

Genom juridicitetens spegel – fram och tillbaka

Av Jyrki Uusitalo

Anmälan av Hans Petter Graver: *Den juristskapte virkelighet*, 218 s, Tano A/S, Otta 1986.

1. Mot en »factual analysis« inom rättsteorin

Den framlidne australiensiske filosofen John Mackie brukade betona i sina skrifter, att det finns tre huvudformer av filosofisk analys: den begreppsliga, den epistemiska och den faktuala analysen. Han ansåg att alla tre är viktiga, men var också benägen att kritisera dem som lägger huvudvikten vid någondera av de två första på bekostnad av den tredje. Begreppslig analys studerar betydelsen av de begrepp som vi använder och vad vi avser med dem. Epistemisk analys i sin tur är intresserad av huruvida och i vilken mån vi kan veta, att våra påståenden och föreställningar är sanna eller osanna. Den typ av analys som Mackie kallar »factual analysis« är enligt hans mening en särskilt viktig dimension av forskningen, eftersom det är denna analys som ger filosofin och teoretiseringen en beröringspunkt med verkligheten. Den faktuala analysen begränsar sig ingalunda till en enkel »granskning av fakta«, utan det är fråga om en slags inlärningsprocess. När vi använder ett begrepp – vilket som helst – uppmanar den faktuala analysen oss att stanna för ett ögonblick och begrunda vad för slags saker och sakförhållanden det de facto finns och händer inom det område där vi vill använda respektive begrepp. Verklighetens sakförhållanden är inte alltid av sådan art som vi med och genom våra egna begrepp skulle anta. Vissa begrepp har bara en mycket svag förankring i verkligheten, kanske ingen alls. Dessa spännande skillnader mellan våra antaganden om världens beskaffenhet och verkligheten utgör en naturlig utgångspunkt för fördjupad forskning och omvärdering av våra antaganden – kort sagt, för kunskapens förnyelse.

Tanken om vikten av den faktuala analysen låter sig naturligt överföras också till rättsteorin. T.ex. rättsordningen omfattar en hel del andra saker vid sidan av de explicit stadgade beteende- och kompetensnormerna. Juristerna för rättsliga resonemang. Likaså gör rättssubjekten på sitt håll, då de önskar främja sina intressen inom lagens ramar. Resonemang, principer och antaganden om juridiska fakta är en del av den juridiska verkligheten. Och många så-

dana drag torde lätt förbli utom räckhåll för ett sådant rättsteoretiskt sätt att angripa problemen som bara avspeglar t.ex. den rättsdogmatiskt accentuerade rättskulturens eget ansikte genom en mer eller mindre rent begreppslig analys.

Ett av de banbrytande dragen i Hans Petter Gravers avhandling är Gravers strävan att stiga genom dylika speglar och kasta ljuset på verkliga företeelser inom det sociala fältet i skapandet av juridisk kunskap. I detta hänseende är hans verk ingalunda ensamt inom den internationella diskussionen under de senaste åren. Tvärtom: hans betoningar ansluter sig på ett intressant sätt till vissa nya särskilt Hart-baserade strömningar t.ex. i den angloeuropiska rättssteoretiska diskussionen. De mest eminenta betoningarna av sistnämnda slag började utpräglas först under den tiden då Gravers bok blev färdig för tryck. Det borde således ses som ett tecken på originalitet i hans verk, att han inom ramen för ett mestadels rättsvetenskapssociologiskt orienterat verk också förmår framlägga ett slags »kritik av det juridiska förnuftet« som har många intressanta tematiska beröringspunkter med Harts och Neil MacCormicks betoning av att rättssystemen kan förklaras och förstås som konstituerade av de sociala regler som juristerna själva både följer och skapar. Denna insikt är bäst möjlig ur vad MacCormick kallar den »hermeneutiska synvinkeln«,¹⁾ som gör det möjligt för oss att förstå reglerna och deras beskaffenhet utan att vi måste »volitionellt förbinda oss« till dessa regler. Den därmed vunna kritiska distansen i analysen garanterar att rättens sociala natur inte bara förblir en residualkategori för en »sociologisk jurisprudens«. Det är till denna vetenskapsanalytiska tradition – den faktualanalytiska traditionen om vi här använder Mackies term – som Gravers bok utgör en äkta kontribution.

