

blir inngjerdet av for mange regler og utsatt for kontroll av for mange statsorganer.

Også for den enkelte som trenger beskyttelse melder det seg spørsmål om den avhengighet av staten som rettsliggjøringen innebærer, er en ubetinget fordel. For noen kvinner kan det nok være et godt bytte å få erstattet avhengighet av mannen med avhengighet av staten. For staten er ikke så hensynsløs og undertrykkende som enkelte ektemenn kan være. Men statens evne til å yde hjelp er begrenset, bl.a. fordi det ofte kreves ressurser for å kunne utnytte hjelpetilbudene. Og på familielivets område hvor folk ikke er vant til at rettsapparatet griper inn, kan det vel tenkes direkte motvilje mot statsstøtte hos dem som trenger hjelp.

Men slike betenkeligheter kan ikke være avgjørende i alle tilfelle. Man ville ikke oppnå noe hvis man stilte seg avvisende til all ny rettsliggjøring ut fra det syn at staten ikke må få lov til å breie seg mer enn den alt har gjort. Spørsmålene bør ikke avgjøres ut fra dogmatiske anti-statlige eller pro-statlige holdninger, men på grunnlag av en nøktern avveining av hva man i hvert enkelt tilfelle kan oppnå, og hva det skjer på bekostning av. Hva slags regulering det er spørsmål om, kan selvsagt få avgjørende betydning for avveiningen. F.eks. knytter det seg færre betenkeligheter til at staten yter pengetilskudd enn til inngrep i slike forhold som f.eks. inntektsfordelingen mellom ektefeller.

Det jeg nå har sagt, er ikke særlig originalt. Jeg vet at lignende oveveielser er vanlige innen kvinneverdenen. Og jeg ser det som et positivt trekk – som man kunne ønske seg mer av hos andre – at det foretas kritiske vurderinger, ikke bare av gjeldende rett; men også av hva som kan oppnås ved hjelp av nye rettslige reguleringer.

NOTER

1. Se hennes artikler i Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 5/1981 og i Kvinneforskning: bidrag til samfunns-teori. Festskrift til Harriet Holter (Oslo 1982).
2. Se nærmere om begrepet i Eckhoff og Sundby, Rettssystemer (Oslo 1976) s. 187-92.
3. Se om dette min bok Rettferdighet ved utveksling og fordeling av verdier (Oslo 1971), særlig s. 294-96, 341-59 og 375-83 og de undersøkelser som det er henvist til der.

Kvinnorätten i det rettsvetenskapliga projektet

Av Lars D. Eriksson

Rättsvetenskapen som juridik

Rättsvetenskapen är ju inte bara vetenskap, den är också juridik och dogmatik. I det avseendet är den en form av vad som kunde kallas praxeologisk teori: juridiken är intresserad av hur rättsregler, rättsprinciper osv. tolkas och systematiseras. I den meningen är den ett uttryck för en mer eller mindre ideologiskt färgad teori, vars syfte i sista hand är att lösa praktiska problem. Uppfattningarna om vad som är »gällande rätt« och om »riktiga tolkningar« är till sin karaktär ideologiska. Det finns naturligtvis inte objektivt sanna utsagor i den juridiska dogmatiken.

I det avseendet kan man påstå att den juridiska teoribildningen i stor utsträckning är en verksamhet som kan hänföras till det politiska fält, där kampen om den samhälleliga hegemonin förs.

Jag tror att kvinnorätten på samma sätt som den kritiska och marxistiska jurisprudensen sett som en av sina viktigaste uppgifter på den juridiska dogmatikens område att bryta ner den formalism och objektivism som kännetecknar våra rättssystem. Den formalism och objektivism som döljer faktisk maktanvändning och som ger rättsordningen sken av neutralitet. Denna avformalisering och avobjektivering av rätten sker genom att gällande principer, teorier, konstruktioner, systematiseringar osv. å ena sidan *disartikuleras*, spjälks upp i sina minsta beståndsdelar, och i andra sidan *reartikuleras*, dvs. genom att dessa minsta beståndsdelar åter sammanfogas men nu utgående från en ny sammanbindande princip.

