

Kvinnorätten och lagpositivismen

Av Anna Christensen

Den etablerade juridiska doktrinen inställning till kvinnorätten är ambivalent. Den allmänna inställningen är visserligen att »kvinnorätt« som ett särskilt rättsområde bör accepteras på samma sätt och av samma skäl som man accepterar andra nya discipliner som tar sig an andra »svaga gruppers« juridiska ställning, t ex arbetsrätt eller invandrar rätt. Graden av acceptans varierar från en uppriktig önskan att främja kvinnorätten som ett särskilt delområde inom juridiken till en känsla av att det i dessa jämställdhetstider inte är opportunt att ställa sig negativ till kvinnorätt. Men samtidigt finns inom den etablerade juridiska doktrinen en mer eller mindre väl dold skepsis mot den existerande kvinnorätten, mot kvinnorätten som den har utvecklats och nu framträder vid de juridiska fakulteterna. Den existerande kvinnorätten är inte tillräckligt »vetenskaplig« eller tillräckligt »juridisk«. Kritiken för bristande juridisk vetenskaplighet framförs inte officiellt och generellt men den finns där i samtalen man och man emellan och den slår igenom i konkreta fall, där frågan om vad som skall och vad som inte skall räknas som juridisk vetenskap ställs på sin spets, t ex vid en sakkunnigbedömning inför en tjänstetillsättning. Den konkreta händelse jag främst har i tankarna är tillsättningen av en professur i socialrätt i Oslo för några år sedan, där en av de sökande, kvinnorrättsaren Tove Stang Dahl, förklarades inkompetent.

Även om kritiken för bristande juridisk vetenskaplighet inte framförs på ett samlat och öppet sätt har den ett någorlunda bestämt innehåll: För det första är kvinnorätten alltför »subjektiv«, alltför »politisk«, alltför upptagen av »värderingar«. Allt detta betraktas som ovetenskapligt. För det andra är kvinnorätten alltför »sociologisk«. Den ägnar sig alltför mycket åt verkligheten och alltför lite åt normerna, som – all tvärvetenskaplighet till trots – dock anses vara juridikens egentliga kunskapsområde. Verkligheten kan vara en tilläggsmerit, men inte mer. För det tredje är kvinnorätten alltför tvärvetenskaplig även på det inomjuridiska planet genom att den i så stor utsträckning ägnar sig åt att sammanställa stoff från olika specialiserade rättsområden och därvid inte behandlar de särskilda rättsfrågorna med tillräcklig grundlighet. Den försummar delarna för hel-

hetens skull i stället för att – som brukligt är – försumma helheten för delarnas skull och hoppas att helheten ändock skall komma till stånd på en annan nivå. För det fjärde – och detta är kanske det viktigaste – går denna kvinnorrätts upptagenhet av politik, värden och verklighet ut över det som är och måste vara rättsvetenskapens huvuduppgift, nämligen att fastställa innehållet i gällande rätt. Tove Stang Dahl skulle ha blivit kompetensförklarad den gången om hon bara hade kunnat visa upp ett par hundra sidor vanlig rättsdogmatik.

Kritiken är rättvisande som en beskrivning av den existerande kvinnorätten eller åtminstone stora delar av den. Kvinnorätten erkänner öppet sina förbindelser med kvinnorörelsen och politiken i övrigt. Grundvärden som rättfärdighet och frigörelse ingår i den centrala begreppsbyggnaden. Det är sant att kvinnorätten i relativt liten utsträckning ägnar sig åt specialiserade rättsdogmatiska undersökningar.

Frågan är emellertid i vilken mening detta gör kvinnorätten ovetenskaplig eller ojuridisk. För att kunna besvara den frågan är det nödvändigt att se närmare på den etablerade rättsvetenskapens egen »vetenskaplighet«, eller bättre – juridikens kunskapsstruktur.

Juridiken har en ålderdomlig kunskapsstruktur. Det låter nedvärderande, men så är det inte menat. Den nedvärderande klangen hänger samman med två moderna grundföreställningar om vetenskap. Den ena är föreställningen om enhetskunskapen, enhetsvetenskapen. Endast den kunskap som har en viss form, den form som föreskrivs i den moderna naturvetenskapen, är riktig kunskap. Olika vetenskaper handlar om olika delar av verkligheten, men de skall ha samma grundläggande kunskapsstruktur. Det som är vetenskapens objekt skall behandlas på ett visst sätt. Redan detta att juridiken har en *särskild* kunskapsstruktur gör den alltså dubiös. När sedan denna kunskapsstruktur beskrivs som ålderdomlig blir det ännu värre. Det hänger ihop med den andra grundföreställningen, nämligen att utvecklingen, i vart fall kunskapsutvecklingen, hela tiden går framåt så att gammal kunskap alltid är sämre än ny kunskap och att en äldre kunskapsstruktur alltid är sämre än en nyare.