I rubriken för denna anmälan vill jag också antyda en annan förtjänst i Gravers bok: efter att ha analyserat den »juristskapta verkligheten« visar Graver för läsaren också vägen tillbaka till utgångspunkten – eller snarare till en fördjupad förståelse av den juridiska »utgångspunkten«. Hans implicita antydan är nämligen, att den rättsliga verkligheten varken kan eller får »bortförklaras« som ett sociologis(tiskt) uttömt spänningsfält av människor, grupper och intressen (vilket t.ex. en analys i andan av det Bloor-Barnesiska »starka programmet« i vetenskapssociologin kanske vore benägen att hävda). Utgångspunkterna för det praktiska förnuftet och den ansvarsfulla mänskliga överläggningen i rätten återvinns snarare på en fördjupad basis. Den här betoningen i Gravers arbete är också rättsfilosofiskt viktig trots att hans utgångspunkter är mera rättsteoretiska än rättsfilosofiska (i meningen av den relativa skillnaden mellan dessa två). Det är just hans rättsfilosofiska insats som jag vill ta upp i anmälan, trots att boken sprudlar av intressanta synpunkter i rättsteoretisk realanalys. Det viktigaste i bokens rättsteoretiska betoning verkar i varje fall vara att genomförandet av den uppgift som författaren åtagit sig, dvs.

att undersöka den »sociala produktionen« av den juridiska verkligheten, resulterar i en analys av denna verklighet som en äkta *Wirklichkeit*: en helhet av mångsidiga samband mellan orsaker och verkan.

2. Juristskapade fakta och juristskapad verklighet

Verket är delat i två tämligen omfattande delar. I den första (kapitel 1-4) granskas ställningen och valet av rättskällsfakta och rättspolitiska fakta i utformningen av juridisk normkunskap. Den andra delen (kapitel 5-8) är tillägnad en analys av den »juristskapade verkligheten« i dess egentliga mening som en typisk intern ram för den juridiska diskursen. Författarens avsikt är att särskåda »hur antakelser om faktiske forhold inngår på i rettslige resonnementer. På dette grunnlag ser man på hvilken måte rettsreglene, prinsippene for rettslig argumentasjon og de oppgaver juristene og rettsreglene har, påvirker det bildet av verden som legges til grunn i rettslige fremstillinger« (inledningen, s. 18-19). Kapitel 1 tar upp olika typer av rättsligt relevanta fakta (formella fakta t.ex. om rättens giltighet, sociala sakförhållanden, tekniska orsakssamband, sociala orsaks- och sannolikhetssamband, psykosociala tillstånd). Kapitlet slutar i en tämligen kort men för arbetets huvudargument mycket viktig analys av fakta-antagandenas roll som ett element vilket på grund av sin rättsevidentiella relevans klistrar ihop också systemiska norm- och normkopplingspåståenden. Situationsbeskrivningarna i de normativa utsagorna medför ju det oundvikliga empiriska elementet i den rättsliga argumentationen.

Redan här tycks Graver på ett lyckat sätt klarlägga sin grundläggande ståndpunkt (som har viktiga inspirationskällor i Eckhoffs och Sundbys normteori) att rättens och rättsordningens dynamik centralt baserar sig på en växelverkan mellan normbildningen och det sociala livets observerbara drag. Man kan ana författarens kritiska inställning till den redan av Kelsen framlagda tanken att rättens dynamik vore en rent intern fråga för normativa system och som sådan också isolerbar från observerbara sociala processer. Här måste visserligen göras ett förbehåll: både den normativistiskt orienterade rena rättsläran och Gravers sociala analys torde underteckna tanken att det aktiva elementet att utforma regler, »rule-making«, figurerar i rättssystemet hela tiden. Tydligt tolkar Graver frågan på ett annat sätt än kelsenianismen. Hans analys låter oss anta att väsentligt för ett rättssystemets existens är det normativa systemets växelverkan med sådana sociala bildningar och företeelser som också har sin (fast inte alltid direkt) observerbara aspekt. I detta hänseende är det kanske symptomatiskt att Graver inte är särskilt benägen att i detta skede av sitt arbete ta ställning till ontologiska frågor om normernas »existens« eller kunskapsteoretiska frågor om normernas observerbarhet (s. 39). En faktual

