

JFT 2–3/2019 s. 151–165

Refereegranskad artikel

*Professor Petra Sund-Norrgård, Hanken Svenska handelshögskolan**Professor Marcus Norrgård, Helsingfors universitet*

Dygdetiken inom privaträtten – några preliminära tankar

1 Introduktion

Det finns olika typer av etiska teorier/läror som kan vara av betydelse för juridisk forskning. *Konsekventialismen* drar etiska slutsatser på basis av en handlings utfall eller konsekvenser, dvs. dess slutresultat. *Deontologin* fokuserar i stället på själva regeln eller plikten; en handling är därmed etisk enligt den senare läran om den överensstämmer med det som, i sig självt, är ”rätt” enligt regeln.

Denna artikel, som skrivs inom ramen för vårt gemensamma forskningsprojekt ”Dygder inom Privaträtten” (*Virtues in Private Law*), handlar i stället om att presentera några – förhållandevis preliminära och aningen spridda – tankar om den roll den tredje typen, *dygdetiken*, kan spela inom privaträtten. Dygdetiken har, i en jämförelse med konsekventialismen och deontologin, hittills haft en mer undanskymd roll i juridisk forskning. Detta vill vi gärna, av flera orsaker, ändra på.

Vi hoppas att ett dygdetiskt tänkesätt kan leda till en rikare och bättre juridisk analys. Vi hoppas även att dygdetiken kunde vara sättet på vilket juridiken kan skifta fokus från det negativa i mänskligt beteende mot det positiva. Många rättsområden har typiskt sett att göra med ”dåligt mänskligt beteende”. Typexemplet är kanske straffrätten som t.ex. fokuserar på frågor som gränsdragningen mellan sådant fysiskt våld som klassificeras som misshandel jämte sådant som når upp till nivån för grov misshandel. Ett annat exempel är skadeståndsrätten som säger att den som uppsåtligen eller av vållande tillfogar annan skada ska ersätta den. Men även andra rättsområden fokuserar i stor utsträckning på det negativa i mänskligt beteende. Inom t.ex. upphovsrätten som utgör en del av immaterialrätten finns regler för när en kopiering av någons verk är otillåten, och även inom avtalsrätten diskuteras frågor som när en parts mindre önskvärda handlingar ska anses utgöra avtalsbrott etc.

Som jurist är man därmed – oberoende av vilket rättsområde man är verksam inom – rätt van vid att fokusera på det negativa. Juridiken handlar ju i mångt och mycket om att dra en gräns mellan det tillåtna och det otillåtna, och man kan säga att

juristen utbildas till att tänka riskaversivt: fokus ligger på frågor som hur man (eller ens klient) ska bete sig för att inte agera rättsstridigt. Detta skapar dock en klyfta mellan – för att låna en typologi av Edward de Bono från 1980-talet – juristen i den kritiska svarta hatten och den businessorienterade affärsmannen eller -kvinna som antagligen bär den optimistiska idésprutande gröna hatten.¹ Vi hävdar att denna klyfta syns i det praktiska samarbetet mellan jurister och lekmän, åtminstone tills juristen har ”omprogrammerats”. Till skillnad från juridiken handlar dygdetiken om hur man får människor att ”blomstra”, vilket vi betraktar som en rätt motiverande utgångspunkt för denna forskning.

Vi motiveras ytterligare av en strävan att hitta något som kunde motverka den ökande fragmenteringen inom privaträtten. Det behövs nya impulser i en värld där rättsutvecklingen snarare går från enhetlighet mot ökad splittring,² och där en fungerande rättsstat kännetecknas av ett flöde av nya normer.³ Precis som Thomas Wilhelmsson konstaterar är motsatsen till en fragmenterad rätt en koherent rätt, dvs. ”en rätt, vars grundläggande principer framstår som relativt enhetliga och som därför på ett naturligt sätt kan beskrivas som ett system”.⁴ Wilhelmssons lösning på fragmenteringen (som han inte enbart anser att är av ondo) är de Små Goda Berättelserna; han ser en öppning för ”nya möjligheter att skapa små ansvarsberättelser som för rätten i en önskvärd riktning”. Den lilla goda berättelsen knyter samman flexibiliteten med behovet av fasta regler.⁵

Det är möjligt att rätt approach också i vår forskning – trots en bakomliggande önskan om en mer enhetlig framtida privaträtt – är att just skapa små berättelser, en i taget. Det ska ytterligare understrykas att vi med vår förhoppning om ett nytt – mer holistiskt och enhetligt – tänkesätt inom privaträtten *inte* avser att t.ex. ta avstånd från en ”problembaserad” helhetssyn på rätten som vilar på en sorts rättslig

¹ Edward de Bono, *Six Thinking Hats*. Little Brown and Company 1985.

² Se t.ex. Pia Letto-Vanamo – Jan Smits (eds), *Coherence and Fragmentation in European Private Law*. Sellier European Law Publishers 2012.

³ Juha Pöyhönen, *Uusi varallisuusoiikeus*. Lakimiesliiton kustannus 2000, s. 187.

⁴ Thomas Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik*. Iustus 2001, s. 194. Det ska dock understrykas att Wilhelmsson i sin undersökning pekar på ett behov av ökad flexibilitet, vilket enligt honom snarare leder till ytterligare fragmentering av ansvarsrätten. Med flexibilitet avser han ”rättens kapacitet att i beslutsfattandet integrera olika och också nya argument som aktualiseras i enskilda fall”, medan fragmenteringen handlar om ”rätten som ett tankesystem”; ju mer fragmenterad, ”desto svårare är det att presentera den som ett system som är baserat på konsekventa skäl”.

