

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.

dess ekonomiska konsekvenser för framtiden och att vid tvist utgången av en process inte kan förutses med rimlig säkerhet. Åter en gång vill utredningen emellertid betona att det kan betraktas som ett rättssäkerhetsintresse att en generalklausul kan tillämpas, även om det skulle ske på bekostnad av sådana hänsyn som nu nämnts. Skulle det vara möjligt för part med överlägsen ställning att i avtal införa generella och för motparten hårda bestämmelser samt, med hänvisning till intresset av förutsebarhet, med framgång motsätta sig jämkning av sådana bestämmelser, skulle rättssäkerheten bli lidande.»

Citatet belyser väl de två olika betydelser man kan ge rättssäkerhetsbegreppet: man kan skilja mellan ett *formellt* och ett *materiellt* rättssäkerhetsbegrepp. Man talar å ena sidan om formell rättssäkerhet i betydelsen förutsebarhet – vilken generalklausulerna antas motverka – och å andra sidan om materiell rättssäkerhet i betydelsen materiellt riktiga lösningar – vilken generalklausulerna är ägnade att befrämja.

De båda rättssäkerhetsbegreppen kunde grovt definieras på följande sätt:

- *Formell rättssäkerhet*: ökar då agentens säkerhet att förutsäga hur de rättsliga myndigheterna kommer att avgöra hans ärende ökar.
- *Materiell rättssäkerhet*: ökar då agentens säkerhet att de rättsliga myndigheterna kommer att avgöra hans ärende på ett rättvist sätt ökar.

Rättssäkerhet är ett positivt laddat begrepp. Rättsvetenskapen måste naturligtvis ha som en viktig uppgift att sträva mot rättssäkerhet. Det sätt på vilket man uppfattar det tvetydiga (eller mångtydiga) begreppet rättssäkerhet har därför väsentlig betydelse också för rättsvetenskapens frågeställningar och metod. En stark betoning av den formella rättssäkerheten leder till en annan rättsvetenskap än den som har sin grund i ett övervägande materiellt rättssäkerhetsideal.

2. Den traditionella rättsvetenskapen

Traditionellt har rätten uppfattats som ett system som domineras av en strävan mot en *alltmer precis form*. Man kunde anföra otaliga exempel på lagstiftning, som åtminstone delvis bygger på målsättningen att öka rättsordningens 'klarhet'. I de fall där man genom lagstiftningen inte anser sig kunna i tillräcklig mån medverka till uppnåendet av detta mål uttalar man åter ofta, att den ifrågavarande frågan har lämnats att lösas av rättspraxis. I motiveringarna till många generalklausuler betonar man också, att deras innehåll kommer att genom praxis fortgående preciseras. I denna tankegång är också rättsvetenskapens (rättsdogmatikens) ställning klar: rättsdogmatikens primära uppgift är att *öka rättsordningens precision*. Detta betyder m.a.o. en stark betoning av den formella

rättssäkerheten (förutsebarheten) som mål för rättsvetenskapen. Förutsebarheten ses i sig som ett centralt moraliskt värde. Den materiella rättssäkerheten är underställd den formella.

Uppfattningen att rättsvetenskapens primära funktion är preciserande har haft som konsekvens

- att rättsvetenskapen fördjupat sig i praktiska detaljproblem. De väsentliga forskningsresultat som presteras i flertalet avhandlingar, handböcker och kommentarer är tolkningsrekommendationer angående detaljfrågor. Syntetiska frågeställningar uppfattas som mindre viktiga,
- att rättsvetenskapen specialiserats. Inom t.ex. civilrätten är kontakten mellan de olika delarna av rättsområdet i dag svag. Den allmänna bilden av civilrätten har trängts i bakgrunden.

Åtminstone beträffande civilrätten (men förmodligen också beträffande andra områden) kan man sålunda påstå att rättsvetenskapen som specialiserad och överpraktisk håller på att förlora helhetsbilden av sitt rättsområde. En sådan helhetsbild är emellertid en nödvändig förutsättning för en balanserad utveckling av rättsvetenskapen, där behovet av både formell och materiell rättssäkerhet beaktas. Koncentrerar man sig blott på enskilda frågor kan behoven av förutsebarhet och av nya materiella lösningar sammanvägas endast *ad hoc*, utan någon (i vidsträckt mening) vetenskaplig grund. Eller med andra ord (vilket må framhållas första gången redan nu): de allmänna lärorna och forskningen kring dem bör rehabiliteras.