Jag är inte beredd att acceptera dessa båda grundföreställningar, varken enhetskunskapen eller utvecklingstanken. Därför säger jag helt neutralt att juridiken har en ålderdomlig kunskapsstruktur. Med detta menar jag ingenting annat än att juridiken är en gammal vetenskap, som har fått sin grundläggande kunskapsstruktur i samhällsformer som hade en annan syn på kunskap än den samhällsform vi lever i.

Man finner åtminstone tre ålderdomliga drag i den juridiska kunskapsstrukturen. Juridiken skiljer för det första inte mellan vara och böra eller mellan kunskap och värderingar, som det numera heter, och den framställer sin kunskap i en *normativ form*. Detta sistnämnda uttrycker man numera så att juridiken *bara* handlar om normerna och inte alls om den s k verkligheten, som i stället andra

vetenskaper, t ex rättssociologin fått ta hand om. Detta tror jag är en felaktig och historiskt naiv uppfattning om juridikens kunskapsstruktur. Sant är att juridiken har fått sin kunskapsstruktur i samhällsformer där kunskapen samlades in inom ramen för ett överordnat normativt system och där den insamlade kunskapen *uttrycktes* i en normativ form. Men det betyder inte att det inte samlades in någon kunskap. Teologin och den katolska kyrkan med sin omfattande fältorganisation av biktfäder för att inte tala om inkquisitionen samlade in en omfattande kunskap om samhället och människan. Detsamma gjorde juridiken. Men juridiken liksom teologin formulerade de insamlade kunskaperna i en normativ form. Juridiken säger t ex inte, att vi nu genom våra undersökningar kommit fram till att människor ofta ljuger när de har egna intressen att försvara. I stället formuleras denna erfarenhet i normativ form, som regler om hur processen skall föras. Den centrala civilrätten är inte några normativa konstruktioner uppfunna av juristerna eller lagstiftaren utan i stort sett en kodifiering av människors praktik i en normativ form, en praktik som juridiken naturligtvis har studerat även om man inte gör något stort nummer av själva studiet. Jag är rätt övertygad om att juridiken har samlat in lika mycket kunskap om samhället och människan som de moderna samhälls- och människovetenskaperna, men juridikens kundskap räknas inte längre för den har fel form, den normativa formen. Juridiken säger mot bakgrund av sin kunskap om samhällseliga och mänskliga förhållanden; Gör si och inte så! En modern vetenskap som t ex nationalekonomi uttrycker sig inte på det sättet utan säger i stället: Gör ni si blir det en förskräcklig inflation, gör ni så får vi ekonomisk stabilitet. Men gör för all del som ni vill! Det är en fråga om värderingar som vi i vår egenskap av vetenskap inte kan lägga oss i. Men är skillnaden i grunden så stor. Är det inte mer en skillnad i form?

Det normativa i juridiken ligger inte bara i den normativa formen. Juridiken är inte bara en kodifiering i normativ form av den mänskliga praktiken som den faktiskt gestaltar sig. Normens innehåll influeras också av föreställningar om att det ovanför praktiken, som den faktiskt gestaltar sig, finns normer som säger hur den borde vara. Man ser det redan i begreppet gällande rätt. Om normen inte tillämpas, som verkligheten försvinner, är normen inte längre gällande rätt. Men också det omvända gäller. Även om rättssystemet faktiskt tillämpas på ett visst sätt, kan det hända att det inte erkänns som gällande rätt, därför att det strider mot ett värde som uppfattas som överordnat den mänskliga praktiken. Man ser också denna sammansmältning av verklighet och värde i hur juridiken behandlar ett begrepp som sedvänja. Sedvänjan, d v s den mänskliga praktiken, är på de flesta rättsområden en självständig rättskälla, men man erkänner den inte om den uppstått på ett sätt som står i strid med vissa överordnande normer. Man erkänner t ex inte ensidigt formulerade standardkontrakt som sedvänja hur allmänt tillämpade de än må vara. Sammansmältningen av verklighet och värde framträder också tydligt i bonus pater familias-begreppet. Bonus pater familias

har två konstitutiva egenskaper. Han är vanlig och han är god. Han är både verklighet och värde. – I själva verket finner man samma sammansmältning av verklighet och värde även inom andra mer moderna vetenskaper. Begreppet frisk inom den kliniska medicinen – en motsvarighet till bonus pater familias inom juridiken – kan beskrivas som en sammansmältning av det normala och det ideala, men värdet döljs här under det till synes värdeneutrala begreppet frisk.