rättsteoretisk analys finner det nämligen enbart konsekvent att skjuta upp sådana ställningstaganden till det skede av granskningen som följer analysen av rättsordningens (och rättens-som-institution) reella byggstenar: inte endast explicit stadgade normer utan också rättens teleologiska bakgrundsfaktorer, rättspolitiska motivationer som avspeglas i rättsreglerna, juristernas resone-mang, åsikter och deras professionella socialisation, och andra *realiter* existerande motsvarande faktorer. Jag ser ingen klyfta mellan Gravers ställningsta-ganden och t.ex. Ronald Dworkins ståndpunkt, att alla sådana faktorer hör till rättens »institutionella moral« och medverkar således i konstitueringen av den positiva rätten. Denna utgångspunkt gör det möjligt för Graver att place-ra analysens arkimediska punkt *inom* rätten, inte utanför av den.

Kapitel 2 har ett förklarande grepp i behandlingen av en central konstituent av den juridiska professionella ideologin: den av juristerna genom deras socia-lisation omfattade idén att »verkligheten är regelstyrd« i den sista termens ju-ridiska mening. Författarens huvudpoäng här är, att rättsregler – inte minst genom uppkomsten och reproduceringen av en sådan professionsideologi själv! – fungerar som en orsaksfaktor till juristernas egna antaganden om fak-tiska sakförhållanden. Med andra ord, rättsreglerna innehar rollen av »filter« i förhållande till antaganden om rättsligt relevanta fakta. Vad författaren här-med menar, torde vara uppkomsten av den »rena« eller »typiska« juridicite-ten, en slags regelpositivism som ett objektivt misstag (eller snarare en synvil-la) i juristernas eget tänkande. Gravers kritiska insats här är att en sådan ideo-logi lätt kan bidra till legitimeringen av härskande rättsordningar genom att juristerna hänvisar till rätten och rättsreglerna som ett givet och odisputerbart element. I en sådan situation förstärker sig lätt också icke-juristernas, med-borgarnas tro på sådana drag vid rättsregler som egentligen inte existerar.

Men samtidigt antyder Graver att rättsreglernas ställning som epistemiska filter också konstituerar det juridiska »sunda förnuftet« (se särskilt avsnitt 2.5.). Juristernas sunda förnuft är ett outtalat element i deras professionella attityd, någonting utan vilket de inte kunde verka som jurister. Med denna dis-kussion leder författaren läsaren in i den spännande mångtydigheten i själva forskningsobjektet, dvs. den juristskapade verkligheten som rättens element. Hans recept är inte att rätt och slätt förkasta den juristiska common sense, utan han försöker kritiskt finna en väg in i dess beskaffenhet och samtidigt bakom den. Alltså återigen ett steg till i en faktualanalis: att utpeka den in-tressanta och uppmanande faktuala differensen mellan juridiska föreställnin-gar och rättsordningens reella beskaffenhet – med det uppenbara syftet att juristerna *som jurister* kunde dra lärofulla slutsatser av detta, envar utgående från sina egna förutsättningar.

Det juristiska sunda förnuftets ambivalens behandlas på ett omfattande sätt i kapitel 3 som gäller kriterierna för val av rättskällfakta och rättspolitis-