3. Förutsebarheten som legitimering av rättsvetenskapen

Den formella rättssäkerheten fungerar inte blott som mål, utan även som legitimeringsgrund för rättsvetenskapen. Rättsdogmatikens existensberättigande har ofta motiverats just med hänvisning till värdet av formell rättssäkerhet (se t.ex. *Peczenik*, SvJT 1982, s. 618 f.). Detta ter sig dock som en orealistiskt grundad legitimation. Den rättsdogmatiska argumentationen riktar sig ju i första hand just mot fall där resultatet är oklart och lösningen svår att förutse. I sådana fall har emellertid rättsvetenskapen knappast i väldigt hög grad bidragit till förutsebarheten: har flera rättsvetenskapsmän fördjupat sig i samma problem är det (litet karrikerat) snarare en huvudregel än ett undantag att de kommit till olika resultat.

Under senare år har det dessutom skett förändringar i själva rättssystemet som gör det allt svårare att motivera behovet av en rättsdogmatik huvudsakligen med hänvisning till värdet av rättslig förutsebarhet. Ur ett civilrättsligt per-

spektiv är det skäl att uppmärksamma två slag av förändringar i den regleringsmodell som utnyttjats:

- (i) *Förändringar i lagstiftningsteknik.* Den civilrättsliga regleringen förverkligas i allt högre grad med hjälp av elastiska rättsnormer som ger domstolarna en vidsträckt prövningsrätt. Det kanske mest extrema exemplet på en sådan regleringsmodell utgör konsumentskyddslagstiftningen i de nordiska länderna, där de centrala reglerna är mer eller mindre fullständigt öppna general-klausuler.

En forskning enligt de linjer som utstakats av det traditionella paradigmet lämpar sig illa för ett område som reglerats på detta sätt. Rättsvetenskapen varken kan eller bör i detta fall eftersträva precisa ställningstaganden, hur alla de fall forskaren kan hitta på bör lösas. Ju mer elastiskt en viss fråga har reglerats, desto mer har rättsvetenskapen förvandlats till en argumentkatalog: »vid tillämpningen av normen N bör man beakta omständigheterna A, B, C ... samt kan man därtill fästa avseende vid omständigheterna D, E, F ...«. I en sådan situation växer av nödtvång skillnaderna mellan rättsdogmatiken och rättslig praktik. Domaren skall lösa de enskilda fallen med beaktande av alla *in casu* föreliggande omständigheter, medan rättsdogmatikens uppgift blir att skissera upp de allmänna linjerna. Naturliga forskningsobjekt blir de *värden och mål* (= allmänna läror), som ligger bakom praxis.

- (ii) *Förändringar i lagstiftningstakt.* Den civilrättsliga lagstiftningstakten är i dag en helt annan än under tidigare år. Medan normer från 1734 års lag kunnat vara »i kraft« i över 250 år är den förväntade livslängden för nya civilrättsliga stadganden i dag ofta kanske blott ett decennium. Också detta gör naturligtvis värdet av preciserande rättsvetenskaplig kunskap mindre. Resursmässigt är det helt enkelt inte lyckat att ägna en diger forskning åt tolkningen av ett enskilt stadgande om det kan förväntas upphävt eller ändrat inom ett begränsat antal år. Också detta medför att blickarna i allt högre grad borde riktas mot det som förväntas binda samman regelmassan: de allmänna lärorna.

Den antydda utvecklingen är naturligtvis inte speciell för civilrätten. På många andra områden, såsom arbetsrätten, miljörätten och socialrätten, kommer den förmodligen ännu klarare till synes. Inom en sektor av socialrätten utdömer sålunda t.ex. *Anna Christensen* rättsdogmatiken (varmed hon uppenbarligen avser en traditionell, av det formella rättssäkerhetsidealet dominerad rättsdogmatik) på följande sätt (Avstängning från arbetslöshetsersättning, Lund 1980 s. 17):

