

Rättsdogmatikens alternativ

Anmeldt af Lars D. Eriksson

Rättsdogmatikens alternativ, red. Kaarlo Tuori. Tammerfors 1988. Juridica, ISBN 951-9464-47-6. (Beställningsadress: Forskningsprojektet Rättens gränser, Helsingfors universitet, Institutionen för offentlig rätt, Regeringsgatan 11, 00100 Helsingfors, Finland, pris 50 Fmk)

Mången väntar sig att bli respekterad och vördad när han/hon åldras och blir gammal. En dag i november i fjol, då jag själv blev äldre, fick jag vid en högtidlig ceremoni i Helsingfors i min hand boken "Rättsdogmatikens alternativ," som visade sig innehålla artiklar av 19 skandinaviska jurister av den kritiska skolan. Det visade sig att de flesta artiklarna på ett eller annat sätt berörde saker jag själv i olika sammanhang skrivit om och debatterat. Flertalet av skribenterna förefaller att förhålla sig kritiskt till det mesta av vad jag under årens lopp fått i tryck i rättsvetenskapliga tidskrifter och skrifter.

Har jag inte rätt att bli förbannad? Alla mina år av tankemöda är (nästan) förspilda. De flesta tycker jag har fel. Ingen vågade dock idiotförklara mig, vilket jag tacksamt noterar.

I det följande skall jag försöka förklara mig. Jag kommer inte att presentera någon recension av boken, då en sådan helt enkelt är omöjlig ifråga om en text med så många författare. Och trots allt finns det också de bland författarna som anser att jag i något sammanhang sagt något vettigt. Deras inlägg skall jag inte här diskutera. De behöver inte kommenteras, eftersom de har rätt.

Kaarlo Tuori säger i sin artikel "Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?" bl.a. att "den alternativa jurisprudensen anser sig vara tvungen att anpassa sina konstruktiva förslag till samhällets och rättens nuvarande formativa kontext." Själv skisserar han ett program för den alternativa jurisprudensen under devisen: *med juridiken bortom juridiken*.

Tuori anser med andra ord att den alternativa jurisprudensen är för snäv och att dess bindningar till det existerande är alltför starka. Ändå menar han att projektet inte är hopplöst: det gäller att slita banden.

Håkan Hydén är mera kritisk. Han tycks utdöma den alternativa jurisprudensen helt och hållet. Han säger bl.a. såhär: "...det blir en uppgift för rättsvetenskapen att stärka det normativa och det värdeorienterade handlandet i samhället. Ett sätt att göra detta på är att genom en inverterad rättsdogmatisk metod lyfta fram det normativa

utfallet i den moderna rätten i syfte att med stöd av ideologikritiskt inspirerade policy-analyser lägga grunden för alternativa handlingsstrategier.... Ett annat sätt att stärka den normativa ordningen i samhället på är att verka för en förändring av rätten så att den antingen reproducerar standardiserade, politiska lösningar på normativa problem eller att rätten medverkar till att skapa arenor för en så realistisk diskurs som möjligt av värdemässiga ställningstaganden."

Formuleringarna är ju inte kristallklara men torde kunna tolkas så att Hydén menar att den kritiska rättsvetenskapen borde, å ena sidan, ägna sig åt ideologikritiska analyser med syfte att lägga grunden för konkreta politiska handlingsstrategier och, å andra sidan, verka för en förändring av rättens funktionsmekanismer. (Med juridiken bortom juridiken?)

Jag skall försöka tackla Tuoris och Hydéns kritik, men jag kommer att göra det indirekt, genom att försöka utveckla mina egna tankegångar.

Den alternativa jurisprudence (härefter: AJ) är på sätt och vis ett försök att skapa en ny juridik, en ny metod och ny teori för att på ett socialt mera tillfredsställande sätt kunna lösa juridiska och rättsliga problem än vad den förhärskande juridiken gör. AJ's program är alltså i denna mening "snävt." Men hur snävt, det är frågan.