ka fakta i den juridiska kunskapsbildningen. I detta kapitel går Graver nämligen över till att analysera rättsordningens inre orsakssamband i ljuset av hans (åtminstone *implicita*) egen, utvidgade och »institutionalistiska« rättsmodell. Genom ett stort antal exempel strävar Graver till att påvisa att det finns en växelverkan mellan förändringen i juristernas antaganden om och värderingar av faktiska förhållanden och förändringen i deras uppfattningar om rättsreglernas innehåll. I verkligheten kan också den förstnämnda ha en inverkan på den sistnämnda, inte bara vice versa. (Bl.a. exempelfallet om utvecklingen och förändringen i juridiska inställningar till hushållsarbets ställning i ekonomiskt värdeskapande, s. 101-103, är mycket åskådligt.) Analysen i detta kapitel anslutar sig till Gravers grundintuition att det juridiska sunda förnuftet, i tolkningens nya sociala problemlösningssituationer, har en tendens att »eliminera anomalier« mellan den gamla (och regelpräglade) rättsinformationen och det nya problemstoffet. Allt beror bara på juristernas förmåga att betrakta också det gamla i ljuset av det nya. Den juridiska *common sense* måste alltså utgöra utgångspunkten också för sin egen självkorrigering – eventuellt genom att element från den fria diskursens rationalitet kombineras med bondeförståndets rationalitet. En förutsättning för kritik och förnyelse är bara det, att rättens institutionella moral och den rationella övervägningen av substansfrågor tas på allvar. Det är bl.a. denna tanke som analysen av den »juristiska verkligheten« i bokens andra del baserar på, icke minst analysens framåtblickande perspektiv.

Den juristskapade verkligheten i den betydelse Graver avser är inte en »falsk« eller »lögnaktig« verklighet. Begreppet ansluter framför allt till författarens strävan att göra en objektiv, socio-fenomenologiskt motiverad analys av de strukturer som bildar ramen för juristernas *common sense*-yrkeskunskap. (På den punkten hänför ju sig bokens titel på ett diskret sätt till den av Alfred Schutz skapade traditionen av en fenomenologisk socialvetenskap och till dess fortgång i Bergers och Luckmanns numera redan semiklassiska verk *The Social Construction of Reality*.) Den här ramen får juristerna, såsom författaren konstaterar, både genom det *explicita* omfattandet av den juridiska metoden och på ett avgörande sätt *också* genom »*socialisering* dvs. en mer ubevisst optakelse av bl.a. de verdier og den kunnskap om samfunnet som formidles gjennom rettsreglene« (s. 117, författarens kursiv). Det är genom den här socialiseringen som de juridiska filtren för samhällsverkligheten blir verkande i juristernas tankevärld. Den rättsliga kunskapen uppträder alltså som en slags diskursiv formation i den Foucaultska meningen. Denna diskurs perpetuerar och reproducerar för jurister sakförhållandet att rättsregler som en given faktor är deras glasögon då de betraktar rättsverkligheten och dess faktuala sammanhang. Från den här synpunkten är den juristskapta verkligheten naturligtvis också en av juristerna själva konstruerad och reproducerad

verklighet, där rättsreglerna beständigt företräder som bakgrund till hur den juridiska världsbilden ser ut (jf. den kortfattade definitionen av den juristskapta verkligheten på s. 112).

Den juristskapta verkligheten är alltså ett objektivet vetenskapssociologiskt faktum. Och det faktum att den juridiska diskursen ofta »tar sikte på å legge til rette forholdene for overensstemmelse om de verdipremisser og interesse-tilknytninger som ligger til grunn for rettsreglene i samfunnet, snarere enn å finne frem til verdipremisser og interesseavveininger på grunnlag av en overensstemmelse mellom deltakerne i diskursen« (s. 119), betyder för Graver i den fortsatta analysen ett intressant försök att kritiskt uppställa den här »ofria« formen av juridisk diskurs öga mot öga med en kartläggning av möjligheterna till en fri diskurs. Till den här delen närmar sig hans betoningar kraftigt Habermas' diskussion om rättens duala funktion som ett samhälleligt regleringsmedium och som en institution sammankopplad med medborgarnas livsomedelens kommunikativa och normativa särdrag. (Graver genomför sin analys mycket långt i självständiga termer.) Det är ju i sin roll som ett medium som rätten i samhället används till olika regleringssyften, mestadels utprägla-de av den strategiska och målinriktade rationaliteten. I det omfattande sjunde kapitlet analyserar Graver i anslutning till detta betydelsen av den empiriska rättseffektivitetskunskapen för diskussionerna om rättens sociala målsättningar. Till den här delen verkar den av honom betonade betydelsen av att göra en skillnad mellan undersökningen av regleringarnas mer eller mindre omedelbara faktiska verkningar och undersökningen av rättsinnehållets och rättsförändringarnas »betydningsmässiga effekter« ha en mycket central ställning. Då den sistnämnda dimensionen alltid har att göra med utvecklingsperspektiven för och eventuella förändringarna i subjektens rättsliga ställning, ser författaren det viktigt att en ingående analys av rättens effektivitet alltid måste vara någonting mera än bara en »aktualistisk« (mitt term) analys av effektiviteten av de nådda målen och de faktiskt adopterade strategierna (se s. 174 ff.).