På det officiella planet innehåller den moderna, positivistiska vetenskapen inte några värden. Den behandlar verkligheten endast som den är – som den kan iakttagas med våra sinnen. Och »rättskänslan« är inte något sådant sinne. En del av förklaringen till detta avståndstagande från värden är naturligtvis att naturvetenskapen fått bilda mönster för andra moderna vetenskaper. En annan del av förklaringen är insikten om eller uppfattningen att värdena är så instabila. De kallas inte längre för värden utan för värderingar, och redan av det nya ordet kan man höra hur flyktiga de är, att de kan ändras från den ena dagen till den andra och variera från den ena människan eller den ena kulturen till den andra. Om värdena skall vara en del av kunskapsutvecklingen måste det finnas ett mer beständigt värdesystem. Ett sådant värdesystem hade juridiken i naturrätten, i föreställningen om ett givet, bestående värdesystem ovanför den mer tillfälliga och bristfälliga mänskliga praktiken. Den specifika juridiska kunskapsstrukturen förutsätter visserligen inte existensen av en för evigt bestående naturrätt, men väl att det finns värden som har en viss beständighet och intersubjektivitet, att det finns en kultur.

Det andra ålderdomliga draget i juridiken är att det inte är någon specialiserad vetenskap. Juridikens form och kunskapsstruktur uppstod före den vetenskapliga arbetsdelningen och specialiseringen, närmast som en gren av filosofin. Det var ett samhälle där man ansåg att den väsentliga kunskapen om världen och livet kunde finnas samlad hos en och samma människa och där den gode domaren följaktligen kunde döma i alla mål, från vårdnadstvister till spionmål. Föreställningen om denna breda kompetens finns fortfarande kvar i den formen att juristutbildningen och juristkarriären inte är specialiserade och i föreställningen att ett gott omdöme kan ersätta specialiserade kunskaper.

Det tredje ålderdomliga draget i juridikens kunskapsstruktur är inifrånperspektivet, praktikanknytningen och den starka betoningen av det konkreta fallet. Enligt den moderna vetenskapsuppfattningen är forskaren skild från sitt objekt. Han skall bara registrera vad som händer, får inte delta i verksamheten, får inte påverka eller låta sig påverkas. Detta gäller inte och har aldrig gällt inom juridiken. Rättsvetenskapen deltar själv i den verksamhet den studerar, innehåller i och utvecklingen av gällande rätt. Den juridiska forskningen är i själva verket ett slags aktionsforskning. Detta är öppet erkänt i själva rättskällevärdet, där doktrinen, som har till uppgift att undersöka rättskällorna, själv utgör en rättskälla. Doktrinen är visserligen en rättskälla av ganska låg rang, men den låga

rangen hänger inte samman med några moderna föreställningar om vetenskapens objektivitet utan med juridikens starka betoning av praktiken. Man tror inte riktigt på den teoretiska utsagan. Man tror på den först när den har prövats i praktiken, inte experimentellt utan i det levande livet, i ett verkligt konkret fall. Teori och praktik flyter ihop, men praktiken, tillämpningen, anses mera vederhäftig än den abstrakta teorin och står högre i rättskällevärdens rangordning. Inom juridiken är det praktikens män – för hittills har de ju varit män – som är de mytiska figurerna, den rättvise domaren, den gode domaren och också den stridbare försvarsadvokaten, men *inte* den geniale rättsvetenskapsmannen. Inom den moderna vetenskapen är det tvärtom. Där är det vetenskapsmannen som är den mytiske figuren. De som tillämpar de tekniker och de metoder som vetenskapen utvecklat är utbytbara och ointressanta funktionärer utan självständig betydelse för utvecklingen.

