorm, så att alla systemets normer förhåller sig till grundnormen som det speciella till det allmänna. Den speciella normens förhållande till grundnormen är skälet både till att den är giltig och till att den har det innehåll den har. Eftersom alla normer är bestämda som logiska härledningar inom ramen för ett statiskt normsystem, så finns det ingen möjlighet till dynamisk anpassning av normernas innehåll till förändringstrycket från systemet omvärld. Det är dock mycket svårt att påträffa denna typ av normsystem i verkligheten. För att ett sådant system ska kunna existera måste dess grundnorm vara uppenbar, och helt utan behov av ytterligare tolkning. Begreppet "uppenbar" förutsätter enligt Kelsen (1967) ett praktiskt förnuft som förmått bestämma dess klarhet. Detta är emellertid oförenligt med

idén om en norm som enbart bestäms av sitt innehåll. Här införs ju tanken på en auktoritet som uttalar vad normen ska betyda – antingen i form av en uttolkare som reder ut en oklarhet, eller i form en ursprunglig konstruktör. Men denna auktoritets behörighet att stifta normer måste *också* verifieras, och här finns två varianter att tillgå: antingen härrör auktoritetens kapacitet att stifta giltiga normer från normsystemet, eller så antas det vara givet honom av Gud eller andra högre makter. Den norm som auktoriteten skapar är resultatet av en viljehandling, och som sådan måste den få sin giltighet från en normativ ordning, som föreskriver att vi bör böja oss för normer som kommer från denna auktoritets penna. Ett analogt fall är när auktoriteten har ersatts av sedvänjor som författare till nya normer. I båda fallen har normsystemet upphört att vara statiskt, och istället har vi att göra med ett dynamiskt system. Här finns det inte längre något oupplösligt samband mellan normernas innehåll och deras giltighet.

Låt oss först ge en definition av den dynamiska typen av normer. De är normer som förutsätter en grundande norm – men där denna norm enbart anger att en viss auktoritet har rätt att bilda normer, eller ger en bestämning av hur giltiga normer ska bildas. Med tanke på de invändningar som ovan riktades mot föreställningen om statiska normsystem, så torde rättssystemet vara ett normsystem av den dynamiska typen. Vi bör med andra ord kunna anta att det inte finns någon grundnorm, vars innehåll bestämmer vad resten av normsystemet ska innehålla. Detta har, som vi antydde ovan, avsevärda konsekvenser för teorin om rättens lärande. När rättssystemet utpekar lagstiftning, förarbeten, domstolspraxis, doktrin och sedvänjor som rättens källor, så innebär det bara att man anger formerna för rättens giltiga tillkomst och förändring. Men det begränsar inte vad rätten kan tänkas innehålla, och sätter heller inga gränser för rättens lärande.

Ovan var problemet att normativa system definitionsmässigt framstod som obenägna till lärande, och frågan var hur rättens innehåll överhuvudtaget kan förändras. Här står vi inför det omvända problemet: rättens innehåll förefaller inte vara underkastad några begränsningar alls. Även detta motsägs emellertid av empiriska erfarenheter. Det tycks snarast vara så att rättens utvecklingslinjer följer en karta, som både möjliggör och begränsar dess färdriktningar. Rättssystem synes ofta vara fast i gamla rättskonstruktioner, och det även i fall där det finns behov av och förutsättningar för större rättsliga förändringar i det omgivande samhället (Watson 1977; Watson 1988). Det finns således en tröghet i systemet,

en bundenhet till systemets historia. Rättssystemet kan dock svara på önskemål om förändring av rätten genom samtliga sina rättskällor. Ny lag stiftas; ny praxis kommer fram där uppdykande problemställningar gör att förändringar efterfrågas; ny doktrin klargör tolkningsproblem och infogar ny lag och domstolspraxis i en systematisk tolkningsram; sedvänjor regerar där det varken finns lagar, rättsfall eller doktrin. Vad vi ser här är just en lärande anpassning. Dessutom är det möjligt att en kognitiv orientering dyker upp på områden där det egentligen borde finnas en normativ orientering. En norm kan så att säga upphöra att vara en inställning som man reflexmässigt håller sig till, och istället övergå till att bli ett underlag för opportunistiska kalkyler. Om allmänheten t ex inte längre reagerar med irritation över förekomsten av svart hantverkshjälp i hemmen, utan istället kalkylerar med risken för att bli upptäckt, så har normen ersatts av en kognitiv inställning.

De flesta instanserna av rättsligt lärande är dock högst lagliga. Rättslärandet, förändringen av rätten, har nämligen institutionaliserats i det positiva rättssystemet. Som vi har sett är ju det positiva rättssystemet ett system av dynamiska normer, och sådana normers giltighet är beroende av en norm som anger formerna för hur normer får komma till och förändras. Att normerna förändras är därför inbyggt i rättssystemets definition. Dynamiken är en konsekvens av att moderna rättssystem är positivistiska, d v s de är grundade på beslut, inte på naturlagar.

För att summera kan vi säga att vi står inför en motsägelse. Den dynamiska definitionen av rättssystem indikerar att rättssystemets framtidshorisont är helt öppen. Samtidigt säger den empiriska erfarenheten att rättssystem är relativt bundna vid sina konstruktioner. För att denna motsägelse ska bli begriplig måste vi knyta an till en teori om den positiva rätten. Ett förslag till en sådan teori kan man finna redan i den positivistiska läran ungdom. Naturrättens anhängare anklagade den positiva rätten just för att vara godtycklig (Domat 1697). Detta kan förstås som en kritik, inte av föränderligheten, utan mot avsaknaden av en gudomlig och naturlig grund för rätten. Istället för den naturliga eller gudomliga rätten skulle en rätt visa sig som anpassades till samhällsförhållandena, vilka de nu kunde vara eller bli. Det kunde ge intrycket att detta skulle kunna ske godtyckligt, utan naturlagar som styr skeendet. Försvaret av den dynamiska normen som grund för det moderna samhället visade emellertid att rättens grund inte behöver vara godtycklig för att den är föränderlig. Situationsanpassningen innebar en bestämning av rätten som gjorde rätten föränderlig, dock med en annan

bestämningsprincip än den naturrättsliga (Hume 1992). Naturrättens teori hade stått som garant för oföränderlighet, och hade dessutom gett moraliskt stöd åt rätten. Den nya positiva rätten, som endast vilade på en grundlag eller författning, kunde inte erbjuda samma moraliska legitimering – men den innebar inte heller att allt plötsligen hade blivit tillåtet. Istället hade skillnaden mellan det lagliga och det olagliga lämnats åt rätten att förfoga över, på grundval av författningen.

Sedan 1700-talet har rättsliga frågor ansetts skilda från den moraliska bedömningen, och skillnaden mellan rätt och moral används som en vanlig definition på positiv rätt. För en *teori* om positiv rätt har dock denna skillnad inte mycket att erbjuda, mer än att ge empiriskt stöd åt en definition – den ger ingen förklaring till den ovan nämnda motsägelsen.