Utmärkta exempel på hur kvinnorätten fungerat innoverande i detta avseende är utvecklandet av de nya rättsdisciplinerna Pengerätt, Husmorsrätt och Lönearbetsrätt, där å ena sidan traditionella disciplinsindelningar brutits ner och nya skapats som ett resultat därav utgående från nya systematiseringsprinciper: pengar beträffande pengerätten, tid beträffande husmorsrätten och arbete beträffande lönearbetsrätten.

Detta »uppspjälkande« och »sammanfogande« kan givetvis ske på många-

handa sätt och några klara metदानvisningar kan i det hänseendet inte ges. Men jag tycker mig ha observerat att många kvinnorrättsforskare genom att utnyttja immanenta motsättningar i rättssystemet, genom att utgå från vissa riktningsgivande rättsliga grundvärden eller genom att konfrontera empiriska fakta om verkligheten med rättssystemets illusoriska verklighet lyckats med att både dis- och reartikulera en mängd juridiska begrepp och föreställningar. Här tror jag att kvinnorrättens styrka ligger på det rent rättsdogmatiska området. Det är här de verkliga innovationerna har skett och det är kanske här de fortsättningsvis kommer att ske.

Problematiske förefaller mig däremot den inom kvinnorrätten tämligen utbredda uppfattningen att juridiken såsom tolkningsverksamhet inte är värd något större intresse. Tolkningen, dvs. i praktiken rättstillämpningen, får andra sköta om. Men rättsvetenskapen är också juridik, dvs. i rättsvetenskapen förenas teori och praktik på ett sätt som är främmande för de flesta andra vetenskaper. För kritiskt tänkande jurister borde det därför vara en rimlig uppgift att utveckla en juridik (i klartext sagt: en praktiskt orienterad argumentations- och handlingsteori) som är så funtad att den är användbar vid »genererandet« av sådana lagtolkningar, som överensstämmer med de svagt ställdas behov och intressen. Paradoxalt nog förefaller det som om kvinnorrätten skulle ha skapat fundamentet för en sådan juridik men självt vägrar att föra ut den till dess yttersta konsekvenser!

Jag skall exemplifiera. Framförallt i Norge och Danmark har man alltsedan Alf Ross tillägnat sig en i huvudsak deskriptiv rättskällelära. Med rättskällor avses primärt de faktorer som utövar inflytande på domarens formulering av den regel han baserar sitt avgörande på. Denna uppfattning betyder att man vid analyserandet av rättskällorna tar sin utgångspunkt i de »faktorer« som rättstillämparna faktiskt använder sig av, då de justifierar sina beslut. Acceptorandet av denna deskriptiva rättskälleteori har för kvinnorrättens del lett till att man koncentrerar sig på rättstillämpningens lägsta nivåer, då det är där de ur kvinnorrättslig synpunkt viktigaste besluten fattas. Det är värdefullt att veta vilka de faktiska rättskällorna är. (Samma betoning på rättstillämpningens lägsta nivåer återfinns man ju också inom socialrätten idag.)

Problemet är här att en deskriptiv rättskällelära inte kan utgöra en förnuftig utgångspunkt för en kritiskt orienterad juridik. Om vi vet vilka faktorer som faktiskt påverkar det rättsliga beslutsfattandet, får vi kunskap om verkligheten, men vi får inte några hjälpmedel för att själva producera »bättre« beslut och inte får vi heller några instrument för att kritisera redan gjorda beslut. Personligen är jag övertygad om att en normativ rättskällelära är en nödvändig förutsättning för utvecklandet av en kritisk jurisprudence. Utan en sådan kollapsar hela projektet.

Med rättskällor menar jag de »platser« där rättstillämparna hämtar legiti-

ma argument att användas vid *justifieringen* av rättsliga beslut. Rättskällorna anger alltså vilka typer av argument som är legitima, då man bygger upp rättsliga slutsatser, beslut osv. Men samtidigt anger rättskällorna också vilka typer av argument som är legitima, om vi vill *kritisera* fattade rättsliga beslut osv. Vi kan naturligtvis kritisera varje rättsligt beslut, som inte är *justifierat* med (enligt den normativa rättskälleläran) legitima argument. Rättskällorna förser oss med de legitima argument, med vilka vi både kan *justifiera* och *kritisera* rättsliga beslut.