⁵ Wilhelmsson 2001, s. 233–239.

situationsmedvetenhet som alltid kräver en, i någon mån, öppen prövning.⁶ Vi påstår endast att ju mer rum en viss norm ger för att i bedömningen beakta kontexten/omständigheterna i det aktuella fallet, desto mer rum finns också för en dygdetisk analys.

Vi inleder artikeln med att kort belysa begreppet dygdetik. Därefter ligger fokus på att – på olika sätt och ur olika synvinklar – knyta ihop dygdetiken med en rättsvetenskaplig diskussion.

2 Vad är dygdetik?

Dygdetiken, som förvisso har sina rötter i synnerhet i Aristoteles tankegångar, fick ett uppsving (åtminstone i den angloamerikanska världen) på 1950-talet.⁷ Det är i korthet fråga om att fokusera på en persons karaktär, och om att dra slutsatser om hur en ”dygdig” person skulle agera i en viss situation. Man kan därmed säga att själva *aktören* står i centrum snarare än dennes *handlingar*. Zagzebski är möjligen den filosof som tagit tänkesättet längst: hennes *exemplarist moral theory* bygger på idén om ”praktexemplet” som alla vill efterlikna. Typiska sådana praktexempel är hjälten (som domineras av dygden mod), den vise mannen (som domineras av dygden vishet), och helgonet (som domineras av dygden välgörenhet/barmhärtighet).⁸

Att lyckas identifiera alla dygder är sannolikt inte behövt – eller ens möjligt. Det är också klart att dygder kan klassificeras på olika sätt. Inom t.ex. positiv psykologi har Peterson och Seligman gjort en åtskillnad mellan följande karaktärsdrag (dvs. dygder): (1) vishet och kunskap (2) mod (3) mänsklighet (som t.ex. inkluderar kärlek, vänskap, medkänsla) (4) rättvisa (5) måttlighet, och (6) transcendens (som t.ex. inkluderar tacksamhet, hopp, humor).⁹ Det kan vara på sin

⁶ Pöyhönen 2000, s. 186–196, 199–201. Pöyhönen diskuterar här också – med hänvisning till Ricœur och Aristoteles – vad man eventuellt kunde beskriva som kontext-sensitiva förmögenhetsrättsliga berättelser. Han kallar sin infallsvinkel *presumptiv kontekstualism*. Som utgångspunkt vid prövningen tas inte den bindande verkan som följer av att en norm formellt är i kraft, utan tillämpliga normer ska sökas på basis av vad som vid tillämpningen anses vederbörligt – dock så att man strävar efter att avgöra varje fall i enlighet med dess juridiskt sett typiska drag.

⁷ G.E.M. Anscombe, *Modern Moral Philosophy*. *Philosophy* 33(124) 1958, s. 1–19.

⁸ Linda Zagzebski, *Exemplarist Moral Theory*. Oxford University Press 2017.

⁹ Christopher Peterson – Martin E.P. Seligman, *Character Strengths and Virtues: A Handbook and Classification*. Oxford University Press 2004.

plats att påpeka att Sandler även argumenterar för existensen av miljödygder: dygderna existerar därmed inte nödvändigtvis endast i relationen mellan personer.¹⁰

Enligt klassisk dygdetik (Aristoteles) är *eudaimonia* målet med det dygdiga livet. Begreppet kan tolkas som lycka, förträfflighet, mänsklig blomstring. Inom den moderna dygdetiken har detta syfte (*telos*) för den mänskliga existensen inte alltid omfattats. För enkelhetens skull utgår vi dock här från att syftet med denna diskurs är någon form av mänsklig blomstring. Vi ifrågasätter inte heller tänkesättet att man kan träna sig till ett dygdigt förfarande: aktören som upprepat handlar dygdigt blir sålunda allt skickligare på detta.¹¹ Ett dygdigt förfarande sker också alltid inom en gemenskap eller gruppering.¹² En affärsman handlar därmed dygdigt utifrån sådana dygder som kan anses relevanta för affärsverksamhet, och han gör det inom den för honom relevanta gemenskapen bestående av affärsmän. Det är möjligt att andra dygder värdesätts inom en annan gemenskap.

Om ett etiskt dilemma ligger för handen frågar man sig inom dygdetiken inte i första hand vilka konsekvenser ett beslut har. Det är inte heller i första hand fråga om huruvida det, i sig självt, ska anses som rätt eller fel att handla på ett visst sätt: Det är uttryckligen inte fråga om att fatta ”rätt” beslut enbart på basis av plikt-känsla, eller till följd av att en regel föreskriver ett visst förfarande. I stället handlar det om att dra slutsatser om ett dygdigt agerande och aktörens karaktär: En möjlighet är att helt enkelt fråga sig *hur en dygdig aktör skulle handla i den aktuella situationen*. En handling är rätt om, och endast om, den överensstämmer med hur en dygdig aktör – som handlar på ett karaktäristiskt sätt – skulle agera i den aktuella situationen.¹³

3 Dygdetik i rättsvetenskapen (*virtue jurisprudence*)

Den juridiska analysen baserad på dygdetik (*virtue jurisprudence*)¹⁴ handlar inte endast om en rent teoretisk analys,¹⁵ utan har också hittat till den offentliga rätten

¹⁰ Ronald L. Sandler, *Character and Environment: A Virtue-Oriented Approach to Environmental Ethics*. Columbia University Press 2007.

¹¹ Alasdair MacIntyre, *After Virtue*. Third Edition. University of Notre Dame Press 2007.

¹² *Ibid.*

¹³ Rosalind Hursthouse, *On Virtue Ethics*. Oxford University Press 1999.

¹⁴ Lawrence B. Solum, *Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging*. *Metaphilosophy* 34(1/2) 2003, s. 178–213.