Betoningen av praktikens betydelse innebär också en betoning av det konkreta fallet, det unika i varje fall. Man litar inte riktigt på, att den abstrakta normen skal kunna fånga in det verkliga livets mångfald och variation. Högsta rätt är högsta orätt, heter det. En norm måste alltid tillämpas med omdöme. Längst i den riktningen går den anglosaxiska rättstraditionen, där man länge vägrade att uppställa några generella normer. Även på denna punkt är skillnaden jämfört med det moderna vetenskapsidealet slående. Den moderna vetenskapen sysslar *endast* med de förlopp som ständigt upprepar sig. Det unika och det konkreta är utdefinierat som ovetenskapligt.

Vad hände nu med denna gamla vetenskap när den moderna, värderingsfria, specialiserade och objektiva vetenskapen började tränga igenom och bli den tongivande kunskapsformen. Till en början hände ingenting. Juridiken hade inga problem med den moderna naturvetenskapen. Den hotade kyrkans världsbild, men inte juridikens. Den väletablerade juridiken med sina stabila förbindelser till administrationen stördes till en början inte heller av Comte, positivismen och sociologin. Men den nya verkligheten och den nya kunskapsstrukturen började tränga sig på. Utvecklingen inom rättsteorin under de senaste 100-150 åren kan beskrivas som en utveckling, där en gammal vetenskap försöker anpassa sig till den nya kunskapsstruktur som har vuxit fram inom de nya vetenskaperna och som börjar prägla hela kulturen. Det var först och främst rättspositivismen, den gren av rättspositivismen som brukar kallas lagpositivism. Positivistisk i ordets vanliga mening var den egentligen inte alls. Den hade mycket lite gemensamt med Comtes positivism och positivismen inom de nya samhälls- och människovetenskaperna. Den handlade inte om den s k verkligheten utan bara om normerna. Huvudpoängen med rättspositivismen var att ta död på föreställningen att det utanför och ovanför den världsliga lagen fanns andra värden, som också tillhörde det juridiska kunskapsområdet. Den angrep föreställningen att det kunde finnas en naturrätt och att det s k allmänna rättsmed-

vetandet var någonting att räkna med. Den var inte mindre mytologisk eller idealistisk än naturrätten, men den ersatte de mytiska föreställningarna om en av Gud given naturrätt och föreställningen om ett allmänt rättsmedvetande med föreställningen om Statsviljan och Fursten. Numera kallar vi Statsviljan och Fursten för Lagstiftaren, men det väsentliga kvarstår, nämligen föreställningen att juridikens kunskapsområde är begränsat till att tolka denna överordnade statsvilja. Realiteten bakom den nya mytiska föreställningen är att juridiken underordnar sig administrationen och överger sin anknytning till *andra* värden.

Om man inte längre får ägna sig åt värden, får man i stället ägna sig åt att analysera värdeneutrala begrepp och bygga system. Begreppsjurisprudensen och vissa former för systembyggeri, t ex Kelsens rena rättslära, hade vissa ytligheter med begreppssystemen och teoribyggandet i de moderna vetenskaperna. Likheter stannade dock på det ytliga planet, eftersom de juridiska teorierna har ett sådant innehåll och en sådan karaktär att de aldrig kan prövas experimentellt. I stället kunde man med hjälp av begreppen och systembyggeriet skapa ett pålitligt, centralistisk uppbyggt administrativt normsystem, där svaret på de konkreta frågorna faller ut automatiskt utan att man behöver gå in på just de konkreta frågorna. Lagpositivismen innebär också en förskjutning från praktiken till teorin, från det konkreta till det abstrakta, från det enskilda fallet till den abstrakta normen.

Men detta räcker inte för att göra juridiken eller rättsvetenskapen, som den nu gärna kallar sig, vetenskaplig i modern mening. Ännu saknas den analys av kausalsamband som utgör en så central del av den moderna vetenskapen och som gör det möjligt att ställa prognoser om framtiden. Alf Ross' prognosteorier var avsedda att bota denna brist. Enligt Ross' prognosteorier består rättsvetenskapens uppgift i att göra prognoser om hur domstolarna kommer att döma i olika mål. Därmed upphävs det inifrånperspektiv som har präglat även den mer teoretiskt inriktade delen av juridiken. Vetenskapsmannen drar sig undan och gör sig till en objektiv iakttagare av verkligheten. Han deltar inte längre i praktiken, han bara studerar den. Praktiken degraderas till ett lagbundet handlande som kan förutsägas av vetenskapen. Domaren görs till en automat.