Det återstår alltså att finna en teori om den positiva rätten. En sådan teori kan åstadkommas med systemteorins hjälp. Systemteorin erbjuder redskap, med vars hjälp vi kan formulera en teori som både kan fånga upp teorin om normer, ge stöd åt teorier om andra samhällsfenomen, och förklara rättsnormernas förmåga till förändring och stabilitet. Låt oss alltså ta utgångspunkt i en sådan teori *för att visa hur rätten både kan lära av sina erfarenheter och vara kontrafaktiskt stabiliserade normer*.

Med system avser vi då inte, som många jurister, en ansamling regler, katalogiserade i böcker och tolkade i rättsfall, utan en enhet av helt andra dimensioner (jmf Eckhoff och Sundby 1988). En sådan modell har utvecklats av Niklas Luhmann (1987, 1990, 1992a, 1992b, 1995a, 1999). Hos Luhmann är det ett nytt systembegrepp som får ligga till grund för teorin om rättssystemet som ett av samhällets funktionella delsystem. Han uppfattar system som faktiskt existerande och ständigt fullbordande sammanhang av operationer (jmf Luhmann 1995a: 38ff). I rättssystemet är operationerna rättsliga kommunikationer, som konstruerar gränsen mellan rätt och omvärld genom att reglera anslutningen av vidare kommunikationer, (Luhmann 1992b). Enbart sådana kommunikationer som inbegriper en hänvisning till rättens kod – rätt/orätt – tillhör rättssystemet. Genom koden upprätthålls en skillnad mot rättssystemets omgivning. Skillnaden mot en traditionell definition av rätten som ett normsystem är att vi här inte utgår från en norm- eller värdetypologi, utan från en skillnad mellan system och omvärld (Luhmann 1987).

I teorier om positiv rätt är det vanligt att man anknyter skillnaden mellan

system och omvärld till rättssystemets strukturer, såsom regler, normer eller texter. Nyare systemteori har dock visat att en övergång från strukturer till operationer är nödvändig för att visa hur system skapar och upprätthåller skillnaden mellan system och omvärld. I rättsteorin har detta argument kommit till uttryck hos Eisenberg (1988) som skillnaden mellan *text-based* och *generative theories*. Fördelen med den operationsinriktade teorin är att den utgår från hur system skapar och upprätthåller sig själva. Den tar alltså inte strukturerna för givna – såsom är fallet med t ex Harts (1961) teori om olika nivåer av rättsregler i en hierarki. Rätten har hela sin existens i dessa operationer, vilka är i allra högsta grad empiriska objekt (rättsliga uttryck) och inte någon transcendens eller idealitet (Luhmann 1995a).

På det sättet kan vi föreställa oss att det föreligger en så kallad operativ koppling mellan rättsliga uttryck. Därigenom blir rätten snarare ett sätt att gestalta relationer på ett meningsfullt sätt, och därigenom kontrollera dem, än resultatet av en materialskillnad mellan normer och deras omvärld. Rättsrelaterade kommunikationer är sådana som alltid fyller en dubbel funktion som strukturupprätthållare och produktionsfaktor i rättssystemet. Rättens enhet är, enligt detta synsätt, en effekt av den löpande produktionen av rättsliga kommunikationer – den ligger inte i iakttagandet av en viss typ av fakta, eller i identifieringen av den särskilda materien, normen. Operationer bestämmer betingelserna för vidare anslutning av fortsatta kommunikationer, och bekräftar eller bestrider därmed de inskränkningar (strukturer) genom vilka de produceras.

Detta innebär att produktionen och upprätthållandet av rätten kan tillskrivas rättssystemet självt, vilket öppnar dörren för rättens egen historia av rättsligt bestämda innebörder. Rättens grundbegrepp och dess särskilda tolkningstekniker är de mest uppenbara exemplen på det som Olivecrona, med en snarlik men inte identisk syftning, kallade rättens självtydning (Olivecrona 1966). När rätten definieras som ett självständigt system av kommunikationsoperationer[4] blir det begreppsligt möjligt att tänka sig ett specifikt, eller rent, rättsligt lärande. Genom den kodning i termer av laglig/olaglig som står rätten exklusivt till förfogande kan rättssystemets relativa autonomi kombineras med dess omvärldskänslighet och relativa styrbarhet. Utan det systembegrepp som vi föreslagit här kan positivitet i princip förstås i termer av rättssystemets självständighet i förhållande till ett vara – i form av Gud eller naturlagar. Då tvingas rättsteorin emellertid att visa hur rättens självständighet kan stödjas av andra krafter.

I marxistiska teorier är det suveränens makt som utgör dessa krafter, och rätten blir suveränens eller statens maktredskap. Ett annat förslag är postulatet om juristers rätt, där rätten hängs upp på en professions aktiviteter. Eller också kan man förstå dessa krafter som de sanktionsprocesser som, enligt Max Weber, är nödvändiga för rättssystemets existens. Slutligen kan man tänka på dem i termer av rättssystemets konfliktlösningsfunktion, där professionella jurister tänks leverera tjänster till samhället.

Samtliga dessa ansatser till förståelse av rättens enhet bygger dock på en och samma paradox. Den positiva rätten kan aldrig förklaras med hänvisning till en makt som står utanför eller över rätten, eftersom den per definition är ogiltig. Av liknande skäl kan den positiva rättens enhet inte heller förstås i termer av en referensgrupps professionella aktiviteter (t ex konfliktlösning). De parter som är i konflikt med varandra måste ju definiera sin konflikt i rättsliga termer redan innan de vänder sig till professionen med sin frågeställning. De måste redan se domare, domstolar och advokater som rättsligt betydelsefulla instanser som de kan vända sig till med sitt problem. Man kan alltså säga att de måste ha tillämpat rätten redan innan de har vänt sig till det som vi, enligt dessa definitioner, skulle betrakta som rättssystemet.

Det återstår bara att se rätten som ett system av innebörder, vilket genom att existera som normativt böra gör sig tillgängligt för oss som faktum. Vi gestaltar inte våra relationer rättsligt för att vi är rättsligt förpliktade att göra det. Vi gör det för att det är möjligt. Rättens självständighet vilar på koden laglig/olaglig, som gör det möjligt för oss att gestalta en relation ur rättsligt perspektiv. Rättens självständighet möjliggör också särskilda egenheter hos rättssystemet. Autonomi betyder precis detta: när system är tillräckligt komplexa behöver de inte svara på varje anspråk från omvärlden. De kan välja att vara indifferenta, att inte förändras när omvärlden ändras. Indifferens och anpassning blir två motstående begrepp, där anpassning är allt från direkta avbildningar av omvärlden i systemet till abstrakta justeringar av rättssystematiken. På det sättet kan rättssystemet processa omvärldsfaktorer på sitt eget sätt, och de normativa förväntningarnas rättsliga giltighet kan inte dikteras av ekonomiska intressen, politiska kriterier eller moraliska omdömen – även om rätten aldrig är helt indifferent för någon av dem. Det vore rent skadligt om det vore möjligt att, med en rättslig revolution, byta ut centrala teoretiska element i rättssystemet. Detta kontinuitetskrav blir meningsfullt endast om vi antar att det finns ett rättssystem som är oberoende av

specifika referensgrupper, eftersom rättssystemets kontinuitet då knyts till systemets enhet.