Jag tror det kan var skäl att göra en jämförelse med moralen, som inte ligger så långt från juridiken. Det förefaller mig absurt att hävda att det vore möjligt att skapa en ny moral. En ny moral uppstår alltid inom en ny livsform - på samma sätt som en ny juridik uppstår (kan uppstå) endast inom en ny formativ kontext. Det vill säga: en ny moral måste experimentellt utvecklas ur en ny livsform som måste föregå den nya moralen. Den nya moralen måste ha ett fotfäste, men det fotfästet behöver inte nödvändigtvis vara en isolerad "livsformsö" i samhället utan kan helt enkelt utgöras av det faktum att traditionella värderingar inte mera tillhandahåller moraliskt tillfredsställande lösningar på nya problem. Nya typer av mellanmännsliga relationer framtingar nya moraliska värderingar.

Historiskt vet vi att de som skapat en ny moral gått till väga på två olika sätt. Det ena sättet är att konfrontera de gällande och allmänt accepterade värderingarna såsom t.ex. frihet, jämlikhet och broderskap med det faktiska beteendet i samhället. Reformatorerna har pekat på diskrepansen mellan ideal och verklighet och har krävt en förändring av verkligheten i enlighet med idealen. I den processen brukar också själva idealen omformuleras så att de motsvarar inträffade förändringar i det mellanmännsliga umgänget. Ett återopande av allmänt godkända ideal är sällan (eller aldrig) enbart tillbakablickande. I allmänhet är det framtidsorienterat.

Det andra sättet är mera intressant, därför att det är mera sofist-

kerat. Det förutsätter något som jag skulle vilja kalla för moralisk fantasi, dvs. en förmåga att utifrån historiskt existerande kulturella och samhälleliga traditioner skapa nya kriterier för fördömande av det existerande och samtidigt nya mål för framtiden. Det innefattar förmågan att utifrån förhärskande värderingar skapa nya kriterier för social kritik och för framtida mål.

Nya värderingar är oftast (alltid?) ingenting annat än ett nytt sätt att formulera existerande värderingar. Att nyformuleringar är möjliga beror på att alla fundamentala värderingar till sin natur är öppna och flexibla: de tillåter många och ofta motstridiga tolkningar.

Moraliska innovationer sker inte genom att man formulerar nya värderingar, utan genom att man visar att de metoder via vilka dessa värderingar i praktiken realiserar inte är de bästa eller optimala. Vi är alla eniga om att trygghet är ett viktigt värde i samhället. Många hävdar att denna trygghet bäst kan skapas via ett starkt försvar. Vill vi visa att de som påstår detta har fel, måste vi lyckas överbevisa dem om att det finns mycket bättre metoder än ett starkt försvar för att garantera vår trygghet, t.ex. ett kraftigt reducerat militärt försvar. Argumenteringen ser på ytan ut som en argumentering om medel, om vilka medel som är de bästa och optimala för att stärka vår trygghet. I verkligheten är det likväl också en argumentering om trygghetens innehåll. När vi tar ställning till valet av medel, tar vi också ställning till målet. De som talar för ett starkt försvar använder ett annat trygghetsbegrepp än de som talar om ett icke-militärt försvar.

Jag förmodar att de flesta moraliska förändringar sker på detta omärkliga sätt.

Det finns givetvis också en tredje modell för moralisk innovation: den revolutionära, som innebär en total omvärdering av alla gängse föreställningar. Jag skall inte befatta mig med den, därför att AJ inte ens gjort anspråk på att vara revolutionär.

Den alternativa jurisprudensen

En ny juridik, en alternativ jurisprudens, kan bara uppstå där juridiken är konfliktfylld och motsättningsfull, där det råder stora motsättningar mellan rätt och verklighet, mellan det normativa idealet och det faktiskt föreliggande och där även "den formativa kontexten" bär på konflikter som ter sig olösliga. AJ kan mao. bara uppstå i ett läge, där de lösningar "teorin", rättsordningen och samhället erbjuder på doktrinära och institutionella problem inte mera upplevs såsom tillfredsställande.

Hydén utdömer AJ som i realiteten ett hopplöst projekt. Tuori menar att den kan vara ett alternativ bara om den bryter banden med

