

Sakfrågorna i juridiken

Av Juha Tolonen

1 Frågeställning

Juridiken har varit en vetenskap som har idkats på många olika sätt. Olika varianter kan märkas när vi betraktar juridiken i historiskt perspektiv i skilda länder (Tyskland, Frankrike och England). Dagens läge ter sig annorlunda. Juridiken idkas överallt i västvärlden på ett sätt som är överraskande likadant. I den meningen kan man säga att juridiken har »normaliserats«. I det följande görs ett försök att skissera de viktigaste kännetecknen för normaljuridiken (kap 2). Därefter riktas en viss kritik mot den (kap 3).

Som normaljuridik uppfattas här all juridik som idkas på basen av de teoretiska idéer som Ross på ett utmärkt sätt har elaborerat i sin bok »Om ret og retfærdighed« (1966) samt Kelsen i »Reine Rechtslehre« (1960).

Normaljuridiken har, enligt min uppfattning, en ganska konsistent innebörd. Den kan kanske karaktäriseras med begreppet »normativ«. Kritiken, som i det följande kommer att framställas, utgår ifrån att det inte är så mycket lagstiftarens vilja utan den gängse vetenskapen om saken som bör läggas till grund för juridiskt tänkande.

2 Rättsvetenskapen idag

Rättsvetenskapen kan karaktäriseras genom fyra kriterier:

1. Metoden som används
2. Vetenskapens teori
3. Vetenskapens föremål
4. Vetenskapens praktiska nytta

2.1 Vetenskapens gällande metod

Rättsvetenskapen använder idag överallt en metod som kan kallas analytisk. Metoden innebär följande två grundantaganden:

Rättsliga företeelser uppfattas som företeelser med två sidor; innehåll och form. Lagarnas, rättstillämpningens etc innehåll varierar enligt den gängse uppfattningen i tid och i rum. Vi kan alltså inte visa någon stadigvarande rättslig idé som alltid skulle uppenbara sig i rättsliga fenomen. Det som är invariabelt är däremot de rättsliga företeelsernas form. Företeelserna förverkligas genom ett visst logiskt konsistent system, som är allmängiltigt. Systemet byggs genom vissa elementära normativa (deontiska) grundbegrepp som »rättighet«, »skyldighet«, »kompetens« osv samt dessa begrepps enkla grundelement. (Se härom Ross, op cit kap 5.)

Enligt den gällande juridiska forskningsmodellen har den positivrättsliga forskningen till uppgift att ta en viss lag, rättspraxis osv och analysera fram, genom de normativa grundbegreppen, de gällande rättsliga reglernas verkliga och exakta innebörd.

Utom de egentliga normativa grundbegreppen har juridiken att syssla med sådana begrepp som inte är helt normativa, men inte heller rent faktiska, som exempel på dessa kan nämnas begrepp som »avtal«, »bolag«, »god tro«, »brott«, »äktenskap« och »egendom«. Då man vill utreda vilka de gällande rättsreglerna egentligen är måste man specificera innehållet i dessa begrepp. De används nämligen då man uttrycker gällande rättsregler, till exempel förvärv av lös egendom i god tro ger anledning till vissa rättspåföljder.

Den gällande forskningsregeln är att specificeringen av dessa begrepp genomförs så att man utreder hur begrepp som är relevanta, faktiskt används i rättsliga sammanhang. Det är en empirisk fråga. Rättstillämpningens tilltagande betydelse som rättskälla kan förstås i detta ljus. (Jfr Ross op cit kap 2, 9-10.)

Det som är väsentligt i den metod vars två sidor ovan beskrivits är att metoden förverkligar en uppfattning om den positivrättsliga forskningens objektivitet. Juridiken använder här bara (i idealt fall) begrepp som är det deontiska systemets nödvändiga beståndsdelar. Alla andra begrepp definieras genom deras faktiska användning på empirisk väg. Forskarens subjektiva fördomar spelar alltså ingen roll i forskningsarbetet. (Jfr Kelsen op cit kap 3.)

2.2 Rättsvetenskapens teori

Vanligen brukar vetenskaper ha sina egna teorier. De har också funnits tidigare inom olika positivrättsliga områden genom så kallade allmänna läror. Den ovan beskrivna analytiska metoden har dock lett till att de allmänna lärorna har analyserats bort. Man har påstått att just genom allmänna läror har man smugglat in, i det rättsliga tänkandet, ovetenskapliga (subjektiva) begrepp. Man har talat om exempelvis äganderättens, äktenskapens överpositiva innehåll. Genom detta har man kunnat utöva politiskt inflytande i samhället. Men enligt den moderna juridikens uppfattning är det inte vetenskapens roll att bedriva politik, utan vetenskapen bör bara sprida ut objektiv information, alltså – bort med de gamla

allmänna lärorna -. I deras ställe har den analytiska metodologin kommit.