Rättens kontinuitet gör att rättsutvecklingen till en del styrs av konservativa krafter i rättssystemets grundbegrepp. Dessa bevarande strukturer i rätten gör att, trots det faktum att rätten är ett dynamiskt system med Kelsens terminologi, rätten inte helt och hållet är ett lydigt redskap för suveräner eller politik, utan ett eget system som också lyder egna lagar. I nästa avsnitt ska vi diskutera dessa rättssystemets egna lagar, genom att ställa frågan om de kognitiva funktionernas plats i rättssystemet.

Rättsnormens struktur – konditional programmering

Rättsvetenskapen är beskrivningar av rättsnormer (Kelsen 1967), men rättsnormerna – sådana de framställs i lagar, förarbeten och domstolsavgöranden – bygger också på en rättsvetenskapligt given grund. Läran om juridiska personer i associationsrätten medför att lagstiftaren inte behöver betvivla att reglerna för aktiebolag ska tolkas som att aktieägarna är de egentliga bärarna av ansvaret för aktiebolagets förpliktelser och rättigheter. Organläran innebär att en företagsrepresentant för ett aktiebolag inte behöver riskera att hans handlingar ska tolkas som hans egna, när han i själva verket handlar som organ för bolagets juridiska person. De rättsvetenskapliga begreppsbestämningarna fungerar här som den grundval av rättslig kunskap på vilket lagstiftaren kan bygga sin lag. Lagen kommer därefter att tolkas med den rättsliga världsbilden som bakgrund, och kan bara förstås mot denna bakgrund. Det finns därför ett ömsesidigt beroende mellan rättsvetenskapen och lagstiftningen. Den första beskriver den andra, som i sin tur baserar sina föreskrifter på vad den första har beskrivit. Detta är viktigt att hålla i åtanke när vi nu ska undersöka de kognitiva funktionernas plats i rättssystemet.

Relationen mellan börat i rättsnormen och det verklighetsfundament det bygger på kan mer allmänt uttryckas som relationen mellan satsdelar i ett så kallat konditionalprogram. Med stigande samhällskomplexitet och växande behov av kongruenta förväntningar har rätten ändrat karaktär, från uppräknande av partikulära situationer till konditionalprogram (Luhmann 1987). Konditionalprogrammet antar formen av ett om-så-förhållande mellan förutsättningar för en tolkning och tolkningens konsekvenser: om bestämda betingelser är uppfyllda ska ett bestämt beslut fattas med en viss innebörd. Man kan säga att det histo-

riskt har skett en omorientering i sättet att definiera rättsnormerna – från beskrivningar av konkreta och partikulära situationer till abstrakta och generella villkor för normers giltighet – och att detta är en av grunderna för den moderna positiva rätten. Med konditionalprogram blir det inte bara möjligt att organisera den rättsliga bedömningen av materialrättsliga frågor på ett effektivt sätt, utan också att orientera rättens förfarande mot i förväg angivna villkor. Det blir således möjligt att definiera under vilka villkor en domare ska se ett problem som rättsligt och som underkastat domstolens prövning. Och först när rättsnormerna definieras som förutsättningar och konsekvenser blir det möjligt att normera mångas förväntningar om mycket.

Om konditionalprogrammet är det moderna rättssystemets sätt att bilda rättssatser, för att inte överhopa samhället med paragrafer eller särfall i det oändliga, så är det ändå inte en ny uppfinning. Några av de äldsta bevarade lagarna har denna form (Seagle 1951). Det finns emellertid andra alternativ till den moderna rättens form för att formulera rättsnormer som imperativ. I den gamla romerska rätten har det funnits inslag av etiska och utilitaristiska målorienterande moment. Samma sak gällde för den naturrättsliga modell av rättssystemet som var i bruk så sent som strax före industrialismen. Naturrättens sätt att argumentera är förenat med ett stort mått av godtycklighet och avvägningar, vilket strider mot konditionalprogrammets form. Det senare är ägnat att ge ökad förutsägbarhet, och därmed stärka den kongruenta generaliseringen av människors förväntningar.

Med tanke på den stora betydelse det haft, att konditionalprogram introducerades som byggklossar i rättssystemen, så skulle man förvänta sig att det fått stort utrymme i rättssociologiska och rättsvetenskapliga studier. Så är emellertid inte fallet, bortsett från några få undantag (t ex Geiger 1964; Luhmann 1987). Här ska vi dock ta fasta på konditionalprogrammets speciella egenskaper.

Konditionalprogrammens införande i rättssystem har att göra med den positiva rättens utveckling och den positivistiska strategins tillämpning i rättssystemen. I takt med att samhällets komplexitet har ökat, så växer också behovet av mekanismer som hanterar komplexitet. Konditionalprogram är en sådan lösning. De gör det möjligt för rättssystemet att anpassa sig till omvärldens komplexitetstillväxt med en motsvarande ökning av sin egen komplexitet. Systemet blir mer adaptivt, eftersom konditionalprogrammets ”om-så” tillåter att konditionalsatsens ”om”, och konsekvenssatsens ”så”, kan förändras var för sig. Normer

kan således förändras på två olika sätt: dels genom en förändring i bestämningen av de faktiska förhållanden som ska föreligga för att en rättslig konsekvens ska följa, dels genom en förändring i definitionen av den konsekvens som ska följa (givet att vissa faktiska omständigheter föreligger). Detta – att rätten kan förändras i två led separat – är en stor befrielse för ett system som har att fäktas mot en allt snabbare växande samhällskomplexitet. Straffsatsen kan ändras, trots att brottsbeskrivningen för övrigt är densamma. Förutsättningarna för skadeståndsansvar hos en arbetsgivare för arbetstagardelikt kan förändras, trots att skadeståndets storlek eller form lämnas orört.

Konditionalprogram gör det också möjligt för rättssystemets användare att strukturera sina förhållanden på ett sätt som hushållar med osäkerhet. Konditionalprogrammen delar upp situationsbestämningar, och osäkerheten kring dessa, i två steg. Man kan därmed göra separata kalkyler, vilket ger större möjligheter att hantera osäkerheten. Den typiska strukturen för i stort sett alla rättsnormer – *om dessa i verkligheten befintliga omständigheter föreligger så bör dessa konsekvenser inträffa* – delar upp situationsdefinitioner i två delar. Den första gäller beskrivningen av förutsättningar för en konsekvens, den andra gäller själva konsekvensen. Även osäkerheten om hur situationen ska definieras, och osäkerheten om vilka konsekvenserna blir, kan därför delas upp på två delar med konditionalprogrammets hjälp. Det kan råda osäkerhet om parters val av alternativa beskrivningar av faktiska förhållanden, men rättsreglerna ger stöd för ett begränsat antal alternativa tolkningar. Det kan också råda osäkerhet om parternas samsyn när det gäller konsekvenserna. Men när dessa frågor kan delas upp och behandlas separat blir samspelet vid situationsdefinitionen mer hanterlig genom att det ena ledet ligger till grund för det andra. Sekvensen skapar ökade möjligheter för parterna att kalkylera med situationer, och ger därför bättre stöd för bildandet av kongruenta förväntningar om situationsdefinitioner.