Det hårdaste slaget mot juridikens värdebundenhet här i Norden var Uppsala-skolan med namn som Hägerström och Lundstedt. Värden och värderingar var metafysik och metafysiken skulle rensas ut ur juridiken. När man började rensa visade det sig att praktiskt taget allt som rättsvetenskapen hade sysslat med var metafysik, t o m så centrala begrepp som rättigheter och skyldigheter. Det blev ingenting kvar av den juridiska traditionen. Kvar blev bara statsmakten – och så nyttan. Även juridiken skulle inordnas i den värld av mål medelrationalitet som präglar den moderna vetenskapen. Lagstiftningen skulle inte längre vara ett uttryck för någon rättvisa eller några värderingar utan endast ett medel att uppnå vissa bestämda mål. Normen förvandlades till en teknisk norm och förlorade

därmed sitt egenvärde.

Detta om vissa linjer i den teoretiska utvecklingen. Men har de trängt igenom i praktiken, i utbildningen, i rättstillämpningen. Den juridiska praktiken är en trög struktur som inte uten vidare förändras därför att teorin förändras. Men även praktiken *har* förändrats. Lagpositivismen har i stort sett trängt igenom. Även praktiken har underordnat sig administrationen och erkänner inga andra värden än dem som administrationen erkänner. Alla studenter får lära sig att vad de gör och skall göra är att tolka lagstiftarens vilja. Rättskälleläran förändras, om än långsamt. Nyttoresonemang och resonemang som bygger på mål medel-rationalitet tränger ut traditionella rättviseresonemang. Det tydligaste exemplet är kanske straffrätten, där rättvisesynpunkter grundade på likhetsprincipen ersatts av nyttoresonemang grundade på individualprevention och allmänprevention. Den juridiska traditionen lever egentligen kvar starkast hos allmänheten, som fortfarande räknar med att någon form av rättvisa skall skapas och att rättigheter och förpliktelser är verkliga och inte illusoriska. Jag tror inte att allmänheten har accepterat preventionen som en ledande straffrättslig princip. Allmänheten anser fortfarande att lika brott skall ha lika straff. Men det kan juridiken som vetenskap inte ta någon hänsyn till. Det är ju bara det allmänna rättsmedvetandet. Det är inte längre någon rättskälla, utan tvärtom ofta ett hinder i vägen när lagstiftaren vill genomföra förnuftiga reformer.

Har då juridiken genom att försöka anpassa sig till den moderna vetenskapen och den moderna administrationen lyckats stärka eller åtminstone bevara sin ställning inom vetenskapen och inom administrationen? Svaret är troligen Nej. Genom att anpassa sig har juridiken förlorat mycket av det som var dess centrala kunskapsinnehåll, och ändock har den på grund av hinder i den grundläggande kunskapsstrukturen inte lyckats bli en riktig modern vetenskap. När juridiken övergav, inte bara de eviga värdena utan alla värden utom lagstiftarens, blev juridiken torftig. Denna torftighet avspeglas i det kända uttalandet från en tysk rättsvetare, att ett enda ord från lagstiftaren kan förvandla hela juridiska bibliotek till makulatur. Samma sak kommer till uttryck hos t ex doktorander som är rädda för att lagstiftningen skall ändras innan de hinner bli färdiga med sin avhandling eller en professor som förklarar att det inte går att skriva i hans ämne därför att lagstiftningen ändras så ofta. Det blir helt enkelt inte mödan värt att ägna intellektuell energi åt normer som kan ändras över en natt bara därför att lagstiftaren vill det. Visst går det att intellektuellt bearbeta mer bestående värden, men detta intellektuella arbete sker numera inom andra vetenskaper, t ex praktisk filosofi. Juridiken har avhänt sig sina värden och vad fick man i stället? Jo, lagstiftarens vilja och en viss frihet att tillämpa mål medelresonemang. Det är inte tillräckligt underlag för en vetenskap.