Rättskällorna måste givetvis hierarkiseras. För en kritiskt orienterad juridik är det naturligt att prioritera vissa fundamentala rättsprinciper högst; jag tänker på rättssäkerhetsprincipen, principerna om social rättvisa, jämställdhet, personlig frihet osv. På ett liknande sätt bör människorättigheterna och grundrättigheterna ges central prioritet liksom ur dem härledda underordnade principer. De »reella hänsyn« som brukar hänföras till rättskällorna torde i många fall vara av den karaktären att de kan hänföras till denna rättskällornas högsta nivå. Först därefter kommer vi till de vanliga lagarna, förarbetena, rättspraxis osv. De rättsliga argumentens legitimitet har alltså *olika vikt* beroende på från vilken nivå i rättskällehierarkin de är hämtade.

Självfallet är det så att t.ex. kvinnorrätten inte kan gå ut och helt enkelt slå fast att endast dessa argument är rättsligt legitima och att argumenten inbördes skall viktas på det sätt som man inom kvinnorrätten föreslår. Det väsentliga är att man inom kvinnorrätten liksom inom den kritiska jurisprudencen överhuvudtaget är medveten om att frågan om rättskällornas (de legitima argumentens) hierarkiska ordning och inbördes vikt är en fråga som avgörs i konflikten med den etablerade juridiken. Den deskriptiva rättskälleläran leder lätt till föreställningen att det finns en en gång för alla given rättskällehierarki. I sista hand är likväl läran om rättskällorna – de legitima argumenten – precis i lika hög grad ett resultat av »maktkampen« inom juridiken som alla andra juridiska teorier, principer, konstruktioner och uppfattningar.

Rättsvetenskapen som vetenskap, som kritik

Rättsvetenskapen är inte bara juridik, den är också vetenskap. Det råder olika uppfattningar om vad denna vetenskap skall syssla med. Det finns de som menar att rättsvetenskapen i första hand skall undersöka olika typer av lagbundenheter och strukturella determinationsförhållanden. Den klassiska marxistiska utgångspunkten har närmast varit denna. Det viktiga är att undersöka rättens, statens och samhällets inbördes avhängighetsförhållanden, deras eventuella autonomi, egenutveckling och egenlogik.

Å andra sidan finns det de som menar att rättsvetenskapens uppgift är att »avslöja« rättsordningens ideologiska bindningar, att t.ex. blottlägga det sätt

på vilket rättens objektivism, formalism och universalism döljer konkret faktisk maktanvändning. Det viktiga är att uppdaga de faktiska intresseinställningar som inte syns i själva rättsordningen, men som de facto utövar inflytande över hur denna fungerar och i praktiken tillämpas. Detta är den ideologikritiska rättsvetenskapens program, som kvinnorrätten i Norden till stor del tycks ha anammat.

Vilken typ av rättsvetenskap man är intresserad av hänger förstås nära samman med ens kunskapsintresse: vad är det vi vill veta? Jag upplever här ett dilemma som direkt berör en del av kvinnorrättsforskningen. Många kvinnorrättsforskare är anhängare av ideologikritiken och nöjer sig med att arbeta inom dess ramar. Det är inte tu tal om att ideologikritiken givit kvinnorrättsforskningen mycket värdefullt och omistligt. Rättsvetenskapen som ideologikritik är i och för sig berättigad och fyller en oerhört viktig uppgift. Men jag ställer åtminstone mig själv frågan om inte ideologikritiken bör ses som en del, en nödvändig del, av hela det rättsvetenskapliga projektet.

Jag tror nämligen att det är just via ideologikritiken vi bäst kan utveckla en kritisk eller alternativt jurisprudens. Om vi via ideologikritiska undersökningar kan påvisa olika rättsinstitut, rättsliga principer, teorier och konstruktions faktiska intressebundenhet och interna motsättningar, kan vi även ta i tu med att disarticulera dem, bryta ner dem i deras minsta beståndsdelar. Samtidigt skapar vi också förutsättningar för att rearticulera dem, dvs. för att bygga upp mera konkreta och mera fruktbara rättsinstitut, rättsprinciper osv.

I detta perspektiv måste alltså ideologikritiken och den kritiska jurisprudensen (juridiken) ses som olika sidor av samma sak: de förutsätter varandra. Teori och praktik ingår en förening.