■ »Dessa grundläggande förutsättningar för rättsdogmatisk verksamhet existerar inte på socialrättens område i dag. Rättsreglernas funktion är inte att lösa enstaka individkonflikter på ett ur normativ synpunkt riktigt sätt, utan ett »medel att förändra samhället«, d.v.s. ett statligt verktyg för att

omfördela makt och resurser mellan olika medborgargrupper och att styra befolkningens handlande. Regelsystemet är inte stabilt. Det måste vara flexibelt och kunna anpassas till snabba förändringar i samhället och kriser av olika slag, t.ex. ungdomsarbetslösheten. Staten har ett vitalt intresse av att regelsystemet fungerar som ett flexibelt styrinstrument. Den rättstillämpande organisationen är inte juristdominerad, i vart fall inte i första instans. Och det är det som är den viktigaste nivån. Redan mängden av ärenden i första instans gör »den juridiska metoden« otänkbar.«

4. Rättssäkerhetsjuridik – styrningsjuridik

Ur ett mer generellt perspektiv beskrivs liknande drag i utvecklingen av *Thomas Mathiesen* i ett av de senaste numren av *Retfærd* (nr. 28, s. 12 ff.). Han talar om att den traditionella individ- och rättighetsorienterade *rättssäkerhetsjuridiken* har fått bereda plats för något som han kallar för en *styrningsjuridik*, vilken är systemorienterad.

Tendensen mot en styrningsjuridik kommer enligt Mathiesen till synes åtminstone på tre olika sätt:

- (i) Rättsreglerna håller på att ändra karaktär från metodinriktade till resultatorienterade regler, samt – något som jag nyss var inne på – från bindande till mindre bindande regler. Man inriktar sig alltmer på målstyrning.
- (ii) Det har skett en öppning av rättssystemet i riktning mot en användning av rättskällor av mer erkänt politisk karaktär. Denna iakttagelse av Mathiesen är uppenbarligen parallell med påståenden om förändringar i de rättsliga argumentationsstrukturerna som framställts av andra författare: som exempel må nämnas *Lars D. Eriksson*, som beskriver hur den »subsumtionslogiska argumentationsmodellen« håller på att trängas undan av »målrationala« och »behovsrationella« modeller (Marxistisk teori och rättsvetenskap, Helsingfors 1980 s. 108 f.).
- (iii) Juridiken fusioneras med andra samhällsvetenskapliga områden. Det skapas nya utbildningsvägar som innehåller både juridiska och icke-juridiska element.

Utvärderingen av denna utveckling är här av speciellt intresse. Medan Eriksson talar för strävandena att utveckla en behovsrationell argumentationsmodell betraktar Mathiesen utvecklingen snarast som *negativ*. Ju mer man öppnar rättssystemet, desto större möjligheter får enligt hans uppfattning de resursstarka grupperna att utnyttja rättssystemet för sina egna syften. Styrningsjuridiken blir därigenom ett ännu effektivare instrument än rättssäkerhetsjuridiken att undertrycka de svagare grupperna i samhället. Man borde därför arbeta på ett återupprättande av rättssäkerhetsjuridiken som ett defensivt medel för försvaret av de utsatta grupperna.

■ Det ultimära målet, »det gode samfunn«, kan dock enligt Mathiesen naturligtvis inte uppnås med sådana medel. Detta mål ligger bortom den juridiska horisonten. Uppgiften för den kritiske juristen blir i detta perspektiv först och främst att avslöja hur juridiken fungerar i samhället.

Söker man tolka Mathiesen i relation till vårt tema förefaller också han betona värdet av den formella rättssäkerheten på bekostnad av den materiella. Skälet härtill är att de resursstarka grupperna i samhället kan utöva ett större inflytande över definieringen av innehållet i den materiella rättvisa på vilken den materiella rättssäkerheten bygger.

På det rättsdogmatiska planet kan man likväl inte bortse från den utveckling som skett. Tendenserna mot ett öppnare och mer flexibelt normeringsmönster har ju, som ovan noterats, medfört att den traditionella, enbart precisionsinriktade rättsdogmatiken delvis förlorat sin legitimationsgrund. De nya, på materiell rättssäkerhet byggande elementen i rättsordningen är snarare behovsrationellt än subsumtionslogiskt strukturerade; en fullständig återgång till en subsumtionslogiskt orienterad formell rättssäkerhetsmodell är för rättsdogmatikens del därför inte möjlig och knappast heller önskvärd.

Målet bör vara att utveckla en rättsdogmatik som i tillräcklig mån beaktar både de materiella värden som ligger inbäddade i de behovsrationella elementen i rättsutvecklingen och det värde som kommit till uttryck i det traditionella formella rättssäkerhetsidealet. Detta kan endast ske genom en utveckling av nya begrepp och principer (d.v.s. nya allmänna läror), som reflekterar (också) behovsorienteringen.