Man skulle kunna tro att juridiken fått en starkare ställning genom den ökade regel mängden, men så behöver inte vare fallet. I själva verket har den juridiska

traditionen haft ett mycket begränsat inflytande på innehållet i den nyare lagstiftningen. Juridiken har tillkallats i efterhand för att ta sig an det »juridiska«, d v s det regeltekniska. Om själva innehållet i denna nya lagstiftning kan juridiken inte längre ha någon mening, eftersom den numera inte anses ha någon egen kunskap om verkligheten. Juridiken har inte bara avhänt sig sin värden, den har också avhänt sig verkligheten. Som jag skrev tidigare är den juridiska kunskapen en sammansmältning av varat och börtat, av verkligheten och normen, och denna kunskap uttrycks enligt den juridiska traditionen i en normativ form. Detta har förlett även juristerna själva att tro att juridiken inte kan ha någon kunskap om verkligheten.

Men det är inte bara den normativa formen som har lett till att juridiken numera inte anser sig ha någon egen kunskap om verkligheten. Juridiken får sin kunskap om verkligheten genom den juridiska praktiken, som ger en kunskap grundad på erfarenhet av olika konkreta situationer. Men den kunskap som grundas på erfarenhet och inlevelse i olika konkreta situationer räknas inte längre som giltig kunskap. Det är bara den systematiserade vetenskapliga kunskapen som räknas och den typen av kunskap utvecklas inom andra vetenskaper som t ex rättssociologin. Föreställningen att den erfarne domaren i sin dömande verksamhet kan förvärva en kunskap som sedan tillförs den juridiska traditionen strider också mot den arbetsdelning och specialisering som präglar den moderna vetenskapen. Den kunskap som krävs för att bedöma om folk talar sanning anses numera inte kunna förvärfas genom erfarenhet, utan domaren måste tillkalla en vittnespsykolog. I många typer av mål är domarens uppgift begränsad till att döma i enlighet med det sakkunnigutlåtande som föreligger i målet, t ex ett utlåtande om vem som är den lämpligaste vårdnadshavaren. Domaren sätter den juridiska stämplén på ett beslut som i själva verket redan har fattats av andra. Det är en torftig uppgift jämfört med att vara den erfarne domaren.

Att juridiken som vetenskap inte längre tror sig om att ha någon kunskap om verkligheten skapar en absurd situation. Normen är ingenting utan sin tillämpning på verkligheten och denna tillämpning förutsätter kunskap både om normen och verkligheten. Och normen och verkligheten påverkar ständigt varandra. De kan helt enkelt inte skiljas åt. Likaväl som en dom i et konkret fall förutsätter kunskap både om normens innehåll och de faktiska omständigheterna i fallet, så förutsätter juridiken som vetenskap kunskap om både normsystemet och de faktiska omständigheterna i samhället.

En juridik som avhänder sig både värdena och verkligheten blir torftig. Kunskapsunderlaget krymper ihop till nästan ingenting och uppgiften begränsas till att harmonisera och finslipa ett byråkratiskt normsystem, ett normsystem som dessutom inte har någon beständighet utan i princip kan förändras över en natt. Därför finner man ofta inom juridiken en uppgiven och ängslig stämning bakom den i regel självsäkra fasaden. Man försöker komplettera det magra kunskapsunderlaget genom tvärvetenskapligt samarbete och då särskilt med uppåt-

stigande moderna vetenskaper som ekonomi, psykologi och sociologi och inte med de kultur-vetenskaper som ligger juridiken närmare i sättet att närma sig verkligheten. Vetenskaper som teologi betraktas som fattiga kusiner från landet, som juridiken helst vill förneka släktskapen med. Men tvärvetenskapligt samarbete som innebär att ekonomin eller någon annan modern vetenskap tar hand om verkligheten medan juridiken tar hand om normerna, när alltså var och en håller sig till sitt, fungerar inte. Kunskap om förhållandet norm-verklighet förutsätter en sammansmältning av kunskapen, en sammansmältning som ännu – hoppas jag – äger rum intuitivt i den juridiska praktiken, men som den juridiska teorin nu förnekar.