Situationen är således den att rättsvetenskapen inte har någon egentlig teori. Den har bara analytiska begreppsverktyg, som ovan beskrivits, och rättsliga företeelser. Rättsvetenskapen beskriver dem genom användning av dessa verktyg.

Dock finns det en teori i rättsvetenskapen och den är dold i den metod som används. Hela den sk deontiska logiken som forskar om det normativa systemets nödvändiga form utgår från tanken att deontiska relationer (t ex rättsförhållanden) har sina allmängiltiga grundtyper som uttrycks genom elementära deontiska begrepp (skall, få, få inte etc). Genom att juridiken använder dessa element i beskrivningen av samhällets gällande ordning kommer den att representera en viss teori om samhället. Samhället består av sådana elementära grundförhållanden som den deontiska logiken uttrycker.

2.3 Rättsvetenskapens föremål

Dessa består av lagar och andra författningar samt domstols- och förvaltningspraxis där lagnormerna tillämpas. Rättsvetenskapen har till uppgift att tolka allt detta som ett normativt system. Frågeställningar som går ut på att utreda varför vi har vissa normer, vad som är deras mening, om de är sakenliga osv, stöts däremot för det mesta utanför juridiken. De uppfattas antingen som politiska problem eller någonting som hör till andra samhällsvetenskaper. I den meningen kan vi säga att juridiken bygges på ett visst antagande om samhällets ordning. Den baserar sig på »lagstiftarens« vilja och är till sin natur normativ. Ordningen går ut på att påbjuda, förbjuda eller tillåta medborgare att göra någonting.

2.4 Rättsvetenskap och praktik

Rättsvetenskapen har enligt den gängse modellen den betydelsen för samhällspraktiken att den analyserar olika rättsnormers innebörd och specificerar för medborgare vad som är påbudet, förbudet eller tillåtet för dem. Kunskap av den här typen behövs i synnerhet i sådana situationer där vi har tvister om vad som hör till var och en, vilka friheter medborgare har osv.

Däremot är den moderna juridiken inte i stånd att besvara frågor om den gällande ordningens mening. Frågor av typen »varför« hör egentligen inte till den moderna juridiken.

Det sagda innebär att juridiken har marginell betydelse i konstruktivt samarbete i samhället, där deltagarna inte är intresserade av vad som skiljer envar från andra utan av gemensamma mål.

3 Kritik mot den moderna juridiken

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att den moderna juridiken är en konsi-

stent och logiskt helhet. Den är inte internt motstridig. Kritiken kan därför riktas bara till den gränsdragning juridiken har gjort kring sig. Genom att hålla sig inom de ramar den »rena« juridiken förutsätter, har juridiken bildat ett slutet system. Min uppfattning är, att en viss öppning mot nya perspektiv ter sig alldeles nödvändig i dagens läge. Här skulle jag våga ifrågasätta två gränsdragningar:

1. Gränsen mellan juridik och politik.
2. Gränsen mellan värderingar och fakta.

3.1 Juridik och politik

Det moderna samhällsvetenskapliga tanke sättet förutsätter att allt sådant vetande och tänkande som är bundet vid vissa värderingar och mål är ideologiskt, det vill säga inte vetenskapligt. Det återspeglas också i juridiken. Den har blivit »objektiv« i den bemärkelse som ovan beskrivits (punkt 2.2).

Som exempel på det sagda kan tas begreppet »näringsfrihet«. Den moderna juridiken studerar näringsfriheten som ett positivrättsligt institut. Resultatet av studier av det här slaget är en noggrann och tämligen exakt beskrivning av alla de gällande normer som reglerar friheten att idka näring i ett visst samhälle. Man undviker dock allt sådant som skulle binda forskningen till värderingar. Således behandlas inom juridiken vanligen inte frågor beträffande näringsfrihetens betydelse i samhället och dess mening. Olika samhällsgrupper kan ju ha olika meningar om sådana »ideologiska« frågor. Denna strävan till en viss objektivitet leder dock till att bara detaljfrågorna blir behandlade. Helhetssynen om näringsfriheten, eller vilket annat samhällsligt institut som helst, förutsätter alltid förutbestämda premisser som är bundna till en eller annan ideologi.

Vi kan nämligen konstatera att alla samhällsliga teorier, allt systematiskt tänkande om samhället utan ett enda undantag är ideologiskt bunden. För att bilda en systematisk bild om den gällande rätten måste man först ha en definierad synvinkel som utgångspunkt. Den väljs, naturligt nog, så att den är ändamålsenlig. Forskningens synvinkel blir då bunden till något ändamål och därigenom till värderingar.