¹⁵ Se t.ex. Amalia Amaya, *Exemplarism and Judicial Virtue*. *Law and Literature* 25(3) 2013. Tillgänglig på SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2489879>> eller <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2489879>>. Se därtill

och, i en mindre utsträckning, till privaträtten. Det är dock huvudsakligen amerikansk rätt som varit föremål för forskning.

Det har forskats i en dygdetisk teori för domare,¹⁶ och t.ex. Michelin har i sin analys fokuserat på en domares praktiska vishet (*phronesis, prudentia*) i det han anser att endast en viss typ av person, dvs. endast den som besitter vissa dygder, är lämplig att delta i en juridisk beslutsprocess.¹⁷ Ralli har studerat domarens intellektuella dygder mer i enlighet med Aristoteles tankar.¹⁸ Van Domselaar har bl.a. diskuterat ”juridisk insikt” (*judicial perception*) som en etisk färdighet för domare.¹⁹

Man har på basis av dygdetik försökt komma fram till hur en ”bra” jurist ska handla,²⁰ och Kaptein har i sammanhanget fokuserat på klientsekretess. Han ser en potentiell konflikt mellan den – i sig nödvändiga – klientsekretessen och rätten: om färre fakta till följd av klientsekretess kommuniceras till den andra parten, kan slutresultatet de facto vara ett felaktigt rättsligt avgörande (”less facts may lead to less law”). Juristen måste därför ha praktisk vishet, vilket omfattar mer än endast juridisk kunskap (s.k. ”*moresprudence*”).²¹

Dygdetiken har kommit in i amerikansk konstitutionell rätt,²² Solum pratar i sammanhanget t.o.m. om en *aretaic turn*, dvs. en slags dygdetisk vändpunkt, i den

Sandrine Berges, Education and Paternalism: Plato on Virtue and the Law, s. 67–80 i verket Amalia Amaya – Ho Hock Lai (eds), Law, Virtue and Justice. Hart Publishing 2013. Se också Linghao Wao – Lawrence B. Solum, Confucian Virtue Jurisprudence, s. 105–136 i verket Amalia Amaya – Ho Hock Lai (eds), Law, Virtue and Justice. Hart Publishing 2013.

¹⁶ Solum 2003; Søren Stig Andersen, Justice and other Juridical Virtues. Retfærd: Nordisk Juridisk Tidsskrift 34(3/134) 2011, s. 85–98.

¹⁷ Claudio Michelin, Practical Wisdom in Legal Decision-Making, s. 29–50 i verket Amalia Amaya – Ho Hock Lai (eds), Law, Virtue and Justice. Hart Publishing 2013; Wao – Solum 2013.

¹⁸ Tommi Ralli, Intellectual Excellences of the Judge, s. 135–147 i verket Liesbeth Hupperts-Cluysenaer – Nuno M.M.S. Coelho (eds), Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice. Springer 2013.

¹⁹ Iris van Domselaar, The perceptive judge. Jurisprudence 9(1) 2018, s. 71–87. Se även hennes intressanta tankar i Iris van Domselaar, Moral Quality in Adjudication: On Judicial Virtues and Civic Friendship. Netherlands Journal of Legal Philosophy 1/2015, s. 24–46.

²⁰ Se t.ex. Michael S. McGinnis, Virtue Ethics, Earnestness, and the Deciding Lawyer: Human Flourishing in a Legal Community. North Dakota Law Review 87(3) 2011, s. 19–57.

²¹ Hendrik Kaptein, Virtues of Truthfulness in Forbearing Wrongs: Client Confidentiality Qualified by Legal Symmetry of Past and Future Harm, s. 217–240 i verket Amalia Amaya – Ho Hock Lai (eds), Law, Virtue and Justice. Hart Publishing 2013.

²² L.J. Strang, Originalism and the Aristotelian Tradition: Virtue’s Home in Originalism. Fordham Law Review 80(5) 2012, s. 1997–2040.

konstitutionella rätten.²³ Clark ser på offentliga dygder (*public virtues*) och lagstiftning. Enligt honom ska dygder inte användas ”för att göra juridik”, dvs. som redskap då ett agerande ska bedömas eller rättfärdigas, utan dygderna själva ska i stället betraktas som centrala värden inom juridiken.²⁴ Enligt teorin för den dygdetiska lagstiftningen ska den mänskliga blomstringen utgöra lagens verkliga mål, vilket Kochan förvisso ser som förhållandevis svåruppnåeligt: ”While virtue may be a wonderful thing to pursue and encourage in our private affairs, there is very little reason to believe it can be inculcated in us through legislative processes that are inherently non-virtuous.”²⁵

Det finns också dygdetisk forskning som fokuserar på straffmätningen inom straffrätten,²⁶ utsläppskompensationen inom miljörätten,²⁷ eller som tar fasta på dygdernas plats i det internationella samfundet.²⁸

Inom privaträtten har dygdetiken ännu inte fått fotfäste på samma sätt, även om intresset förvisso har ökat: Det finns numera t.ex. viss forskning inom avtalsrätten,²⁹

²³ Lawrence B. Solum, *The Aretaic Turn in Constitutional Theory*. *Brooklyn Law Review* 70(2) 2005, s. 475–532.

²⁴ Sherman J. Clark, *Neoclassical Public Virtues: Towards an Aretaic Theory of Law-Making (and Law Teaching)*, s. 81–103 i verket *Amalia Amaya – Ho Hock Lai (eds), Law, Virtue and Justice*. Hart Publishing 2013.

²⁵ Donald J. Kochan, *The Mask of Virtue: Theories of Aretaic Legislation in a Public Choice Perspective*. *St. Louis University Law Journal* 58(2) 2014, s. 295–354. Tillgänglig på SSRN: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2416953>. Se ytterligare Lawrence B. Solum, *Virtue as the End of Law*. *Jurisprudence* 9(1) 2018, s. 6–18. Tillgänglig på SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3165570>>.