Det är mot denna bakgrund i juridikens utveckling till lagpositivism man skall se den etablerade juridiska doktrinen öppna eller dolda kritik av kvinnorrätten för att inte vara tillräckligt »vetenskaplig« eller tillräckligt »juridisk«. Kvinnorrätten är nämligen inte ojuridisk eller ovetenskaplig i allmänhet. Den är ojuridisk och ovetenskaplig endast i förhållande till den insävrade lagpositivismen, inte i förhållande till den juridiska traditionen i ett längre perspektiv. Det som förefaller nytt och främmande inom kvinnorrätten innebär paradoxalt nog ett återupprättande av en juridisk tradition, som den etablerade doktrinen i sin strävan att framstå som en »modern vetenskap« försökt göra sig av med. Den centrala betydelse som kvinnorrätten tillmäter värden har stöd, inte bara i naturrättstraditionen utan i hela den juridiska traditionen. Värdena finns där hela tiden, vare sig de kallas för värden eller för »lagstiftarens vilja«. De värden som lagstiftaren vill främja må vara demokratiska i den parlamentariska meningen. Ur vetenskaplig synvinkel är de varken mer eller mindre objektiva än andra värden. Och värden kan och bör vara föremål för en organiserad intellektuell bearbetning. Kvinnorrättens anknytning till kvinnorörelsen har också stöd i juridikens traditionella aktörsperspektiv och anknytning till praktiken. Inom den etablerade doktrinen tar sig detta perspektiv uttryck i en nära samverkan med administrationen.

Kvinnorrätten försöker också återerövra verkligheten, de faktiska förhållandena, till juridikens kunskapsområde och därmed slippa ut ur den absurda situation som juridiken har hamnat i genom den moderna vetenskapliga arbetsdelningen. Värde och verklighet, norm och tillämpning hör samman och kan inte skiljas åt. Detta har varit en självklarhet i den praksiska (och pragmatiska) juridiska traditionen. Det var först i och med den moderna vetenskapliga arbetsdelningen som juridiken började tvivla på att den kunde ha någon förstahandskunskap om verkligheten och därmed hamnade i den absurda situationen att bara få ägna sig åt normsystemet. Kvinnorrättens intresse för faktiska förhållanden, helhetsperspektiven, »tvärvetenskapligheten« är i själva verket i god överensstämmelse med den juridiska traditionen.

Vetenskaperna går inte alltid framåt. En vetenskap kan också hamna i en återvändsgränd. Frågan är om inte lagpositivismen är en sådan återvändsgränd och kvinnorrätten en av vägarna ut ur denna återvändsgränd.

Utnyttjas domstolarna som konfliktreglerare?

Kommentar til Ulf Drugge

Kevät Nousiainen

I många länder har man lagt märke till samma utvecklingstendens: underrätterna handlägger allt färre civilmål – om man undantar upplösning av äktenskap. Ulf Drugge räknar i sin artikel upp en rad länder där så är fallet (Storbritannien, Norge, Tyska förbundsrepubliken, Spanien och Sverige; uppenbarligen kunde man lägga till Förenta staterna, se t.ex. Friedman och Percival 1976).

Detta gäller även för Finland. Enligt finländsk rättsstatistik har tyngdpunkten i antalet civilmål förskjutits från tvister som gäller ekonomisk omsättning till hem- och äktenskapsskilnadsmål. Före andra världskriget utgjorde fordrings- och växelmål i anslutning till lösöresköp och liknande ärenden merparten av »massmålen«, och variationerna i antalet mål berodde på de ekonomiska konjunkturen. Vid vikande och låg konjunktur ökar tvångsindrivning av gäld och fordringar. Variationerna var stora före andra världskriget. – Med hjälp av rättsstatistik får man inte (heller) i Finland veta vem som är part i målen. På basen av ett urval jag gjort av målen vid Helsingfors rådstuvurätt, förefaller det som om den typiske käranden i icke-familjerättsliga mål antingen är ett aktiebolag, ett andelslag eller en bank, medan den typiske svaranden däremot är privatperson. Detta gäller både för början av 50-talet och slutet av 70-talet. Totalantalet mål hade i slutet av 70-talet gått ned till hälften av antalet i början av 50-talet (Nousiainen 1985).

Det är fråga om en förändring, som konstaterats i olika länder, och som man försökt förklara på olika sätt. Drugge kommer till att det i sista hand är den ökade förhandlingsbenägenheten inom näringslivet och mellan intresseorganisationerna som förklarar förändringen. Enligt Drugge placerar sig dessutom juristerna numera främst utanför domstolsväsendet och dom kan föra dessa förhandlingar med hjälp av juridiska argument, utan domstolar.

Man har antagit att näringslivets förändrade karaktär bidragit till att det inte är möjligt – eller lönsamt – för integrerade parter att göra bruk av sina avtalsenliga rättigheter, utan att ta hänsyn till den andra partens reaktioner. Till exempel Stewart Macaulays klassiska framställning av de begränsningar som gäller för