Vi kommer här in på en frågeställning som ansluter sig till den tidigare diskussionen om rättskällorna. Många av dem som ägnar sig åt uteslutande ideologikritisk rättsvetenskap vill inte besudla sina händer med juridik. Det är lätt att hysa förståelse för den attityden. Men skillnaden mellan ideologikritisk vetenskap och kritisk jurisprudens behöver nödvändigtvis inte vara så stor trots allt. Det som ideologikritikerna sysslar med är att ställa verkligheten mot den illusoriska rätten, att konfrontera fakta med ideala normativa föreställningar. Syftet är *rättskritik*, oftast utförd från mer eller mindre artikulera värdepremisser. De kritiska juristerna, dvs. de som sysslar med kritisk eller alternativt jurisprudens, har likväl också ett rättskritiskt syfte: att med en normativ rättskällevärdelse som utgångspunkt *kritisera* fattade rättsliga beslut eller, alternativt, utarbeta »bättre« rättsliga lösningar än de som det etablerade juridiska paradigmat gör. Och jag misstänker att värdepremisserna för både ideologikritikerna och den kritiska juristen ofta är de samma! Ideologikritikerna presenterar blott sin kritik utifrån, medan den kritiska juristen presenterar den inifrån. (Och ytterligare: många ideologikritiskt orienterad rättsvetare har med sina

undersökningar velat visa att rätten inte lever upp till sina ideal och höga målsättningar på samma sätt som många kritiska jurister med sina undersökningar velat visa att i rättstillämpningen inte används den typ av »legitima argument« som rättsordningen själv uppställt eller säger sig uppställa.)

Det jag således talar för är en uppluckring av den ofruktbara och i mitt tycke sterila gränsdragningen mellan ideologikritisk rättsvetenskap och kritisk jurisprudens. De två är ett, något kvinnorrätten i Norden inte alltid velat se.

Rättsvetenskapen som utopiskt projekt

Men rättsvetenskapen är inte bara juridik och vetenskap. Som vetenskapligt projekt är den även utopi. Nu menar jag naturligtvis inte att rättsvetenskapen skall börja producera utopier på löpande band. Men jag menar att rättsvetenskapen på samma sätt som all annan mänsklig verksamhet också bär ett ansvar inför framtiden. Vi lever inte i ett historielöst rum och det finns inte någon värderingsfri samhällsvetenskap. Alla samhällsvetenskaper är – med eller mot sin vilja – med i utformningen av framtiden. För en kritisk rättsvetenskap gäller det är medvetandegöra och explicera de värden den vill verka för, dvs. att utstaka vägen för önskad utveckling.

Om vi ser rättsvetenskapen på detta sätt, som ett historiskt projekt, inser vi även att det är en angelägen uppgift att söka kartlägga rättsordningens utvecklingstendenser, dess potentiella utvecklingstrender. (Det behöver kanske inte understrykas att rättsordningens utvecklingstendenser inte kan ses åtskilda från samhällets allmänna utvecklingstendenser.) I sista hand kan rättsvetenskapen inte undvika makrosociologiska analyser, analyser som den skandinaviska rättsvetenskapen hitintills nogsamt undvikit. Jürgen Habermas och Gunther Teubner har i weberiansk anda försökt att länka in också den rättsvetenskapliga diskussionen på dylika frågeställningar och det är kanske trots allt så att Skandinavien inte är så kulturellt slutet att denna diskussion helt undgår oss.

Rättsvetenskapen bör alltså söka kartlägga pågående utvecklingstendenser. Vi behöver en rättsvetenskap som går utöver ideologikritiken och som söker finna fram till de samhälleliga lagbundenheter som styr rättsutvecklingen och som analyserar de strukturella determinationsförhållanden som reglerar relationerna mellan rätten och övriga samhälleliga delordningar. Men samtidigt bör vi också *inom rättsvetenskapen* göra det strategiskt viktigaste av alla val: välja det utvecklingsalternativ som bäst motsvarar våra uttalade värdepremisser och arbeta för dess förverkligande. Det är detta som är rättsvetenskapens utopiska dimension.