■ Sådana nya allmänna läror kan också utgöra goda instrument för den rättskritik Mathiesen efterlyser: ett civilrättsligt gäldsförhållande som beskrivs med hjälp av de traditionella begreppen borgenär/gäldenär uppfattas på ett helt annat sätt än om man kunde utnyttja också t.ex. begreppen bank/arbetslös som relevanta juridiska begrepp.

5. Utgångspunkter för uppbyggnaden av de allmänna lärorna

Med allmänna läror avser jag (i) den grundläggande *begreppsapparaten* och (ii) de *allmänna principerna* såväl inom rätten och civilrätten i allmänhet som också inom mer begränsade områden av rätten.

■ De allmänna lärorna är m.a.o. det som gör rätten till ett rättssystem. De allmänna lärorna och systematiseringen av det rättsliga materialet är i många avseenden olika sidor av samma sak. De allmänna lärorna – i denna mening – är alltså något som i första hand skapas av rättsvetenskapen och

det är därför också rättsvetenskapens uppgift att från tid till annan uppta dessa läror till kritisk granskning och revision.

Inom den traditionella rättsvetenskapen uppfattas rättssystemet som något (åtminstone i princip) *konfliktfritt*. Lagstiftning och rättsfall från olika tider sammanpressas av rättsvetenskapen till ett homogent system. De olika värderingar som redan p.g.a. det konkreta rättsmaterialets varierande ålder måste ligga bakom olika ställningstaganden skjuts i bakgrunden bakom det system av allmänna läror som extraherats ur materialet och som påstås återge ett allmänt accepterat juridiskt värdesystem.

Inom den kritiska (alternativa) rättsvetenskapen har man begynt ifrågasätta denna syn på rättssystemet som en konsekvent helhet – vilken naturligtvis bottnar i uppfattningen om samhället som ett organiskt helt utan (djupa) inre konflikter – och i stället framhävt rättens *konfliktfyllda* karaktär. Som exempel på arbeten av detta slag med civilrättslig anknytning kan hänvisas till *Udo Reifners* monumentala *Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherschuldung* (Darmstadt 1979) och från amerikansk rätt *Roberto Mangabeira Ungers* målande beskrivning av *The Critical Legal Studies Movement* (Harvard Law Review 1983 s. 563 ff., även beskriven av *Pöyhönen* i *Retfærd* 28 s. 83 ff.).

När man talar om motsättningar inom rätten är det inte eventuella juridiskt-tekniska konflikter mellan konkreta normer som står i centrum för intresset. Vad som i högre grad är av intresse här är insikten att olika element av det konkreta rättsmaterialet (enskilda lagparagrafer, rättsfall o.s.v.) kan ge uttryck för etiska, samhällsfilosofiska och samhällspolitiska utgångspunkter som står i strid med varandra. Detta står i samband med rättens samhälleliga natur: då rätten utvecklas som en resultant av vid varje tidpunkt rådande (motstridiga) sociala intressen och intressekombinationer, är det naturligt att den avbalansering av intressena som vid en tidpunkt petrifierats i ett konkret rättsligt material inte nödvändigtvis är densamma som kommer till uttryck i material från en annan tidpunkt.

Denna iakttagelse är av väsentlig betydelse då det gäller utformningen av de allmänna lärorna i rätten. Endast i den mån det konkreta rättsmaterialet inom ett rättsområde bygger på ett enhetligt värdesystem är det möjligt att bygga upp ett system av allmänna läror som på ett objektivt sätt avspeglar hela detta material. Är däremot – som ovan hävdats – motstridiga värderingar företrädda i de lagar, rättsfall o.a. rättskällematerial som rättsvetenskapsmannen har att utgå från, förutsätter uppbyggnaden av ett system (allmänna läror) alltid ett val: vilka värderingar skall upphöjas till huvudprinciper och vilka skall uppfattas blott som undantag från huvudregeln? Analysen hos de nämnda företrädarna för den alternativa rättsdogmatiken utmynnar också i ett krav att man ur de tidigare undantagen till huvudreglerna borde extrahera nya huvudregler. Målet är ett

slags »principväxling«: i den mån det ter sig samhälleligt befogat vill man låta huvudreglerna och undantagen byta plats.