Att rättssatser formuleras i "om-så"-satser har konsekvenser för hur förväntningar bildas även i ett annat hänseende. Den enskilda personens uppmärksamhet riktas först mot bestämningar av förutsättningar, därefter till identifierandet av konsekvenser. Detta leder till att personen ser sig som en *beslutsfattare*. Rättsnormens struktur tvingar personen att fatta beslut om hur han vill att situationen ska uppfattas, eftersom konsekvenserna annars kommer att ingripa mot hans passivitet.

Låt oss nu summera de tankar som lanserats ovan. För positiva rättssystem i

moderna komplexa samhällen är konditionalprogrammets effekter oumbärliga. De levererar sina prestationer till lagstiftaren, till domaren, till mannen på gatan och till rättsvetenskapen. För samtliga betraktare av rätten gäller att rätten huvudsakligen är organiserad så att den förutsätter två ställningstaganden. Det första gäller identifieringen av ett verkligt sakligt sammanhang som relevant för en rättsnorm. Det andra gäller fastställandet av en konsekvens, vilken utpekas av rättsnormens andra led. Rättsnormens organisation manar till beslutsfattande. Den manar också till urskiljande av skillnaden mellan den faktiska eller verkliga omständighet som är första delen av beslutet, och den normativt härledda slutsats som följer av normens andra led.

Normen, uttryckt i form av ett konditionalprogram, fäster alltså uppmärksamheten vid att rättstillämpningen bygger på en identifiering av omständigheter ur verkligheten, eller identifieringen av relevanta sakförhållanden. Dessa sakförhållanden – exempelvis det subjektiva rekvisitet vid ett våldsbrott, eller den adekvata kausaliteten vid tillfogandet av en skada där skadestånd kan vara aktuellt – har det gemensamma draget att de måste vara verkliga, eller möjliga. Det första momentet i konditionalprogrammet använder någon form av omdömen om verkligheten, d v s omdömen om ett *vara* snarare än ett *böra*. För att det ska vara meningsfullt att lagstifta om skadeståndsansvar måste det ju åtminstone vara möjligt att tillfoga andra människor skada. Rekvisitet om adekvat kausalitet vid bedömningen av skadeståndsansvar bygger på att en skada orsakas genom en kausalrelation mellan ett visst beteende och en viss skada – vilket är ett omdöme om verkligheten. En ny lag om alkoholisters behandling på arbetsplatsen förutsätter att det finns ett (omvänt) samband mellan alkoholism och behandling, som innebär att det är fruktbart att behandla alkoholister.

I stort sett all lagstiftning bygger i denna mening på en omedelbart iakttagbar kunskap om verkligheten. Även om det finns rättsnormer där förhållandet mellan normen och den bakomliggande världsbilden är mindre uppenbar kan vi ändå förutsätta att det finns en, eller flera, världsbilder inbyggda i varje norm. Rättssystemet har genom århundradena synkroniserats med det omgivande samhället, och förutsätter för sin funktion sådana faktiska samband som att människor i allmänhet kan motiveras med pengar, att människor är benägna att söka undvika straff och att de är intresserade av att i så stor utsträckning som möjligt kunna skydda sig själva och sina familjer från fysiskt våld. Dessa samband – och många andra – saknar helt normativa element. De är erfarenhetsbaserade omdö-

men, och är relativt oberoende av lagändringar eller andra typer av rättsändringar. Lika fullt förutsätter rättssystemet i alla sina normer ytterst att sådana samband finns.

Lagstiftaren är medveten både om erfarenhetens lagar, kända för var och en, och om vetenskapligt kända samband, som det om behandlingens effekt på alkoholister. Så är fallet också med domaren, rättsvetenskapsmannen, den professionella juristen och lekmannen. Definitionen av rättssystemet som ett politiskt styrinstrument sammanhänger nära med den positivrättsliga strategin, och med konditionalprogrammets pedagogiska sätt att låta rättssystemet framträda – framför allt för sina professionella uttolkare. För dem syns det tydligt att varje norm har tillkommit, inte bara som produkten av värderingar eller intressen, utan också som konsekvensen av en eller flera världsbilder (Davies 1994).

Vi ser alltså att kognitiva funktioner har en plats i rättssystemet, och vilken denna är. Genom konditionalsatsens första led är rättsnormerna, och därmed rättsnormeras förändring, kopplad till kunskap. Den del av rättens förändring som beror på denna kunskap förändras antingen inne i rättssystemet eller utanför rättssystemet. I det första fallet är det fråga om en rättsligt genererad och rättsligt specifik kunskap, i det andra fallet om allmänt kända erfarenhetslagar och vetenskaplig kunskap. När det gäller den *rättsligt specifika kunskapen* är den i sin tur av två slag. Den ena är kunskap som endast finns i rättssystemet. Den andra är sådan kunskap som även finns utanför rättssystemet, men där rättssystemet har tillgodogjort sig den i en omfattning som gör kunskapen unik i förhållande till omvärlden. Låt oss i det följande definiera den specifikt rättsliga kunskapen för att se hur den kan förändras genom ett specifikt rättsligt lärande.

Det rena rättslärandet

Om vi för ögonblicket sätter likhetstecken mellan lärande och förändring när det gäller rättens utveckling, så kan rättsutvecklingen beskrivas som differentierad i tre nivåer. Det finns ett lärande i lagstiftningen genom politikens grundlagsenliga koppling till rättssystemet. Det finns också ett lärande, även om det är mindre frekvent eller mindre omfattande, i prejudikatbildningen och i sedvänjornas utveckling. Jämfört med lagstiftningen står prejudikaten i domstolarnas högsta instanser för en bråkdel av alla rättsändringar. Detsamma gäller i ännu högre grad för sedvänjorna, som dessutom tenderar att få en försvagad position i rättsordningen med tiden. Den tredje nivån av rättsligt lärande sker inom rättsvetenskapen.

Det lärande, eller den rättsändring, som sker genom det politiskt drivna beslutsfattandet hos lagstiftningen, arbetar med redan befintliga kunskapsfundament. Man utgår där från att rekvisitet om adekvat kausalitet redan finns inbyggt i rättsordningen, och att det avspeglar en nödvändig relation mellan det som ska ersättas och det som har orsakat skadan. Lagstiftaren ifrågasätter inte heller att det finns en skillnad mellan juridisk och fysisk person eller att människor numera ofta bor tillsammans utan att vara gifta. I dessa tre fall är de två första sambanden huvudsakligen rättsligt konstruerade medan det tredje är en allmän erfarenhetslag. Lagstiftningen förhåller sig relativt passiv till båda dessa typer av kunskap. Den utgår från att verkligheten är given på det sätt som de förutsatta sanningarna presenterar den. Det föreligger helt enkelt en funktionsdifferentiering mellan de instanser som verifierar verklighetssambanden och den instans som stiftar juridiska lagar. I den svenska konkurslagen 3 kapitel 1 § kan man läsa att en gäldenär inte får råda över egendom som hör till konkursboet efter det att ett beslut om konkurs har meddelats. Där finns dock ingen vetenskaplig debatt om gäldenärsbegrepp, om vad det innebär att meddela ett beslut eller om hur en gäldenär råder över sin egendom. Dessa begrepp förutsätts förklarade i andra delar av rättsordningen. I allmänhet finns det förvisso en överlappning mellan det allmänna språkbruket och betydelsekärnan i ett juridiskt begrepp. Med undantag för legaldefinitioner och det omedelbara sammanhang av lagtext som lagbestämmelsen ingår i, så gäller det dock att lagbestämmelsens delar får sina betydelser genom kunskaper om rätten och verkligheten som redan är givna. Erfarenhetslagar som inte är fullständigt författade av krafter i rättssystemet måste ha tillkommit någon annanstans, i ett annat förnuftsmönster och i andra sätt att etablera och förändra förväntningar. Dessa lagar är baserade på erfarenhetsmässigt lärande.