I detta avseende vill jag inte speciellt utpeka kvinnorrätten. Vi står alla osäkra och tvekande inför framtidens möjligheter. Det finns idag tre delvis

motstridiga utvecklingstendenser på det rättsliga området, utvecklingstendenser som pekar i olika riktning.

De moderna senkapitalistiska rättsordningarna befinner sig alla mer eller mindre i en kris. Debatten om överlegalisering, övernormering, administrativ makttillväxt, överbyråkratisering, ökad rättsosäkerhet och om »Kolonialisering der Lebenswelt«, för att låna Habermas' uttryck, är alla uttryck för denna kris.

Det finns de som hävdar att vi måste återupprätta rättsstaten för att komma till rätta med dessa kristendenser. Rättssäkerheten, legalitetsprincipen, de medborgerliga rättigheterna bör åter komma till heders som ledande riktmärken för rättstillämpning och lagstiftning. Dessa rent rättsstatliga krav åtföljs sedan ofta av krav på privatisering, ökat utrymme för marknadskrafterna, nedmontering av den statliga och kommunala byråkratin osv. Jag menar personligen att dessa krav är reaktionära, därför att de i sista hand syftar till återställandet av en samhällsordning som historiskt är passé.

Det finns de som hävdar att det inte finns skäl att ändra den socialstatliga utvecklingsgången utan att vi lugnt kan fortsätta såsom vi gjort sedan II världskriget. På det rättsliga området betyder detta att rättslig reglering fortsättningsvis är det dominerande samhällsliga styrningsmedlet (parentetiskt sagt är det ett intressant faktum att var och varannan rättsvetare i Norge – och delvis Sverige – sysslar med rättsliga styrningsproblem!), att social rättvisa, jämlikhet och trygghet fortsättningsvis är de ledande rättsliga värdepostulaten. Socialstatens anhängare ser mao. inte några egentliga tecken på kris, annat än möjligen en försvagning av rättssäkerheten. Men det kan då påpekas att rättssäkerheten, som är en formell princip, står i motsättning till principerna om social rättvisa, jämlikhet och trygghet, som är materiella principer. Åtminstone för mig förefaller det omöjligt att på sikt förena dem i en fungerande harmoni.

Slutligen finns det de som förespråkar en tredje väg, som menar att vi är på väg mot en helt ny typ av rättsordning, vars konturer vi än så länge endast oklart kan skönja. Jag tänker här främst på Gunther Teubner och hans teser om uppkomsten av en reflexiv rätt, som baserar sig på föreställningen om ett samhälle bestående av långt decentraliserade autonoma delsystem, där rättsordningens primära funktion skulle vara att tillhandahålla de yttre proceduralla formerna för hur man inom dessa fattar beslut, hur deras inbördes kompetensområden är reglerade samt för hur de organisatoriskt och institutionellt är uppbyggda. Denna rättsordning skulle likväl inte *endast* vara en procedural rätt, utan den skulle också tillhandahålla bestämda garantier för dem som är svagt ställda i samhället. Grundläggande sociala rättvise- och jämlikhetsgarantier skulle mao. ingå som nödvändiga beståndsdelar i denna nya typ av rätt, vilken på sätt och vis sålunda skulle förena rättsstatens formalism med

socialstatens materiella rättvisehänsyn.

Jag vill, som sagt, inte göra kvinnorrätten ansvarig för att den inte tagit ställning i dessa strategiska frågor. Ingen annan har heller gjort det. Men det är klart att ett linjeval förr eller senare måste göras. För kvinnorrättens del tänker jag mig att svaret blir beroende på om kvinnorrätten uppfattas såsom en *partielement* teori med uttrycklig uppgift att förstärka kvinnornas rätt i samhället eller om den uppfattas som en mera *alltomfattande teori* som vill verka för en bestämmd rätts- och samhällsordning. Det finns inslag både av rättsstatligt och – i synnerhet – socialstatligt tänkande i dagens nordiska kvinnorrätt, medan kanske en del »reflexiva« element kan skönjas i radikal amerikansk kvinnorrättsdebatt.

En diskussion om dessa frågor ser jag i varje fall som en nödvändighet, om kvinnorrätten vill undvika en integrering i det förhärskande juridiska paradigmet.