Slutsatsen blir att juridikens system eller samhällsvetenskapernas teorier skiljer sig från ideologier endast så till vida att de förra är mera sofistikerade och bättre formulerade. Att erkänna detta innebär omvärdering av de klassiska allmänna lärorna i olika positivrättsliga ämnen. Omvärdering betyder icke att vi skulle ta dessa som det rätta, utan bara det, att de medges behandla väsentliga ting. Den analytiska rättsvetenskapen har försökt att tiga ihjäl dem.

Juridikens främsta uppgift är att genom allmänna läror ge ett explicit uttryck om samhällets offentliga ideologi. Vi kan acceptera den eller inte, men det är en annan sak. Faktum är att det finns en sådan ideologi också i pluralistiska samhällen. (Jfr Ross op cit kap 14.)

3.2 Värderingar och fakta

Denna gränsdragning kan inte genomföras då allt vetande har implicita värderingar och målsättningar, som ovan påvisats. (Jfr Kelsen op cit kap II, 10-12.)

3.3 Att utvidga juridiken

Den moderna juridiken utgår ifrån antagandet att samhällsvetenskaperna ger kännedom om fakta och politiken definierar värderingar. Genom politiskt beslutsfattande bildas därav samhällets gällande normer som juridiken har att systematisera och tolka.

Enligt det ovan sagda ser verkligheten annorlunda ut. Genom kunskapen om fakta har vi redan implicita värderingar och målsättningar med. Gällande rättsregler är för det mesta beroende av det vetande som anses giltigt i samhället. Det är inte juridiska normer som utgör grunden för samhällsordningen, utan vetandet och åskådningar om verkligheten som anses vara riktiga. För att förstå samhällets ordning och dess grunder är det därför väsentligt att gällande rättsregler granskas mot bakgrunden av detta vetande. Däremot har politikernas agerande och meningar bare en marginell betydelse.

Som man kan se, riktas kritiken närmast mot den moderna juridikens betoning att normerna utgör sin egen autonoma värld, det vill säga att den moderna juridiken vill ha sitt eget specifika område där bara specialister (jurister) kan röra sig. Specialiseringen i denna bemärkelse är utomordentligt farlig för juridiken. Rättsreglerna sysslar numera mer och mer med sakförhållanden som är mycket invecklade. Om vi inte följer med i utvecklingen genom att skaffa oss kunskaper om de saker som regleras med juridiska normer kan vi inte heller säga någonting om de normer som reglerar nämnda sakförhållanden. Detta leder till att juridiken är användbar i allt mindre omfattning. Det är, logiskt nog, specialiseringens påföljd.

Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna*

Av Thomas Wilhelmsson

1. Rättssäkerhet i formell och materiell mening

Rättssäkerheten är det tema som jag här ombetts analysera. Problematiken kan angripas på olika sätt; jag har föredragit att diskutera vilken betydelse olika syner på rättssäkerheten har för rättsvetenskapen. Detta innebär, att jag egentligen kommer att tala långt mer om rättsvetenskapen (med särskild tonvikt på mitt eget område, civilrätten) än om rättssäkerheten.

Diskussionen kan lämpligen inledas med ett längre citat från den svenska generalklausulutredningen (= *Jan Hellner*), som, naturligt nog, fann skäl att ta upp frågan om rättssäkerhet till diskussion. Bristande rättssäkerhet anförs ju av tradition som ett huvudargument mot införandet av nya skälighetsregler såväl i civilrätten som annorstädes. Utredningen anför (SOU 1974:83 s. 127 f.):

»Utredningen vill i detta avseende till en början framhålla, att den betraktar införandet av ökade möjligheter att tillämpa en generalklausul som ett viktigt rättssäkerhetsintresse. Villkor, som lägger all makt vid tvist i den överlägsna partens hand eller som inte är avsedda att tillämpas enligt bokstaven utan utövas med »kulans«, behöver motverkas genom en generalklausul för att den underlägsna parten inte skall vara rättslös. Även om många sådana villkor i regel tillämpas på ett godtagbart sätt, kan man inte bortse från möjligheten att de i särskilda fall utnyttjas otillbörligt av en mindre omdömesgill part. Att vara utsatt för motpartens övermakt eller godtycke till följd av avtalsvilkorens utformning är inte förenligt med rättssäkerhet. Inte heller är det ett verkligt rättssäkerhetsintresse att strikt upprätthålla ett villkor, som vid oförutsedda händelser medför opåräknade fördelar för den ena parten och en lika opåräknad förlust för den andra.

Den risk för rättssäkerheten som direktiven synes räkna med och som otvivelaktigt måste beaktas är emellertid av annat slag. Denna risk avser förutsebarheten, främst möjligheten att tillämpningen av en generalklausul medför att parter inte redan vid ingående av ett avtal kan överblicka

*) Inlägget återger i något sammandragen form författarens inledning vid ett doktorandseminarium angående rättssäkerhet vid Umeå universitet 25.9.1985.