²⁶ Katrina L. Sifferd, *Virtue Ethics and Criminal Punishment*, s. 35–61 i verket *Alberto Masala – Jonathan Webber (eds), From Personality to Virtue: Essays on the Philosophy of Character*. Oxford University Press 2016. Se även Jonathan Jacobs, *Character, Punishment, and the Liberal Order*, s. 9–34 i verket *Alberto Masala – Jonathan Webber (eds), From Personality to Virtue: Essays on the Philosophy of Character*. Oxford University Press 2016 och Kyron Huigens, *Motivating Intentions, Reciprocal Specification of Ends and the Assessment of Responsibility*, s. 155–168 i verket *Amalia Amaya – Ho Hock Lai (eds), Law, Virtue and Justice*. Hart Publishing 2013. Se ytterligare Ekow N Yankah, *Liberal Virtue*, s. 169–194 i verket *Amalia Amaya – Ho Hock Lai (eds), Law, Virtue and Justice*. Hart Publishing 2013 och Ekow N. Yankah, *Legal Vices and Civic Virtue: Vice Crimes, Republicanism and the Corruption of Lawfulness*, s. 203–222 i verket *Liesbeth Huppel-Cluysenaer – Nuno M.M.S. Coelho (eds), Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*. Springer 2013.

²⁷ Anonymous, *Uncommon Goods: On Environmental Virtues and Voluntary Carbon Offsets*. *Harvard Law Review* 123(8) 2010, s. 2065–2087.

²⁸ Jamie Gaskarth, *The virtues in international society*. *European Journal of International Relations* 18(3) 2011, s. 431–453. Se även Jan Klabbbers, *Ethics*, s. 267–278 i verket *Jean d’Aspremont – Sahib Singh (eds), Concepts for International Law. Contributions to Disciplinary Thought*. Edward Elgar 2019.

²⁹ Avery Katz, *Virtue Ethics and Efficient Breach*. *Suffolk University Law Review* 45(3) 2012, s. 777–798, och Chapin F. Cimino, *Virtue and Contract Law*. *Oregon Law Review* 88(3) 2010, s. 703–744.

vilken diskuteras senare i artikeln. Inom sakrätten (*property law*) ser t.ex. Alexander tillfällen där staten bör ålägga de rika att dela med sig av sitt överskott så att även de fattiga ska kunna ”blomstra”,³⁰ medan Feldman ser ett behov av dygdetiken inom den skadeståndsrättsliga oaktssambetsbedömningen.³¹ Colombo har tillämpat dygdetik inom bolagsrätten, som han anser att ska sträva mot det gemensamma goda.³² Lametti har gjort detsamma inom upphovsrätten,³³ och Opperbeck i fråga om immaterialrättigheter inom bioteknologin, som han ser som ett fält dedikerat till mänsklig blomstring: det bredare syftet med bioteknologin kan därmed uppnås på andra sätt – t.ex. via tillverkning genom öppen källkod (*open source*) – än genom processer som enbart syftar till ekonomisk tillväxt.³⁴

Det är inte utan vidare självklart om, och i så fall hur, man kan sammanlänka dygdetiken med rättsnormer. Etik kan beskrivas som en uppsättning värderingar, regler och principer som vägleder beteenden, men på basis av ett mindre formaliserat system än lagen: Etiken når med andra ord dit lagen inte når.³⁵ Dock medverkar givetvis en fungerande lagstiftning till att rättvisa, jämlikhet, mänskliga rättigheter etc. upprätthålls i samhället; dessa är värden som också känns självklara för den mänskliga blomstring som är målet med dygdetiken. Det oaktat finns en klar skillnad mellan dygdetikens fokus på mänsklig blomstring, excellens och positiva mänskliga kvaliteter (såsom generositet och ärlighet) och rättsnormerna, vilka i grunden närmast handlar om att sätta ett slags minimistandard för hur pass ”illa” en person har rätt att

³⁰ Gregory S. Alexander, The Social-Obligation Norm in American Property Law. *Cornell Law Review* 94(4) 2009, s. 745–819. Se också David Lametti, The Objects of Virtue, s. 1–37 i verket Gregory S. Alexander – Eduardo M. Peñalver (eds), *Property and Community*. Oxford University Press 2010. Tillgänglig på SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1758859>>. Se även Eduardo M. Peñalver, Land Virtues. *Cornell Law Review* 94(4) 2009, s. 821–829, och Eric R. Claeys, Virtue and Rights in American Property Law. *Cornell Law Review* 94(4) 2009, s. 889–917.

³¹ Heidi Li Feldman, Prudence, Benevolence, and Negligence: Virtue Ethics and Tort Law. *Chicago-Kent Law Review* 74(4) 2000, s. 1431–1466.

³² Colombo, Ronald J., Toward a Nexus of Virtue. Hofstra University Legal Studies Research Paper No. 11–17 2011. Tillgänglig på SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1908889>> eller <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1908889>>.

³³ David Lametti, How Virtue Ethics Might Help Erase C-32's Conceptual Incoherence, s. 309–340 i verket Michael Geist (ed.), From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda. Irwin Law 2010. Tillgänglig på SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1758883>>.

³⁴ David W. Opperbeck, A Virtue-Centered Approach to the Biotechnology Commons (or, the Virtuous Penguin). *Maine Law Review* 59(2) 2007, s. 315–337.

³⁵ Kemi Ogunyemi – J. Brooke Hamilton III, Virtues and Common Good in Corporate Legal Practice, s. 138–164 i verket Alejo José G. Sison – Ignacio Ferrero – Gregorio Guitián (eds), *Business Ethics: A Virtue Ethics and Common Good Approach*. Routledge Taylor and Francis Group 2018. Tillgänglig på <https://www.researchgate.net/profile/Ignacio_Ferrero/publication/324273840_Virtue_and_the_Common_Good_in_Business/links/5ae49c6fa6fdcc3bea95cff0/Virtue-and-the-Common-Good-in-Business.pdf>.

agera och ändå hålla sig inom lagens ramar. Etiska principer och rättsnormer ser därmed ut att verka på olika nivåer.