Det finns en stor litteratur som studerar hur sådana erfarenhetsmässiga kunskaper utvecklas och förändras som produkter av lärande system. Litteraturen om organisationers lärande visar hur specialiseringen har drivit organisationer till hög effektivitet i utförandet av sina rutiner och regelmässiga handlande. Detta beskrivs med begrepp som *single loop learning, first order learning* eller lärande inom en referensram. Litteraturen visar emellertid också hur viktigt det är att bryta upp handlingsmönster, och ersätta gamla rutiner med andra. Sådant lärande beskrivs med begrepp som *double loop learning, second order learning* eller *re-framing* (Argyris 1974; Argyris & Schön 1996). Litteraturen fokuserar på frå-

gor som rör trögheten i lärprocesserna – såsom insiktströghet, manövertröghet eller så kallade *learning traps* (March 1991). Eftersom lärandet är erfarenhetsbaserat är det huvudsakligen inriktat på hur kognitiva förväntningar etableras, även om normativa element fyller funktioner också i formella organisationer. På samma sätt som organisationer bygger upp kunskap – tyst i regler och rutiner, eller uttalad i förhållningsorder och världsbilder – så utvecklas vetenskapliga sanningar ur erfarenhetsbaserat lärande. Det fanns ingen norm som tvingade fysiken att vidhålla den klassiska mekaniken, men den fortsatte att fylla funktioner för vetenskapen så länge det inte fanns bättre teorier som kunde ta dess plats.

Låt oss dock återvända till rättssystemen. Ur deras perspektiv har de flesta erfarenhetslagarna sitt ursprung och sin giltighet i rättens omvärld. Visserligen har den klassiska mekaniken inget med rättssystemet att skaffa, men rätten kan medvetet eller omedvetet basera sig på denna typ av rättsexterna erfarenheter – som alltså befinner sig i systemets omvärld. Att den rättsexterna kunskapen förändras innebär inte att det också sker ett *rättsligt lärande*. För att så ska ske måste förändringen beröra rättens egen kunskap – och kunskapen blir bara rättens egen om (a) den rättsexterna kunskapen upptagits och stabiliserats i normen, eller (b) själva normen uttrycker en rättsintern kunskap. Men i de fall det inte sker ett rättligt lärande till följd av förändringarna i den rättsexterna kunskapen, så kan de ändå leda till en rättsändring. När rättens normer förändras vid lagstiftning kan motiven vara att det skett en utveckling i metoder att behandla kriminella, så att straffen bör se annorlunda ut än de traditionella inlåsningarna i fängelse. I så fall ändras rätten inte till följd av en förändring av värderingar enbart, utan också till följd av ett förändrat kunskapsunderlag för normer om brott och straff. När kunskapsförändringen äger rum finns dock inget tvingande orsakssamband mellan kunskapsförändringen och rättsändringen. Rättssystemet kan hållas oförändrat även om det kunskapsunderlag på vilket det bygger i en specifik fråga har ändrats av nya erfarenheter. Den moderna positiva rätten är kontingent i förhållande till den rättsexternt producerade erfarenhetsbaserade kunskapen.

Därmed har vi fått ett kriterium med var hjälp vi kan skilja det egentliga, eller rena, rättslärandet från blotta rättsändringar. Det rena rättslärandet är något annat än den kontingenta[5] rättsändringen, vilken ju är omedelbart relaterad till rättsexternt producerad kunskap. Det rena rättslärandet har en närmare relation till rättssystemet: det är en produkt av rättsinterna kunskapsprocesser vilka är

relativt oberoende av, men inte indifferenta inför, rättsexternt producerad kunskap. Den kunskap om världen som det rena rättslärandet resulterar i är helt och hållet framställd inom ramarna för det rättsligt giltiga – och det rättsligt giltiga förhåller sig ofta selektivt till det utomrättsligt sanna.

Så är t ex fallet med avskrivningsreglerna om ekonomiskt riktiga avskrivningar: här praktiseras vanligen tumregler som inte har stöd i modern ekonomisk teori, även om ambitionen i lagstiftningen har varit att avskrivningsreglerna ska återspegla den vetenskapligt etablerade kunskapen om värdeminskning. Skälet till detta är att rättstillämpningen aldrig kan tvingas till att avgöra vetenskapliga frågor. Det är främmande för rättstillämpningen att gå utöver besluten om vad som är lagligt och olagligt, och också fälla avgöranden om sant eller osant i fallet med ekonomisk värdeminskning. Domstolens kompetens sträcker sig inte så långt som till vetenskaplig verifiering, varför den måste förhålla sig selektivt till den vetenskapliga sanningen. De ekonomiskt riktiga avskrivningar som det skrivs om i förarbetena till den svenska skattelagstiftningen preciseras därför i lagen, lagförarbetena och i praxis, så att frågan om vilka vetenskapliga teorier som ska ligga grund för den rättsliga bedömningen av tillåtna avskrivningar är avgjord genom en serie rättsliga beslut. När man på nytt ska avgöra om en yrkad avskrivning ska bifallas är det därför inte statusen på den vetenskapliga teorin som är avgörande. Istället åberopar man de vetenskapliga teorier som betraktats som giltiga i lagstiftning och praxis – det är de som blir rättsligt relevanta, och det är de som blir rättesnöret för det juridiska svaret. Rätten kan därför, och måste, förhålla sig selektivt till sanningen.

I ljuset av resonemanget ovan kan det rena rättslärandet nu reserveras för ett mindre omfattande rättsändringsbegrepp. De rättsändringar som sker inom ramen för en redan given kunskap är inte ett rättsligt lärande, inget lärande alls. De rättsändringar som är, eller är konsekvensen av, den selektiva anslutningen av rättsnormer till rättsexternt producerad kunskap är inte heller ett rent rättsligt lärande. Istället betecknar det rena rättsliga lärandet uteslutande sådant lärande som innebär en förändring av rättsligt producerad kunskap, vilken i sin tur innebär en rättsändring. Det rena rättslärandet bör med denna definition främst, men inte enbart, kunna påträffas i det rättsvetenskapliga arbetet med framställandet av rättsligt giltig kunskap om rättsliga normer. Vi får anledning att återkomma till denna kunskaps dubbelnatur – dess status som både sanning och norm. Innan dess är det emellertid lämpligt att, med ett exempel på rent rättslärande, klargö-

ra definitionens innebörd och relevans. Exemplet är utvecklingen av ett rättsligt grundbegrepp, juridisk person.