Som sådan utgör givetvis en principväxling inte något själv ändamål. Ett centralt problem för en rättsvetenskapsman som strävar till en förnyelse av de allmänna lärorna – och som inte är anhängare av en totalt lineär utvecklingslära, där varje nytt steg i utvecklingen med nödvändighet representerar något modernare och därför bättre än det tidigare – är därför att ta ställning till i vilka fall en sådan förnyelse är samhälleligt befogat. Detta val, som inte kan företas med stöd av enbart inomrättsliga kriterier, är i sista hand politiskt. Kriterierna för uppbyggnaden av de allmänna lärorna sammanhänger alltid i någon utsträckning med forskarens samhällssyn (som naturligtvis kan och bör grundas på en vetenskaplig samhällsanalys) och med hans uppfattning om vilka samhällsgruppers intressen rättsordningen kan och bör skydda.

För en kritisk jurist måste målet naturligtvis vara att utveckla allmänna läror som bättre tillgodoser de resurssvaga gruppernas behov.

6. De allmänna lärornas utvecklingsnivå

De allmänna lärorna kan fylla olika funktioner i rättsutvecklingen. Betraktas de allmänna lärorna från en given utgångspunkt (t.ex. utgående från hur rättsordningen tillgodoser de resurssvaga gruppernas behov) kan man grovt schematiskt placera in olika allmänna läror i tre grupper:

- (i) I de allmänna lärorna har man inte registrerat de förbättringar som skett i det konkreta rättsmaterialet, i lagstiftning och rättspraxis. Sådana läror kan fortleva i kraft av traditionen utan att längre ha någon tillräcklig förankring i nyare rättsligt material. Läror fungerar i ett sådant fall som *bromsar för rättsutvecklingen*. Ett krav på principväxling framträder här som naturligt t.o.m. ur den traditionella rättsdogmatikens synvinkel.
- (ii) De allmänna lärorna kan också på något område ligga någorlunda *i takt med rättsutvecklingen*. Det föreligger inte någon klar konflikt mellan det konkreta rättsmaterialet och de allmänna lärorna. Detta utesluter likväl inte att det råder en anomali i relationen mellan de allmänna lärorna och samhällsutvecklingen. Läget kan vara sådant att varken merparten av det konkreta rättsmaterialet eller de allmänna lärorna tillhandahåller sådana lösningar på samhällsproblemen som kan anses tillfredsställande i skenet av samhällsförhållandenas utveckling. De allmänna lärorna avspeglar inte de *möjligheter* till rättsutveckling (se nedan) som det ifrågavarande samhällets utvecklingsnivå skulle erbjuda.

Då det konkreta rättsmaterialet i normala fall blott punktvis avspeglar dessa utvecklingsmöjligheter (rätten släpar efter samhällsutvecklingen) är

det naturligt att den traditionella, skenbart värderingsfria rättsdogmatikens allmänna läror i regel måste stanna på den här beskrivna utvecklingsnivån (ii), i den mån de inte bör hänföras under grupp (i). Riktad mot rådande allmänna läror är därför den vanliga kritik, enligt vilken de allmänna lärorna utgör ett hinder mot nydaningar, ofta träffande.

- (iii) De allmänna lärorna kan emellertid mycket väl också fungera som *föregångare för* (den eftersträvade) *rättsutvecklingen*. Man söker generalisera det konkreta rättsmaterialet så att systemet av allmänna läror pekar mot framtiden. Vid uppbyggnaden av sådana allmänna läror befinner sig det *samhälleligt möjligas* kategori i en central ställning (se t.ex. *Lars D. Eriksson, Retfærd* 11, s. 50 ff.). De allmänna lärorna bör, för att vara praktiskt relevanta, avspegla de möjligheter till en utveckling som analysen av ifrågavarande samhälles ekonomiska och politiska utvecklingsnivå avslöjar. Samtidigt bör de, för att vara rättsliga, bygga på värderingar, som åtminstone på något sätt kommer till uttryck i det konkreta rättsmaterial som står till buds.

■ I ett historiskt perspektiv är tanken på de allmänna lärorna som föregångare för rättsutvecklingen inte alls speciellt uppseendeväckande. I tidigare skeden av rättsutvecklingen har rättsvetenskapen ofta framstått som den främsta drivande kraften. Så har t.ex. utgångspunkterna för den rådande civilrättsordningen – avtalsfrihet och ett allmänt äganderättsbegrepp – i hög grad formulerats av rättsvetenskapen.