Vi påstår inte att alla delar av privaträtten kan beakta dygdetik i samma omfattning: vissa klara, exakta normer – såsom regler om preskription – lämnar inte mycket rum för etiska överväganden. Ju mer rum det finns i bedömningen för att beakta kontexten/omständigheterna i ett visst fall, desto mer rum finns för en dygdetisk analys.

4 Den dygdiga aktören i juridiken

Enligt vår uppfattning utgörs länken mellan dygdetiken och rättsvetenskaplig analys – åtminstone delvis – av något slags praktexempel, dvs. beundransvärda personer som andra vill efterlikna. Dygdetikens hjälte eller vise man hittar dock inte sin naturliga plats i rättsvetenskapen. Detta beror på att det inom rättsvetenskapen snarare är fråga om att dra en gräns/hitta en balans mellan konkurrerande intressen eller personer, medan dygdetiken handlar om att visa vägen till mänsklig blomstring.

Om vi däremot modifierar dygdetikens praktexempel något, så att slutresultatet inte är lika ”perfekt”, ligger vi de facto nära något som vi redan känner till inom privaträtten: Här kan nämnas (den nuförtiden något undanskymda) standarden *bonus pater familias* i oaktamsbedömningen inom skadeståndsrätten,³⁶ den förnuftiga investeraren (*reasonable investor*) i värdepappersmarknadslagstiftningen,³⁷ genomsnittskonsumerten i konsument- och varumärkesrätten samt genomsnittsfackmannen i patenträtten. I juridiken används sålunda fiktiva personer som standarder, även om de inte är praktexempel i dygdetikens mening.

I sammanhanget ska också Petri Mäntysaaris teori den användarvänliga rättsvetenskapen (*User-friendly Legal Science*), med sitt fokus på aktören/användaren, noteras. Målet med teorin är s.k. *interpretive understanding* (Verstehen) som innebär en förståelse för parternas intentioner och de juridiska

³⁶ Mika Viljanen, Ihmisen identiteetti ja tuottamusarviointi. Lakimies 3/2005, s. 426–451.

³⁷ Se t.ex. skäl 14 och 26 i Europaparlamentets och Rådets (EU) förordning nr 596/2014 av den 16 april 2014 om marknadsmissbruk (marknadsmissbruksförordning) och om upphävande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/6/EG och kommissionens direktiv 2003/124/EG, 2003/125/EG och 2004/72/EG. Se även Jarmo Parkkonen – Märten Knuts, Arvopaperimarkkinlaki. Talentum 2014, s. 336 ff.

verktygens och praxisens³⁸ funktioner.³⁹ Synvinkeln för teorin är i korthet hur användare (enskilda personer, organisationer etc.) kan använda juridiska verktyg och praxis för att, inom olika kontexter⁴⁰, nå sina mål. Valet av användare innebär sålunda samtidigt att man väljer perspektiv. Fokus ligger på användarnas beteenden, och användarna agerar inom ett fält (*field*) som i denna teori typiskt är ”rättssystemet och något annat” (handelsrätten består t.ex. av ”the overlapping fields of legal systems and markets”). Särskilt intressant för vår artikel är att Mäntysaari understryker att användarna och övriga aktörer inom fältet – i syfte att göra det lättare att beskriva och förstå komplexa samhälleliga fenomen – kan betraktas som idealtyper (*ideal types*) som möjliggör fokus på representativa användare (*representative users*). Tänkesättet underlättar enligt Mäntysaari en holistisk approach: man kan fokusera på det normala eller representativa i en sådan omfattning att samhälleliga mekanismer låter sig beskrivas. Mäntysaari konstaterar vidare att användarnas mål beror på kontexten, och målens existens är ett *conditio sine qua non* för rationellt beslutsfattande: till följd av att användarna antas agera rationellt används rationellt beteende som en idealtyp.⁴¹

Lagstiftning och självreglering har traditionellt använts för att stävja företagens presumerade, ensidiga strävan att maximera vinsten: Affärsmän betraktas ofta som (mer eller mindre) rationella aktörer med just denna huvudsakliga målsättning. Ett fokus på vinstmaximering (och självintresse i allmänhet) anses dock inte allmänt som dygdigt; t.ex. girighet betraktas ofta – om än inte uteslutande – som en synd.⁴² Lagen sätter i dessa fall endast en minimistandard för beteenden, eller utgör ett verktyg för att dra en gräns mellan opportunistiska parter.

Vi vill gärna tro att rättsvetenskapen kan bidra med mer än så. I den bästa av världar skulle lagstiftningen skapa incentiv för ett positivt beteende i stället för att endast se till att aktörer avhåller sig från visst (särskilt) negativt beteende. I stället för att slå fast vad man inte får göra, kunde rättsvetenskapen därmed ge riktlinjer för *hur*

³⁸ ”A contract is without a doubt one of the customary legal tools, and the ways to use contracts belong to the most popular legal practices. The same can be said of legal norms. They can be used in various ways for political or private purposes by the state, various entities or private individuals.” Se Petri Mäntysaari, *User-friendly Legal Science, A New Scientific Discipline*. Springer 2017, s. 19.

³⁹ Mäntysaari 2017, s. 29.

⁴⁰ ”The context means a situation of interaction between the field’s different actors. In practice, one can define the context in various ways.”. Se Mäntysaari 2017, s. 17.

⁴¹ Mäntysaari 2017, s. 15–17, 27–29.