den förhärskande juridiska modellen. Det är möjligt att vi kan komma en bit på vägen mot samförstånd, om vi gör följande distinktion. Juridiken är inte bara juridik, dvs. en doktrin som bara ägnar sig åt tolkning och systematisering. Den är även ideologikritik, dvs. en vetenskap som sysslar med att blottlägga det sätt på vilket rättens objektivism, formalism och universalism döljer faktisk maktanvändning. Som ideologikritik sysslar rättsvetenskapen med att uppdaga de faktiska intresse- och värdepåverkningar som inte syns i själva rättsordningen, men som de facto utövar inflytande över hur den fungerar och i praktiken tillämpas. Men rättsvetenskapen är inte bara doktrin och ideologikritik. Som vetenskapligt projekt är den även utopi. Rättsvetenskapen bär på samma sätt som all annan mänsklig verksamhet ansvar inför framtiden. Rättsvetenskapen är i denna mening ett historiskt projekt, som deltar - om den är kritisk - i utformningen av framtiden. Det är därför en angelägen uppgift att kartlägga rätts- och samhällsordningens utvecklingstendenser, dess potentiella utvecklingstrender. I sista hand kan rättsvetenskapen alltså inte undvika makrosociologiska och -historiska analyser. Vi behöver därför en rättsvetenskap som går utöver doktrinen och ideologikritiken och som söker finna fram till det grundläggande mönster för potentiella utvecklingsvägar som s.a.s. väntar på att öppnas. Detta betyder att vi även inom rättsvetenskapen i sista hand bör göra det strategiskt viktigaste av alla val: välja det utvecklingsalternativ som bäst motsvarar våra rationellt prövade värdepremisser och verka för dess förverkligande.

I de artiklar som ingår i "Rättsdogmatikens alternativ" behandlas nästan enbart den doktrinära nivån. Jag tror att det är den ensidiga koncentrationen på *en enda nivå* i det vetenskapliga projektet, som egentligen omfattar tre nivåer, som gjort så många kritiker kritiska till AJ. (I min lilla skrift "Marxistisk teori och rättsvetenskap" från 1980 har jag åtminstone själv försökt mig på en dylik nivåindelning, även om det eventuellt är oklart sagt.) Jag tror inte att man på den doktrinära nivån kan göra det som kan göras på den ideologikritiska nivån och jag tror att "handlingsstrategierna", lösningen av "antinomierna" bör ske på den lägsta nivån, inom ramen för det som jag i ett annat sammanhang kallat "rättsvetenskapen som utopiskt projekt." (Se "Kvinnorätten i det rättsvetenskapliga projektet"). Jag har svårt att se att vi kan göra något förnuftigt om vi blandar i hop alla dessa nivåer, något som Unger eventuellt gör. Om vi åter gör som Hydén, dvs. inte beaktar att det är fråga om en arbetsfördelning mellan olika nivåer, förleds vi lätt att förkasta en eller två av nivåerna såsom hopplösa.

Jag erkänner gärna att det är min uppfattning att vi inte kan göra så mycket på den doktrinära nivån, området för AJ. Men jag hävdar

likväl att vi inte är hjälplösa ens här. Dennis Töllborg, den stora cynikern i nordisk juridik, tycks i sina slutsatser vara av den uppfattningen i sin artikel "Vad är goda argument värda?" (Töllborgs verbala cynism motsägs på ett något paradoxalt sätt av hans praktiska verksamhet....).

AJ's uppgift är att utveckla ett rationellt alternativ till den förhärskande juridiken. Men det alternativt bör ej vara slutet utan öppet och *experimentellt*. Det säger sig självt att AJ's syfte inte kan vara att skapa en ny begreppsjurisprudens eller något motsvarande hermetiskt system. Men det finns begränsningar som vi inte kommer över inom det som vi kallar juridisk terobildning. Jag menar att vi t.ex. inte kan undkomma koherenskravet i juridiken. Vi kan mycket väl visa att den förhärskande juridiken är konfliktfylld och internt irrationell och att den inte lever upp till sitt eget koherenskrav. Det är tom en viktig uppgift att visa just detta. Men det förefaller mig vettlöst att konstruera ett alternativ som självt är inkoherent och självmotsägande. Detta betyder att alternativet bör vara rationellt genomarbetat. Det bör även vara normativt, dvs. erbjuda ett normativt motiverat alternativ. AJ måste alltså nödvändigtvis vara konstruktivt. Slutligen bör AJ, som sagt, vara experimentell, öppen för förändringar, justeringar, korrigeringar och revideringar. Syftet är ju att skapa en förändringarnas juridik och en dylik måste själv vara föränderlig.