Utvecklingen av begreppet juridisk person skedde under 1800-talet, och är bäst tillgängligt i den tyska rättsvetenskapen. Enligt konventionell rättshistorieskrivning tog den tyska konstruktionen av juridisk person två tydliga utvecklingssteg under denna period. Man gick från en naturrättslig teori centrerad kring tesen om *societas*, en avtalsliknande sammanslutning av individer där sammanslutningen saknar egen personlighet ur rättsligt perspektiv, via Savignys (1840) teori om juridiska personer som juridiska fiktioner med egen förmåga till ägande och bärande av andra rättigheter och förpliktelser, till Beselers (1843, 1847-1855) och Gierkes (1881, 1887, 1902) *Genossenschafts*-lära eller realitetsteori om juridiska personer som reala och överindividuella enheter med samma status i allt väsentligt som fysiska personer. Realitetsteorin överensstämmer med den föreställning om personerna som fortfarande gäller i det svenska rättssystemet.

Förvandlingen av begreppet juridisk person involverade en ökad rättslig självinsikt. Samtidigt som rätten övergav den naturrättsliga föreställningen om att personbegreppet avbildade i verkligheten existerande personer, så vann rätten medvetande om att den också kunde konstruera personer, att rätten hade en skapande makt. Naturrättsfilosofin, som låg till grund för rättsteorin fram till slutet av 1700-talet, antog att rätten var en del av naturen och att rätten därför hade sin uppenbarelse med samma fasta nödvändighet som att Gud fanns och suveräna härskare var landens regenter. Fiktionen juridisk person tvang rätten att successivt inse att det också kunde finnas personer som tillkommit för att tillfredställa behovet av en fungerande systematik. Därmed stod möjligheten öppen för att de rättsliga begreppen inte var avbilder av naturliga objekt, och likaså kunde man nu föreställa sig rättens enhet som en föränderlig kropp.

Denna semantiska övergång från naturrätt till positiv rätt utgjorde emellertid endast bakgrund till de lärförlopp som exemplet vill illustrera. Den äldre föreställningen om *societas* förhindrade effektivt att överindividuella enheter kunde äga någon form av självständighet i förhållande till sina medlemmar, enhetens verkliga konstituenter. En *societas* var en sammanslutning där enheten bodde i de ingående medlemmarna. Savigny sammanfattade det på följande sätt:

> Ovan framställdes rättskapacitet som sammanfallande med begreppet om den enskilda människan (§60). Nu betraktar vi den som utsträckt till konstlade subjekt, som antas genom blotta fiktioner.

> Ett sådant subjekt kallar vi en juridisk person, d v s en person som enbart antas för juridiska ända mål (Savigny 1840: 236).

Med fiktionen hade juridiska personer introducerats i rätten och kunde bli föremål för rättsvetenskaplig teori. Med tiden anfördes en rad bevis för att juridiska personer hade samma verklighetskvalitet som fysiska personer, och man nödgades till slut dra slutsatsen att så var fallet. Därmed var realitetsteorins tid kommen: juridiska personer förklarades för verkliga, lika väl som de fysiska. De juridiska personerna visades, med organens hjälp, kunna bilda en självständig vilja och därför också handla självständigt.

Här går vi emellertid händelserna i förväg. Vid slutet av 1700-talet var utvecklingen ännu inte så långt gången. Den rättslära som då gällde arbetade med en teori om rätten som baserades på en vara-metafysik, där vetenskapens föremål var eviga ting och där erfarenheten endast visade oss tillfälliga uppenbarelser av dessa. Vetenskapens tillgång till verkligheten skulle därför styras genom förnuftet (Kaulbach 1968). I denna miljö tänkte juristerna på rätten som samma typ av eviga lagar. De eviga lagarnas tillfälliga uppenbarelser var, enligt detta synsätt, ett exempel på att det evigas agens på det tillfälliga (Wolff 1722). Under naturrättsepoken såg rättsläran endast två typer av personer, *persona simplices* och *societas perfecta* (Peterson 1983). *Persona simplices* kunde endast finnas i levande människor, medan *societas perfecta* var sammansatta av familjer och familjer i sin tur av *persona simplices*. Därutöver fanns en *societas arbitraria* som dock betraktades som något annat än de naturliga personerna. Staten var ett specialfall utöver dessa typer av personer.

De enda spår som här fanns av moderna korporationer återfinner man i societasformen, vilken dock hade en sådan struktur att den inte kunde fungera som plattform för en rättslig föreställning om korporationer. *Societas* var den allmänna beteckningen på mellanformer av personer mellan individer och staten. Enligt Kaser (1955: 478) kunde en definition av *societas* vara en relativt formlös samverkan under samförstånd, som fortgår så länge samförståndet hos de medverkande kan upprätthållas. Det enklaste sättet att se detta är som ett avtal mellan flera personer. Naturrättsläran ansåg sig finna flera olika typer av fel i sina *societas*. Thomasius (1709) ansåg *sociates* vara ofullständiga personer; enligt Rousseau (1762) skulle ett erkännande av personer mellan staten och individerna vara en falsifiering av statens suveränitet; och Scheidemantel (1770-1773) för-

nekade sammanslutningar varje form av självständig förmåga – vare sig de var kyrkor, akademier eller privilegierade handelskompanier. Naturrättsteorin var således själv alldeles klar över att den inte kunde acceptera personer som stod över individerna men var underkastade staten.

Fiktionsteorin gjorde alltså bättring på denna punkt. Tanken på personer mellan staten och individerna var illa utvecklad (Binder 1907). Det var inte förrän Savigny framkastade idén om juridiska personer som användandet av mystiska, imaginära eller moraliska personer blev ett problem för rättsvetenskapen. Liksom sina föregångare utgick Savigny från att individen var den naturliga attributionspunkten för personlighet, med motiveringen att individen var förmögen att ha en självständig vilja. I själva verket fanns rättssystemet där för att skydda den enskildes fria viljas utövande, och Savigny såg det som önskvärt att bryta med den äldre terminologin och införa juridiska personer som särskilda, från individernas personer skilda enheter. Eftersom viljeteorin var förhärskande måste det ske med hjälp av en juridisk fiktion, varmed något antas vara vad det i själva verket inte är för att åstadkomma ett bättre system.

Med Savigny hade juridiska personer redan vunnit inträde i rätten, men deras status var fortfarande kringskuren av att de var beroende av en fiktion. De verkliga personerna förlänades sin verklighet på grund av sin förmåga till en fri vilja – och att människan hade en fri vilja härrörde i sin tur från postulatet att det finns en essens i människans själ, från vilken personlighetens natur tänktes strömma. Rättssystemets idé om personer hade fortfarande en form där det var ickerättsliga omständigheter som låg till grund för begreppet person.

Till skillnad från det moderna rättssystemet var begreppet om personen inte en rättspositivistisk skapelse, utan byggde, relativt oreflekterat, på en metafysisk grund. Den rättsliga personteorin var mottagare av faktiska omständigheter, inte skapare av dem. En förändring på denna punkt skulle förutsätta en omvärdering inte bara av de juridiska personerna utan också av de fysiska. Denna omvärdering kom med realitetsteorin.