⁴² Minna-Maarit Jaskari – Päivi Borisov – Henna Syrjälä, Greed. Multilevel study of greed in marketing students’ consumption, s. 38–58 i verket Henna Syrjälä – Hanna Leipämaa-Leskinen (eds), *Seven Deadly Sins in Consumption*. Edward Elgar Publishing 2018, s. 38.

man når etisk excellens. Det kunde i sammanhanget vara till hjälp att använda praktexempel: En fiktiv person skulle introduceras (vilket inte skulle kräva stöd av en uttrycklig lagregel), och i stället för att i rättsvetenskaplig analys i första hand fokusera på handlingarna skulle fokus ligga på aktören (och i förlängningen förvisso även på aktörens dygdiga handlingar). Detta byte av fokus kunde redan i sig skapa impulser för nya idéer. I synnerhet i juridiska sammanhang där krav ställs på ärlighet, lojalitet, skydd av en svagare part eller skydd av en tredje part, vore detta ett fruktbart alternativ. Approachen kunde resultera i ett bredare perspektiv och en rikare argumentation. Dessutom kunde denna dygdiga aktör fungera som den länk som kunde sammanfoga de olika delarna av privaträtten. Slutresultatet vore därmed en ökad koherens.

Är detta ett utopistiskt tänkesätt? Är det i så fall utopistiskt för att det är fråga om att knyta samman dygdetiken med *rättsvetenskap* i stället för att (endast) diskutera dygdetiken i samband med *affärsverksamhet*? Det är ju i sig ingen omöjlighet att bedriva affärsverksamhet på ett etiskt försvarbart sätt.

5 Den rationella, men dygdiga affärsmannen

The Religious Society of Friends – dvs. kväkarna – introducerade fasta priser, och vägrade acceptera prutande, redan på 1600-talet. Detta skedde, åtminstone delvis, för att deras religiösa etik påbjöd att samma rättvisa pris skulle gälla för envar.⁴³ Även i dag finns det sannolikt utrymme i affärsverksamhet för dygder såsom medkänsla (i form av att vara medveten om någons lidande och önska lindra det), eller måttlighet (t.ex. begära mindre än lagen ger rätt till) också i situationer där dygderna inte direkt medverkar till maximeringen av vinsten. Dygderna betonas helt enkelt i vissa företag för att det känns rätt och riktigt att göra så: Ett etiskt agerande har ett värde i sig självt.

Därtill är det inte mera en främmande tanke att ett fokus på dygdiga/etiska handlingar de facto kan *medverka till* att verksamheten blir vinstbringande. Enligt Milton-gruppens⁴⁴ undersökning från år 2017 är t.ex. tre av fyra finska konsumenter beredda att betala ett högre pris för ansvarsfullt producerade varor och tjänster (här finns störst intresse för frågor som arbetshälsa och arbetssäkerhet, etiska

⁴³ Stephen A. Kent, *The Quaker Ethic and the Fixed Price Policy: Max Weber and Beyond*, s. 139–150 i verket William H. Swatos Jr. (ed.), *Time, Place, and Circumstance, Neo-Weberian Studies in Comparative Religious History*. Greenwood Press 1990.

⁴⁴ För information om denna kommunikationsbyrå, se <<http://www.milton.fi/fi/>>, besöktes 24.6.2019.

leveranskedjor, samt till vilket land företag betalar sina skatter.)⁴⁵ Diskussionen om samhällsansvar (Corporate Social Responsibility, CSR) är för tillfället livlig, och det finns många riktlinjer och principer på plats.⁴⁶ I Finland poängterar t.ex. arbets- och näringsministeriet de goda förutsättningar som finska företag har att göra just samhällsansvaret till en konkurrensfördel på den globala marknaden: Här följer man inte endast lagstiftning som rör arbetslivet och miljön, utan samhället är också demokratiskt med respekt för mänskliga rättigheter och yttrandefrihet och det arbetas aktivt mot korruption.⁴⁷

Finlands status som en föregångare inom företagsansvar är målet för #Ykkösketjuun, dvs. den av Finnwatch⁴⁸ koordinerade gemensamma kampanjen för medborgare, medborgarorganisationer, företag och fackförbund som driver frågan om att även i Finland stifta en lag om företagsansvar som ska gå ut på ”att visa tillbörlig aktsamhet (due diligence) vad gäller mänskliga rättigheter”. Lagen är tänkt att basera sig på FN:s vägledande principer om företag och mänskliga rättigheter.⁴⁹

Inom finsk bolagsrättslig doktrin har man presenterat tolkningar av aktiebolagslagens (624/2006, ”ABL”) regler som förtjänar att uppmärksammas i sammanhanget. Mäntysaari konstaterar att ABL 1 kap. 8 §, dvs. kravet på att aktiebolagets ledning omsorgsfullt ska ”främja bolagets intressen”, ska förstås som att det är *företagets* intressen som ska främjas.⁵⁰ Han hänvisar till Lars Erik Taxell som likställer bolagsintresset med företagsintresset på följande sätt: ”Bolagsintresset går i huvudsak ut på att bevara företagets ekonomiska status samt att stärka och

⁴⁵ Miltonin vastuullisuustutkimus 2017, tillgänglig på <<http://www.milton.fi/fi/valtaosa-suomalaisistavalmiita-maksamaan-vastuullisista-tuotteista-ja-palveluista-kerkeampaa-hintaa/>>, besöktes 24.6.2019.

⁴⁶ Här kan nämnas OECD:s riktlinjer för multinationella företag (publicerade 1976, senast uppdaterade 2011), FN:s Global Compact-initiativ (publicerat 2000), ISO 26000-guiden för socialt ansvar (publicerad 2010), den internationella arbetsorganisationen ILO:s trepartiska principdeklaration om multinationella företag och socialpolitik (publicerad 1977, uppdaterad 2017), och FN:s vägledande principer för företag och mänskliga rättigheter (publicerade 2011). För en överblick, se arbets- och näringsministeriets information på <<https://tem.fi/sv/riktlinjer-och-principer-for-samhallsansvar>>, besöktes 24.6.2019.