Naturligtvis är det koherenskravt som erbjuder det största teoretiska (och politiska) problemet här. Det är sannolikt att min egen uppfattning i detta avseende skiljer sig från t.ex. den som är förhärskande inom Critical Legal Studies Movement och att Tuori har rätt i sin kritik till denna del. Mitt försvar, om ett sådant behövs, är att jag inte kan se någon mening i att lösa alla konflikter och antinomier inom juridiken, utan att dessa bör lösas "bortom juridiken," dvs. på andra nivåer inom det rättsvetenskapliga projektet.

För att koherenskravet skall fyllas förutsätts i AJ en utarbetad rättviseteori, något jag även försökte mig på i "Marxistisk teori och rättsvetenskap." Då Jes Bjarup i sin artikel "Kritisk retsteori - kritiske betragtninger" yrkar på en sekulariserad naturrättsteori idag, vill jag blott påpeka att en sådan redan finns, bristfälligt formulerad, i den behovsorienterade rättviseteori jag i denna skrift sökte skissera. Rättviseteorin ger normativ riktning åt AJ och ger den samtidigt dess specifika rationalitetsform. Det är rättviseteorin som a) ger oss väglledning vid valet av vilka principer som skall betraktas såsom de ledande rättsprinciperna inom de olika rättsområdena, det är den som b) tillhandahåller de avvägningsregler vi måste använda vid bedömningen av s.k. principkonflikter och konflikter av motstående hänsyn och det är den som c) anger vilken argumentationsmodell som bör prioriteras.

Såvitt jag kan se är det rättsveteteorin som utgör det egentliga sprängstoffet i AJ, eftersom det är den som pekar utöver det existerande. Tyvärr har diskussionerna tillsvidare i ytterst ringa omfattning rört sig kring denna problematik, men socialfilosofins renässans bland yngre finska jurister kanske resulterar i att även denna så småningom väcker det intresse den är värd.

I sista hand är det rättsveteteorin som står för värdeinnovationen inom AJ. Men det är inte en teori som skapar "nya värden" utan som tar förhärskande värderingar på allvar och ger dem ett konsistent och pregnant uttryck. Därvid får värdena måhända också ett delvis nytt innehåll.

Till skeptikerna vill jag bara säga att AJ åtminstone tillsvidare visat sig vara ett alternativ. Thomas Wilhelmsson har skrivit sin "Social civilrätt" och Juha Pöyhönen sin avhandling om jämkning av avtal. Niklas Bruun försöker utveckla arbetsrätten i en ny riktning, Heikki Karapuu och Martin Scheinin omvärderar centrala delar av statsförfattningsrätten. Och en parallell utveckling sker inom kvinnorätten, framförallt inom den norska kvinnorrättsmiljön.

2

Ideologikritiken

När Hydén talar om behovet av en inverterad rättsdogmatisk metod i stället för en alternativ jurisprudence, talar han uppenbarligen om behovet av ideologikritisk forskning inom rättsvetenskapen. Om det är detta han menar, ger jag honom rätt såtillvida att en rättsvetenskap utan ideologikritik är en halvmesyr. Ideologikritiken är en nödvändig del av det rättsvetenskapliga projektet. Men min bedömning är i övrigt en annan. Jag tror nämligen att det är just via ideologikritiken vi kan utveckla en kritisk och alternativ jurisprudence. Om vi via ideologikritiska undersökningar kan påvisa olika rättsinstituts, rättsliga principers, teoriers och konstruktioners faktiska intressebundenhet och interna motsättningar, kan vi också ta i tu med att disarticulera dem, dvs. bryta ner dem i deras minsta beståndsdelar. Samtidigt skapar vi också förutsättningar för att rearticulera dem, dvs. för att bygga upp mera konkreta och mera fruktbara rättsinstitut, rättsprinciper, teorier och konstruktioner.

I detta perspektiv måste alltså ideologikritiken och AJ ses som olika sidor av samma sak: teori och praktik ingår en förening.