Med realitetsteorin gjordes en omvändning vid värderingen av juridiska personers status som verkliga eller fiktiva. Korporationer förklarades inte bara kunna ha rättigheter och förpliktelser, utan också en fri vilja och rättshandlingsförmåga (Gierke 1887: 603). Därför sattes ett existensmässigt likhetstecken mellan fysiska och juridiska personer. I realitetsteorins båda teoretiska föregångare hade juridiska personer ansetts defekta, eftersom de saknade den essens som vi

finner i den individuella personligheten. När Beseler och Gierke visade att förmågan till vilja och handling hade direkta motsvarigheter i korporationer, så visade de samtidigt att postulatet om essens var paradoxalt – varför fysiska personer och juridiska personer var lika verkliga eller lika fiktiva. Antingen måste rätten ha skapat dem båda, eller också måste rätten ha tvingats konstatera att båda finns i verkligheten.

Detta rättsvetenskapliga utvecklingsförlopp är tydligt inlåst inom ramarna för respektive teoretiska paradigms förklaringskapacitet. Den naturrättsliga teorin saknade utrymme för överindividuella personer. Fiktionsteorin arbetade med liknande premisser och tvangs att postulera juridiska personer som fiktioner, vilka var behäftade med flera handikappande brister. Realitetsteorin reviderade viljeteorin och ersatte dess mer primitiva föregångare med en allmännare variant, där också korporationer kunde rättshandla genom organ och uttrycka en egen vilja. De olika teorierna om personer i rättssystemet ställdes successivt inför paradoxala situationer, vilka de måste hantera. Konsekvensen blev att rättssystemet på denna punkt tvingades omvärdera bilden av sig själv och sin skapande förmåga. Juridiska personer betecknar en rad rättsliga konstruktioner – såsom aktiebolag och ekonomiska föreningar – vilka kan, men inte behöver, ha en egen existens utöver registreringsformaliteterna. Ett registrerat aktiebolag indikerar inte mer än registreringsformaliteterna föreskriver. Det finns därför ingen grund för att påstå att juridiska personer representerar något objekt utanför rättssystemet (jmf Olivecrona 1928). Juridiska personer betecknar istället en rad rättsliga konstruktioner, vilka i sin tur innehåller föreskrifter som har konsekvenser för rättssystemets omvärld. Utvecklingen av den begreppsapparat som utgör grunden för teorin om personer i rättsordningen är därför en strikt rättsintern angelägenhet – rätten lär om sig själv. Här har vi ett exempel på det jag har kallat rent rättslärande. Det är ett lärande som börjar och slutar i rättssystemet; ett lärande som både har sitt studieföremål och sina metoder i rättssystemet.

Vi kan nu börja summera det resonemang vi fört i artikeln. Det giltiga rättssystemet förutsätts normalt bestå enbart av normer, vilka i sin tur tänks fungera som kontrafaktiska inställningar till verkligheten. Vad denna artikel har försökt visa är att det i rättssystemet också finns kognitiva funktioner. Dessa är huvudsakligen lokaliserade till rättsvetenskapen, men de är inte uteslutande belägna inom det. Rättsvetenskapen uttrycker en kunskap om de rättsliga normerna och bildar samtidigt ett underlag för den giltiga tolkningen av normerna.

Rättsvetenskapen stabiliserar det positiva rättssystemet och binder det vid sin konceptuella historia. Den nya lagstiftningen blir bunden till denna historia av begreppsliga konstruktioner och teorier om rättens delar och helhet. Där knyter lagstiftaren an till redan befintliga tolkningar, definitioner och teorier. Där tränger sig skillnaden mellan juridiska och fysiska personer på, lika starkt som ljuset för ögat.

Slutsatser och implikationer

Följer man konventionella uppfattningar, så är det en motsägelse att tala om kognitiva funktioner i ett normativt system. Den dominerande uppfattningen om rätten är att den består av normer (Krawietz 1992). Normer uppfattas då som en sorts ting, *böran*, där skillnaden mellan rätten och omvärlden framgår av en typologisering av rättsligt bindande och icke bindande *böran*. Här har vi istället beskrivit normer som normativa förväntningar, etablerade i och av rättssystemet. Detta sätt att förstå rätten vilar på ett antagande om att rättssystemet förfogar över gränsen mellan rättssystem och omvärld, varför rätten själv kan välja mellan ett flertal funktioner vilka gör regleringen av gränsen möjlig. Dessa funktioner kan vara både kognitiva och normativa, vilket öppnar för att rätten inte enbart består av normer, utan också av kognitiva förväntningar.

Enligt teorin om skillnaden mellan normativa och kognitiva förväntningar förändras kognitiva förväntningar genom att de kommer på skam, medan normativa förväntningar etableras och ändras med beslut. Giltigheten i sådana beslut följer inte av deras materiella innehåll utan av att de har tillkommit på ett formellt korrekt sätt. Det som, ur rättslig synpunkt, skänker besluten deras giltighet är att de fattas inom ramen för en symbolisk ordning. Vi får därmed ett nätverk av beslut om beslut om beslut – men det finns förändringar av rätten som inte beror av denna typ av rättsliga beslut. Rättspositivismen bygger här på en motsägelse, när den inkorporerar en aktiv systematik, eftersom systematiken involverar ett vetande om normerna som i sig är bindande rätt. Rättsvetenskapen får nämligen en dubbel funktion: dels tolkar den rättsnormerna, dels skapar den själv rättsnormer. Den dubbla funktionens ena ben är just det rena rättslärandet.

Ett av den rättssociologiska teorins problem är att förklara hur rättsystemet, vilket i en av dess idealbilder är en tabula rasa och ändras med juridiska beslut, också kan vara bundet av sin historia. Denna historia har visat sig stabilisera rättsutvecklingen kring bestämda utvecklingslinjer. Revolutioner kan ske i sam-

hällen, men inte i de rättsliga grundbegreppen. Det rena rättslärandet är ett begrepp som visar hur det är möjligt för ett system av normer att också lära av sin historia. Det rena rättslärandet är den kognitiva funktion i rättssystemet som tillåter rättssystemet att utvecklas enligt principer istället för politiska nycker, och i sedimenterande steg istället för uppbrytande kast. Det rena rättslärandet knyter samman rättens normativa utveckling, som en utveckling av rättsliga beslut byggda på tidigare rättsliga beslut i en oändlig följd, med en kognitiv utveckling där rätten förändras med erfarenheter lagda till erfarenheter i en lika oändlig följd.

De teoretiska konsekvenserna av denna idé är inte uppenbara, men begreppet om det rena rättslärandet har bestämda fördelar i jämförelse med andra teorier om rätten. Även om teorin om rätten som ett normsystem, där rätten ses som enheten av en serie särskilda böran, är tilltalande i sin enkelhet, så får den problem när den ska förklara den relativa tröghet som man kan observera i rättens sätt att anpassa sina strukturer till samhället. Trögheten, här att förstå inte som långsamhet eller senfärdighet utan som den relativa bundenheten vid en utvecklingshistoria, kan inte heller förklaras utifrån någon personbaserad definition av rätten. Om rätten vore liktydig med föreskrifter, underbyggda av sanktionshot, så skulle trögheten vara suveränens eller lagstiftarens. Om rätten vore en professionell konflikthantering vore trögheten juristernas. Om rätten vore rättsligt skyddade intressen skulle trögheten ligga i intressenas uppenbarelser och flyktighet. Senfärdigheten är tänkarens men trögheten är tankens, och medan senfärdigheten enbart är en defekt har trögheten stabiliserande och organiserande funktioner för rättssystemet.