Rättens äkta sociala inriktning torde ha sina bästa institutionella betingelser inom ramen för en *kommunikativ* rationalitet. Den här poängen har Graver framhållit redan i kapitel 6 som tar upp den rättsliga argumentationens karaktär. På ett habermasianskt sätt är han i detta och i senare sammanhang i boken benägen att betona en normativt förnuftig koordinering av samhällets olika intressenters och grupperns aktiviteter genom att åstadkomma en reell enhällighet om förnuftiga handlingsalternativ. Ett sådant krav innebär också nödvändigheten att öppna perspektiv på det »rättsligt möjliga«, på rättens möjliga evolution utöver den blotta juristskapade verkligheten. Inte *förbi* denna verklighet, då den juridiska common sense förankrar sig i den juristskapade verkligheten. Med hjälp av den juridiska common sense bör också de av den nya rätten erbjudna handlingsmöjligheterna regleras, uttryckligen genom

rättsliga normer.

När Graver avslutar sin bok med att försvara utvecklandet av den rättsliga diskursen både genom det juridiska sunda förnuftet och över dess gränser (efterord, s. 198 ff.), kunde hans ståndpunkt här kallas t.ex. en *kritisk commonsism*. Juristerna kan inte plötsligen förändra sig till representanter av andra vetenskapsområden, låt oss säga reducera juridiken till en socialvetenskap (och Graver är klart medveten om de faror av en socialteknisering av rättsvetenskapen som en sådan utveckling lätt kunde medföra, jf. loc.cit.). Juristernas bästa alternativ är att förbli jurister och i denna egenskap bidra till utvecklingen av den kommunikativa aspektens område och möjligheterna i den rättsliga verksamheten. Det av Graver utnyttjade kommunikativitetsbegreppet härstämmer från Habermas – och Graver gör ett intressant och, som det förefaller mig, ganska övertygande försök att tillämpa Habermas' uppdelning i tre bedömningsdimensioner av de påståenden som uppträder i normativa koordineringssammanhang: den faktuelle sanningen, påståendenas riktighet i normativa diskussionssammanhang, och deras uppriktighet och integritet i etiskt hänseende.

I själva verket verkar Gravers modell för en kommunikativ rationalitet gå lite längre än den habermasiska i en »realistisk« riktning (i ordets filosofiska mening) i och med att Graver tycks vara benägen att betona hur rättens egen institutionella moral ställer olika institutionella och normativa krav på letandet efter en reell enighet mellan de argumenterande parter. Dessa krav skulle vara underkastade en fortlöpande argumentativ omvärdering, men att göra full rättvisa åt dem betyder samtidigt för juristerna att kontinuerligt genomgå det juridiska sunda förnuftets gränser. Trots att Graver inte gör sin politiska teori explicit i boken, tror jag att hans modell åtminstone i dess implikationer går ganska långt i samma riktning som t.ex. Claus Offes²⁾ och Timothy O'Hagans³⁾ modeller för en sådan *Rechtsstaat*, där det finns funktionsdugliga, dvs. »neutrala« kommunikations- och förmedlingskanaler som möjliggör en icke-diskriminerande behandling och avvägning av olika intressen och som inte selektivt privilegierar några intressen på bekostnad av andra.

3. En kritisk insats i institutionell rättsteori

Hans Petter Graver presenterar för läsaren den juristskapta verkligheten på sätt och vis i tre faser. Det är kanske inte alltför spekulativt att utnyttja den unge Siegfried Kracauers terminologi i hans till någon mån likadana analys av sociologin från tjugotalet⁴⁾ och kalla dessa faser den *immanenta* och den *transcendent*a: termer, som samtidigt tyder på två reella drag i vetenskapsom-

rådet själv. Den immanenta dimensionen tyder på det vetenskapliga fältets beskaffenhet här och nu – och i Gravers analys består motsvarande fas av en analys av den normativa kunskapens daning till dess reella element såsom Graver ser den här kunskapen: som ett element av den juridiska livsformen. Det transcendentia skedet i sin tur utmynnar i en kartläggning av den kommunikativa, alltså icke-bara-strategiska rationalitetens möjlighet inom detta fält – möjligheten av en »law beyond law« såsom Dworkin i *Law's Empire*, en bok som utkom nästan samtidigt med Gravers bok, denna dimension kallar.