Tanken på en framtidsinriktad rättsdogmatik har kritiserats för att den tenderar att (i alltför hög grad) legitimera det rådande (rätts)systemet. Genom att framställa de allmänna lärorna som mer framstegsvänliga (sociala m.m.) än de faktiskt iakttagna lärorna är ger man på det normativa, rättsvetenskapliga planet ett sken av att de problem som existerar i samhället lösts i större utsträckning än vad som faktiskt är fallet. Kritiken är i och för sig riktig i den meningen att all rättsdogmatisk verksamhet definitionsmässigt har en systemlegitimerande funktion: för att kunna definieras som rättsdogmatik måste verksamheten ju acceptera åtminstone vissa element av det existerande konkreta rättsmaterialet som en utgångspunkt. Å andra sidan kan man hävda att en rättsvetenskap som strävar till att skapa nya allmänna läror alltid också bidrar med redskap för en kritik av den traditionella lärobyggnaden. Den kritiske rättsvetenskapsmannen blir m.a.o. tvungen att välja sin forskningsstrategi inom ramen för en paradox, som inte är okänd heller i den övriga samhällsdebatten: *mikrokritik* kan leda till *makrolegitimation*.

7. Rättssäkerhet och allmänna läror

Rättstillämpningen sker alltid inom ramen för den kontext *rättssystemet* (de all-

männna lärorna) erbjuder. Systemet bestämmer ramarna för hur materiella rättssäkerhetsideal kan beaktas vid rättstillämpningen i komplicerade fall. Å andra sidan utgör systemet också den grund som överhuvudtaget gör ett formellt rättssäkerhetsideal tänkbart. Detta är common sense: ett antal rättstillämpare som skulle ha att tolka en konkret rättsregel utan kännedom om det system till vilket den hör skulle knappast nå ett likartat (förutsebart) resultat.

Detta innebär: rättsvetenskapen kan bidra till en ökad materiell rättssäkerhet vid rättstillämpningen i komplicerade fall, utan att samtidigt offra kravet på formell rättssäkerhet, blott genom att utveckla nya och i förhållande till samhällsutvecklingen mer adekvata allmänna läror.

Automatiserte forvaltnings-systemer og rettssikkerhet

Av Jon Bing

1. Innledning

Forvaltningsretten omfatter de rettsregler som styrer virksomheten i offentlig administrasjon, særlig om hvordan man treffer enkeltvedtak, dvs vedtak som får direkte virkning for den enkelte borgers rettigheter og plikter. Rettsreglene tegner samtidig et slags bilde av den virkelighet som de regulerer – et bilde som ofte er utydelig, og som i juridisk litteratur gjerne bare fremtrer som forutsetninger for diskusjonen.

I norsk forvaltningsrett er det tradisjonelle bildet et kontor. Kontoret er hierarkisk organisert, og har også skrankefunksjoner – dvs at den enkelte borger kan oppsøke de saksbehandlere som behandler vedkommendes sak. Man tenker seg at saken forberedes dels ved at den enkelte borger avgir opplysninger om saken, og dels ved at det i forbindelse med saken innhentes opplysninger på saksbehandlerens initiativ. Slike opplysninger innhentes dels fra arkiv eller registre i eget eller annet organ (som f eks skal bekrefte eller supplere opplysninger om inntekt, sykdommer, eiendomsforhold mv), dels ved at det iverksettes undersøkelser (f eks gjennom politi eller sosialkontor).

Situasjonen er tradisjonelt preget av papirarbeid og mer rutinemessige, juridiske beslutninger som treffes av saksbehandlere som bare unntaksvis har formell juridisk utdannelse. Forvaltningsretten bringer enkeltvedtaket i fokus, og ser på saksforberedelse, partenes rettigheter mv i forbindelse med dette vedtaket.

Dette bildet er – som sagt – sjelden beskrevet direkte, det fremtrer gjennom forutsetninger og eksempler. Bildet er heller ikke uriktig, det er bare misvisende. Det må suppleres med et annet bilde, som viser hvordan en moderne masseforvaltning fungerer. Som eksempel på dette, kan man ta utgangspunkt i den norske bostøtteordningen.

Bostøtteordningen har grunnlag i et plenumsvedtak av Stortinget. Det skal gi bidrag til bestemte husstander, hvor husstandens medlemmer og boligen fyller visse krav. Tilhører man den type husstand som kommer i betraktning, tar man utgangspunkt i inntekt og i forskjellen mellom »rimelige« og »faktiske« bo-