En teori om det rena rättslärandet kan kasta nytt ljus över de processer varigenom rätten – precis som andra kunskapssystem – utvecklas genom att göra erfarenheter. Rättens relativa tröghet vid förändring kan då återföras på rätten själv, och studiet av dess lärprocesser utvecklas till ett nytt rättssociologiskt kärnområde.

Noter

[1] Kognitiv betyder här lärbenägen i anblick av erfarenheter som motsäger förväntningar.

[2] Normativ betyder här kontrafaktiskt stabiliserad eller vidhållen i anblick av erfarenheter som motsäger förväntningar.

[3] En sådan studie är dock Sundby (1974).

[4] En fullständig definition av kommunikationsoperationer, vilka inte enbart behöver inskränkas till rättssystemet, finns hos N. Luhmann (1995b).

[5] Begreppet betecknar här enbart det som varken är nödvändigt eller omöjligt.

Referenser

Argyris, C. & Schön, D.A. (1996) *Organizational learning II.* Reading, MA: Addison-Wesley Publishing Company.

Argyris, C. (1974) "Single-Loop and Double-Loop Models in Research on Decision-Making", *Administrative Science Quarterly* 21: 363-375.

Aubert, V. & Messinger, S.L. (1958) "The Criminal and the Sick", *Inquiry* 1: 137-160.

Binder, J. (1907) *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, Leipzig: Deichert´sche Verlagsbuchhandlung.

Beseler, G. (1843) *Volksrecht und Juristenrecht.* Leipzig.

Beseler, G. (1847-55) *System des gemeinen deutschen Privatrecht.* Leipzig.

Cotterell, R. (1994) "The Sociological Concept of Law", i K. Rokumoto (red.) *Sociological Theories of Law.* Aldershot: Dartmouth Publishing Company.

Davis, J.F. (1994) "Toward a Theory of Law in Society", i K. Rokumoto (red.) *Sociological Theories of Law*, Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited.

Domat, J. (1697) *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2:a uppl., Paris.

Eckhoff, T. & Sundby, N.K. (1988) *Rechtssysteme: Eine Systemtheoretische Einführung in die Rechtstheorie.* Berlin: Duncker & Humblot.

Eisenberg, M.A. (1988) *The Nature of Common Law.* Cambridge, MA: Harvard University Press.

Galtung, J. (1959) "Expectations and Interaction Processes", *Inquiry* 2: 213-234.

Geiger, T. (1964) *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts.* Neuwied-Berlin.

Gierke, O. (1881) *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*. Bd. 3, Berlin.
Gierke, O. (1887) *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. Berlin: Weidmannsche Verlagsbuchhandlung..
Gierke, O. (1902) *Das Wesen der Menschlichen Verbände*. Berlin.
Hart, H.L.A. (1961) *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
Hume, D. (1992) *Treatise of Human Nature*. Nytryck, New York: Prometheus Books.
Kaser, M. (1955) "Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht", i *Handbuch der Altertumswissenschaft*, tionde avdelningen, tredje delen, tredje bandet, första avsnittet, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
Kaulbach, F. (1968) *Philosophie der Beschreibung*, Köln.
Kelsen, H. (1967) *Pure Theory of Law*. Berkeley: University of California Press.
Luhmann, N. (1987) *Rechtssoziologie*. 3:e uppl., Opladen: Westdeutscher Verlag.
Luhmann, N. (1990) "The Self-Reproduction of Law and its Limits", i N. Luhmann, *Essays on Self-Reference*. New York: Columbia University Press.
Luhmann, N. (1992a) "Some Problems With Reflexive Law", i G. Teubner & Febbrajo, A. (red.), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective. European Yearbook in The Sociology of Law*, Milano: Dott. A. Giuffré Editoré.
Luhmann, N. (1992b) "The Coding of Legal Systems", i G. Teubner & Febbrajo A. (red.), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective. European Yearbook in The Sociology of Law*, Milano: Dott. A. Giuffré Editoré.
Luhmann, N. (1995a) *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
Luhmann, N. (1995b), *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press.
Luhmann, N. (1999) *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
March, J.G. (1991) "Exploration and Exploitation in Organizational Learning", *Organization Science* 2 (1): 71-87.
Olivecrona, K. (1966) *Rättsordningen. Idéer och fakta*. Lund: Gleerup.
Olivecrona, K. (1928) *Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt*. Uppsala: Appelbergs Boktryckeri.

Peterson, C. (1983) "Juristische Person und begrenzte Haftung der Aktionäre. Ein Beitrag zur Geschichte des Aktienrechts in Schweden" *Quadeimi Fiorentini* 11 (12): 521-587.

Rousseau, J. J. (1762) *Du contrat social ou principie du droit politique,* III, Amsterdam.

Savigny, F. C. von (1840) *System des heutigen römischen Rechts.* del II, Aalen: Scientia Verlag.

Scheidemantel, H. G. (1770-73) *Das Statsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet.* Jena.

Seagle, W. (1951) *Weltgeschichte des Rechts. Eine Einfürung in die Probleme und die Erscheinungsformen des Rechts.* München-Berlin.

Sundby, N. K. (1974) *Om normer.* Oslo: Universitetsforlaget

Thomasius, C. (1709) *Institutiones jurisprudentiae divinae.* Francof. et Lips.

Torpman, J. (2002) *Rättssystemets lärande.* Akad. Avh., Stockholms universitet.

Watson, A. (1977) *Society and Legal Change.* Edinburgh: Scottish Academic Press.

Watson, A. (1988) *Failures of the Legal Imagination.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Wolff, C. (1722) *Vernünftige Gedanken von Gott, der Welt und der Seele des Menschen, auch allen Dingen überhaupt.* Halle.

Wright, G. H. von (1963) *Norm and Action. A Logical Enquiry.* New York: Routledge & Kegan Paul.

Abstract

Pure Legal Learning: Cognitive Functions in a Normative System

Norms are the obvious foundation for most of legal sociology and jurisprudence. Norms can be defined as counterfactual expectations, expectations that do not change even when counter-evidence of reality is presented. Thus learning is counter to our intuition of law. However, law does change, and some of the changes can be described as learning. Law changes by political decisions when the legislator acts, it can change incrementally when the judge makes a decision, it changes when new practices become binding, and it changes when doctrine is developed in legal science. If we differentiate between learning within a world-view and a learning that changes world-views, most cases of legal change can be interpreted as decision-making within a world-view, not the development of one. In this article, the author develops a conceptual frame of reference, in terms of pure legal learning, for a specific type of legal change. Pure legal learning denotes a learning process, which is not merely a change within a world-view, but a change in the legal world-views themselves. This is therefore the process where degrees of freedom for legal change are defined.

Keywords: Legal learning, legal change, systems theory, positive law