⁴⁷ Se <<https://tem.fi/sv/samhallsansvar>>, besöktes 24.6.2019.

⁴⁸ Se <<https://www.finnwatch.org/fi/>>, besöktes 24.6.2019.

⁴⁹ Se <<https://ykkosketjuun.fi/sv/>>, besöktes 24.6.2019. Se även informationen på Finnwatch rf:s webbsida <<https://finnwatch.org/fi/blogi/630-hallitus-sitoutui-yritysvastuulakiin-%E2%80%93mitae-tapahtuuseuraavaksi?>>>, besöktes 24.6.2019. För en djupare diskussion, jämte en komparativ analys av tio existerande CSR-lagar, se Jaakko Salminen – Mikko Rajavuori, Yritysvastuulait ja ylikansallisen arvoketjun oikeudellinen käsitteellistämisen. Lakimies 3–4/2019, s. 387–417.

⁵⁰ Petri Mäntysaari, Mitä etua yhtiön johto on edistettävä?. Defensor Legis 4/2013, s. 579–596, 581.

utveckla bolagets position som företagsenhet.”⁵¹ Enligt Mäntysaari kan företagets intresse främjas med åtgärder som medför att det klarar sig i konkurrensen på lång sikt,⁵² vilket han understryker att *inte* kommer att lyckas om vinstmaximering är målet.⁵³ (I samband med detta ska också ABL 1 kap. 5 § noteras: ”Syftet med bolagets verksamhet är att bereda vinst åt aktieägarna, om inte annat föreskrivs i bolagsordningen.”)

Även Heikki Toiviainen ifrågasätter vinstmaximeringssyftet om företaget ska klara sig i konkurrensen på lång sikt, och granskar om stora aktiebolag – eller mer exakt deras ägare och ledning – kan ha ett särskilt moraliskt samhälls- eller socialt ansvar.⁵⁴ Toiviainen betonar att i synnerhet de stora bolagens legitimitet handlar om mer än att kortsiktigt bereda vinst åt ägarna: de måste också beakta de krav som miljöskyddet ställer, och dessutom agera på ett socialt rättvist sätt. Det sistnämnda består i att omfatta en sådan moralisk värdegrund enligt vilken företaget inte bidrar till samhället endast genom att producera varor och andra nyttigheter, utan också genom att på ett etiskt acceptabelt sätt fördela verksamhetens överskott mellan ägare, personal och kunder.⁵⁵

Ett ytterligare exempel är (amerikanska) Andrew W Savitz som konstaterar att ett företag inte kan klara sig utan andra i dagens värld; man måste agera hållbart för att nå framgång. Företaget måste lyckas identifiera en stor grupp intressenter (*stakeholders*), samt därefter lyckas etablera ett samarbete med dem som gagnar alla. På lång sikt kommer detta enligt Savitz inte att endast leda till en större vinst för bolaget, utan även till en samhällelig social, ekonomisk och miljömässig blomstring.⁵⁶

⁵¹ Lars Erik Taxell, Aktiebolagsstyrelsens kompetens att rättshandla. Söderström & Co 1946, s. 26–28, efter Mäntysaari 2013, s. 583.

⁵² Mäntysaari 2013, s. 586.

⁵³ Se Mäntysaari 2013, s. 586: ”Jos yrityksen tavoitteeksi esimerkiksi asetetaan voiton maksimoiminen, yritys melko varmasti häviää kilpailussa pitkällä aikavälillä, koska maksimoiminen tunnetusti ei ole mielekäs tavoite eikä voiton maksimoiminen mielekäs strategia.”

⁵⁴ Heikki Toiviainen, Yrityksen yhteiskuntavastuu ja corporate governance. Edilex 28.3.2005, s. 389–435, 396, 434.

⁵⁵ Toiviainen 2005, s. 432.

⁵⁶ Andrew W Savitz, The Triple Bottom Line. Jossey–Bass 2014, s. 3. Tillgänglig via ProQuest Ebook Central.

6 En liten berättelse om dygdetik och avtal

Om vi, ur en *inter partes*-synvinkel, betraktar avtal kan vi konstatera att även om avsikten med avtalet är att nå en fördel genom ett ekonomiskt utbyte, så är det fullt möjligt att parterna har tänkt sig att *också* skapa en fungerande relation mellan sig. Det behöver inte i första hand vara fråga om altruism eller liknande, även om man inte heller behöver utgå från att människor enbart är egoistiska;⁵⁷ snarare kan det huvudsakligen handla om att man behöver den andra parten för att nå det gemensamma målet. Men det kan givetvis också vara så att det helt enkelt känns rätt och riktigt att bete sig ärligt och lojalt gentemot sin avtalspart. Att agera lojalt och rättvist upplevs därmed ha ett värde i sig självt.