Några speciella frågor

Man kan se uppkomsten och utvecklingen av kvinnorrätten såsom ett eget och specifikt rättsområde som ett uttryck för den senkapitalistiska rättsordningens disintegrering: ju mer samhället differentieras, atomiseras och segmenteras desto mer differentierad och atomiserad blir även rätten. Rätten upphör alltmer att fungera som sammanbindande, integrerande mekanism i vår typ av samhällen. Det är ett tidens tecken att de traditionella rättsområdena alltmer splittras upp och fragmenteras: vi får datarätt, oljerätt, utbildningsrätt, transporträtt, barnrätt osv., osv. I USA har vi sett uppkomsten av »law for the poor« och »public interest law«, en utveckling som kanske just kan jämföras med uppkomsten av kvinnorrätten i Norden.

Är allt detta ett uttryck för att rättsordningen i dess nuvarande form inte mera fungerar integrerande i våra samhällen och för att den helt enkelt *inte kan* fungera integrerande mera? Jag föreställer mig att svaret på den frågan är jakande. Samtidigt som samhället kontinuerligt atomiseras och präglas av allt fler rationalitetsformer atomiseras även rättsordningen och kommer att präglas av inbördes konflikterande rationalitetsformer. Rättsordningen, som traditionellt haft till uppgift att integrera de olika samhällsliga delordningarna, slits själv sönder av inbördes oförenliga funktioner.

Mot denna bakgrund förefaller det berättigat att ställa frågan, huruvida kvinnorrätten för sin del bidrar till denna disintegrationsprocess. Om så är fallet, uppstår ett problem. Kvinnorrätten förefaller nämligen – åtminstone i dess skandinaviska variant – starkt betona rättens och statens roll vid lösningen av problem som hänger samman med kvinnornas ställning idag. Men rättens disintegrering leder på sikt till att både dess och statens möjligheter att »lösa«

samhællelige problem minskar. Dilemmat är följande: samtidigt som kvinnorrätten betonar statens och rättens roll bidrar den själv till at underminera denna roll!

Till denna problematik ansluter sig en annan, måhända viktigare, fråga. Kvinnorrätten har väsentligen ägnat sitt intresse åt problem som hänger samman med familjen, omsorgsarbetet, fritiden, närmiljön och de mänskliga relationerna överhuvudtaget. Den har koncentrerat sig på mikromaktförhållandena i samhället. Den har tagit upp frågan om de s.k. »rättstomma rummen«. Vid utvecklandet av lösningar på de rättvise- och jämlikhetsproblem som existerar på dessa områden har kvinnorrätten varit tämligen starkt fixerad vid den statliga rätten.

Leder inte detta just till en strävan att »kolonialisera livsfärena«, att förrättsliga områden som egentligen är oätkomliga för rättslig reglering (eller områden som inte borde förrättsligas, därför att de rör personliga förhållanden)? Åtminstone den kvinnorrättsforskning som är rättsstatligt orienterad borde rimligtvis ta denna fråga på allvar, ty enligt den rättsstatliga ideologin bör privatautonomi åtnjuta ett mer eller mindre absolut skydd mot rättslig reglering. Men även den socialstatligt orienterade kvinnorrättsforskningen kan ha nytta av några eftertankens stunder: finns det inte en uppenbar risk för att nya regleringar blir kontraproduktiva? Finns det inte gränser även för socialstatlig reglering? Var upphör rätten att verka? Borde inte rättens uppgift vara att underlätta privata lösningar och arrangemang och inte att påtvinga statliga (rättsliga) lösningar? Rätten kan ha en emancipatorisk funktion, men den kan även ha en nedbrytande.

Mig förefaller det som om den skandinaviska kvinnorrätten vore ett uttryck den socialstatliga utvecklingen, kvinnorrätten är ett led i denne utveckling. Om denna bedömning är riktig, befinner sig kvinnorrätten snart ställd inför alla de frågor och problem socialstaten givit upphov till. En debatt om dessa övergripande frågor ser jag som en viktig uppgift för alla dem som är allvarligt intresserade av vidareutvecklingen av kvinnorrätten.

offentlig elskov



»Kvinnorrätten har varit tämligen starkt fixerad vid den statsliga rätten»

© Kim Fupz Aakeson fra hæftet "Gå løs på livet". Københavns Bogforlag, 1982.