Graver förbigår inte det faktum att juridiken som en helhet, i dess nuvarande form, innehåller både förtryckande och frigörande element. De förstnämnda avspeglar sig i rättvisans och billighetens förnekande för vissa samhällskretsar genom att andra kretsars särintressen juridiskt representeras som det allmänna intresset. De sistnämnda framläggs i sin tur som den fria eller frigjorda diskursens möjlighet. När Graver framhåller att ett centralt uppdrag för en kritisk rättsvetenskap, som strävar till att befämja den sistnämnda dimensionen, är att »kartlegge rammene for det begrundbare«, påpekar han tydligt också på viktiga särdrag inom den *rättsliga* (icke bara »juristskapta«) verkligheten: att avgöranden och begrundanden i argumentationen för sin del skapar nya normer och förändrar och nyanserar det föreliggande normstoffet (s. 185). Det juridiska sunda förnuftet kan transcendera sina gränser när det vaknar till insikt om att rättsreglernas uppkomst- och förändringsprocesser samtidigt kan vara processer för uppkomsten av mera utvecklade, nya rättsliga institutioner. Som en teoretisk explikation av sådana processers möjlighet är Gravers bok ett självständigt och rikt bidrag till en institutionalistisk rättsteori som strävar till att övervinna både naturrättens och rättspositivismens svårigheter.

Kanske Graver mot slutet av sitt arbete mest önskar instämma med de strömningar i modern rättsteori som helst vill betona rättsordningens strukturella och rationella enhet (om än en sådan enhet av motsatta nivåer och element som ger rättsordningen, åtminstone i idealfallet, också gynnsamma förändrings- och förnyelsesdispositioner). Critical Legal Studies och dylika insatser kanske inte vore så färdiga att dela resultaten av hans »juriofenomenologiska« syntes. I detta hänseende har Thomas Mathiesen på ett lite paradoxalt sätt rätt i sin anmärkning att »kritiske jussen blir bort« i Gravers analys⁵⁾. Men detta bortlämnande är bara relativt. Graver kanske har fästat bara sekundärt uppmärksamhet vid t.ex. den juridiska professionens »mest repressive trekk«⁶⁾. Men enligt min mening (som jag tror också opponenter delar) minskar detta inte betydelsen av hans arbete som ett självständigt rättsteoretiskt bidrag till den faktuala analys som vår kunskap om rätten alltid behöver – vid sidan av alla språkfilosofiska, dekonstruktionistiska och sociologiska insatser och ibland t.o.m. mer än någon av dessa. En del av Gravers egen motivation kanske består i att han inte vill uppdelas i förtyvlade traditionalister

å ena sidan och rent kritiskt upplysade kritiker å den andra. Hans bok tilltalar varje jurist i deras förhoppningar, osäkerheter och professionsideologiska avhängigheter. Därför är boken själv ett steg i riktning mot rätten som en humanistisk vetenskap.

NOTER

1. Neil MacCormick, »H.L.A. Hart«, Edward Arnold Publishers Ltd., London 1981, s. 38.
2. T.ex. Offe, »Disorganized Capitalism«, Polity Press, Cambridge 1985, särskilt inledningen.
3. Timothy O'Hagan, »The End of Law?«, Blackwell, Oxford 1984.
4. Kracauer, »Soziologie als Wissenschaft«, i *Schriften I*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M. 1978, s. 10-11.
5. Opponentsuttalande, tryckt i *TfR* 1987, s. 505-518 (517).
6. *Loc.cit.*

FORFATTEROPLYSNINGER

Jyrki Uusitalo, Forsker, Rättspolitiska forskningsinstitutet, Helsingfors.