Om det gemensamma syftet (partsavsikten) i en tolkningssituation sedermera ska identifieras är det med andra ord – i avtalsfrihetens namn – viktigt att förstå att *syftet kan ha flera dimensioner/bestå av flera delar*. Det förväntade ekonomiska slutresultatet (en vinst/bättre ekonomisk situation för bägge parterna) är sannolikt en del. Det sätt på vilket relationen är tänkt att fungera (parterna ska inte bara hålla sina löften, utan även behandla varandra lojalt och rejält i övrigt) kan dock mycket väl vara en annan – t.o.m. lika viktig – del av syftet: I många fall kan det gemensamma partssyftet sålunda beskrivas som *att bli rikare, men (endast) på ett rättvist sätt*.⁵⁸ Dygdetiken kan beakta bägge aspekterna av syftet, dvs. såväl det tänkta *slutresultatet* som *medlen* för att nå dit, utan att prioritera någondera. Vi ser det som troligt att denna approach – även om den förvisso inte skiljer sig markant från dagens sätt att se på långvariga samarbetsavtal – är ett verktyg för att, på ett än rikare, och möjligen mer exakt och korrekt, sätt än hittills, *beakta hela kontexten i det enskilda fallet*.⁵⁹

Dygdetiken kan kanske vara till hjälp bl.a. då – aningen diffusa – rättsprinciper ska konkretiseras i ett aktuellt fall. Det kan vara lättare att få grepp om t.ex. lojalitetsprincipen – som i korthet handlar om att en avtalspart är skyldig att också beakta den andra partens intressen och bete sig i enlighet med något slags ”affärsvett och etikett” – ifall man i första hand fokuserar på *den lojala avtalspartens karaktärsdrag* (och, givetvis, i förlängningen dennes karaktäristiska beteende) i stället för att inleda med att försöka slå fast vilka funktioner principen kan tänkas ha,

⁵⁷ Se även diskussionen i Sacharias Votinius, Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade avtalsuppfattningen, s. 335–347 i verket Boel Flodgren m.fl. (red.), Avtalslagen 90 år, Aktuell nordisk rättspraxis. Norstedts Juridik AB 2005.

⁵⁸ Se även Sacharias Votinius, Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund. Brutus Östlings bokförlag symposium 2004, där han bl.a. diskuterar avtalet som vänskap.

⁵⁹ Vi har i detta avsnitt inspirerats av Chapin F. Cimino (Cimino 2010).

samt vilka konkreta skyldigheter (upplysningsplikt, omförhandlingsplikt m.m.) som kan anses följa av den.⁶⁰ Lojalitetsprincipen anses ofta fungera som ett slags riktlinje eller stöd vid tolkningen av avtal, och den anses därtill ha en kompletterade funktion vid luckor i avtalet.⁶¹ Givetvis har också samarbetsaspekter och betydelsen av tillit mellan avtalsparter betonats också tidigare,⁶² men möjligen ger ett dygdetiskt perspektiv ännu bättre möjligheter att beakta kontexten så som den faktiskt ser ut. I en tolkningssituation – där antingen en explicit lojalitetsklausul ("parterna förbinder sig att i allt som rör detta avtal agera lojalt gentemot varandra") ska tolkas, eller där situationen annars ger vid handen att lojalitetsprincipen har relevans (generellt är dess betydelse större i långvariga samarbetsavtal än i momentana köp exempelvis)⁶³ – handlar det därmed om att ta ställning till vad parterna gemensamt hade avsett i den situation som ligger för handen, dvs. ifall de hade kommit att tänka på saken då avtalet träffades. En del av avtalets syfte består därmed i *medlen* som parterna har avsett att använda på sin gemensamma väg mot det önskade (ekonomiskt betonade) slutresultatet. Avtalets syfte är sålunda *ett visst slutresultat, men endast uppnått på ett visst (dvs. lojalt) sätt*.

Tänkesättet kan sannolikt vara användbart även då man ska avgöra innebörden av vissa (andra typer av) *öppna begrepp* i avtalet, såsom leverans "inom skälig tid" eller den allmänna rätten att säga upp ett avtal som ingåtts tills vidare med iakttagande av "en skälig uppsägningstid" (oberoende av om det i avtalet ingår en uttrycklig uppsägningsrätt eller inte). Det som ett dygdetiskt perspektiv kan bidra med i denna typ av fall är att det åtminstone står klart att ett – av någondera parten presenterat – tolkningsförslag som introducerar *ytterligare* ojämlikhet/orättvisa i relationen jämfört med den tidpunkt då avtalet träffades, inte kan accepteras. En sådan tolkning rymms inte inom avtalets gemensamma syfte och är inte ett tolkningsförslag som *den dygdiga aktören*, i detta fall den dygdiga avtalsparten, skulle föreslå. (Det handlar inte om att eliminera all ursprunglig ojämlikhet, vilket t.ex. inte heller är syftet med den allmänna jämningsregeln i lagen om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område ("AvtL") 36 §). Den lösning som i slutändan accepteras – efter att allt

⁶⁰ Se t.ex. Petra Sund-Norrgård, *Contract Law in Finland*. Wolters Kluwer 2017, s. 32–35 jämte hänvisningar.

⁶¹ Petra Sund-Norrgård, *Lojalitet i licensavtal*. Publications of IPR University Center 2011, s. 78 jämte hänvisningar.

⁶² Se t.ex. Sund-Norrgård 2011, s. 106–117 jämte hänvisningar.

⁶³ Se diskussionen i Sund-Norrgård 2011, s. 133–188 om faktorer av betydelse då "spelplanen" för lojalitetsprincipen, dvs. principens betydelse, ska utrönas.

relevant tolkningsmaterial har beaktats – måste därmed vara balanserad i denna bemärkelse.

7 Slutord

Denna artikel var vår första lilla berättelse i en mer övergripande strävan mot en juridik som, i högre grad än i dag, är fokuserad på ett positivt mänskligt beteende, och som leder till en rikare och bättre juridisk analys. Vi presenterade några tankar om den roll dygdetiken kunde, och i vårt tycke borde, spela inom den framtida privaträtten. Vi anser att tiden nu är mogen för ett nytt – mer holistiskt och enhetligt – tänkesätt, med utgångspunkt i den dygdiga aktören eller dylikt. Det behövs nya impulser i en värld där rättsutvecklingen snarare går från enhetlighet mot ökad splittring.⁶⁴

⁶⁴ Se t.ex. Letto-Vanamo – Smits 2012.