Jag ser den gängse motsatsställningen mellan AJ och ideologikritik som i högsta grad steril i dagens skandinaviska rättsvetenskapliga debatt. Både anhängarna av AJ och av en ideologikritisk metod torde i praktiken omfatta likartade samhällskritiska och rättskritiska uppfattningar. Det anhängarna av AJ de facto gör är att de med ideologikritikens hjälp kritiserar gällande juridiska paradigmer och likaså

med ideologikritikens hjälp söker utarbeta mera tillfredsställande lösningar på uppkommande problem än vad det gällande paradigmet förmår. I den meningen ägnar sig AJ åt en immanent kritik. AJ är fortfarande juridik. Ideologikritikerna åter presenterar sin kritik utifrån, externt, och har inte ens som syfte att verka "rättsimmanent". Hydén säger likväl att syftet är att "lägga grunden för alternativa handlingsstrategier," dvs. att fungera praktiskt. Jag har här svårt att följa med. Det är klart att man via en inverterad rättsdogmatisk metod kan bidra till att bygga upp alternativa handlingsstrategier (om med detta menas strategier som syftar till politiska och institutionella förändringar inom rätten), men det är lika klart att man via en dylik metod även kan bidra till att bygga upp "alternativa handlingsstrategier" inom själva juridiken (om därmed menas strategier som syftar till begreppsliga, teoretiska och allmänt doktrinära förändringar inom det juridiska tänkandet). Det är för mig helt enkelt omöjligt att inse att Hydéns inverterade metod inte skulle kunna användas i båda riktningarna! Och jag förstår inte varför vi inte skulle få använda metoden i den ena riktningen utan bara i den andra. Trots allt kommer vi länge ännu att tvingas leva med juridiken, och det förefaller åtminstone mig vara detsamma som att kasta yxan i sjön, om vi helt lämnar juridiken åt sitt eget öde. - Men jag tillstår att vi inte kan åstadkomma så värst mycket på det området.

Rättsvetenskapen som historiskt och utopiskt projekt

Det är på den tredje och lägsta nivån i det rättsvetenskapliga projektet som jag tror att vi på allvar kan börja utveckla handlingsstrategier och utarbeta institutionella lösningsförslag. Jag tror att detta är omöjligt och fruktlöst inom ramen för en "expanded doctrine". På den lägsta nivån undersöker vi utvecklingstendenserna inom rättsordningen; vi analyserar motsättningarna mellan rättsstatlig och socialstatlig utveckling, vi analyserar uppkomsten av nya rättsliga trender (t.ex. uppkomsten av en reflexiv rätt) osv. Vi undersöker också motsättningar och konflikter i de rättsliga institutionerna.

Men vi nöjer oss naturligtvis inte härmed. Vi måste även ta i tu med makrosociologiska analyser av de grundläggande politiska, ekonomiska och samhällsliga institutionerna. Och vi måste likaså ge oss i kast med att undersöka de grundläggande värde- och intressekonflikter som s.a.s. får sin yttre gestalt i dessa institutioner. Vi måste alltså analysera den "imaginära verkligheten" i dess delaspekter.

Det är på denna nivå vi måste besluta oss för vilket framtidsprojekt vi anser vara det mest acceptabla och önskvärda. Och vi bör givetvis

3

vara i stånd att rationellt motivera vårt val. Jag påstår alltså att valet inte får vara enbart decisionistiskt. Valet måste vara diskursivt underbyggt.

Vi kommer här in på en problematik som varit förvånansvärt litet debatterad inom den kritiska rätts- och samhällsvetenskapen. Om syftet är att utarbeta handlingsstrategier och att utveckla nya institutionella lösningar, måste vi veta hur dessa strategier och lösningar skall rationellt motiveras och försvaras. Det flesta rättsvetare och samhällsvetare brukar lämna den frågan obesvarad. Och man kan lätt förstå dem.

Den vanliga metoden är att man utgående från empiriska analyser gör ett "hopp" över till normativa bedömningar. Jag tror att den metoden är förfelad. Den är i ordets egentliga mening decisionistisk. Men hur skall vi då gå till väga? Jag kan inte inse att det finns någon annan rationell metod än den gamla beprövade retoriska metoden. Vi måste ta de forskningsresultat vi nått beträffande vad som är en god och önskvärd samhällsutveckling såsom experimentellt godtagbara. Utgående från detta bakgrundsantagande måste vi söka argumentera oss fram till handlingsstrategier och institutionella lösningar, som är argumentativt hållbara och beträffande vilka våra verkliga eller tänkta meddebattörer kan följa oss.

Detta betyder mao. att vi inte kan göra deduktiva slutledningar från teori till praktik eller från den ena nivån till den andra. Det betyder också att vi inte enbart får nöja oss med att säga att "detta är mitt val." Det betyder att vi måste betrakta våra teoretiskt underbyggda slutsatser om vad som är en önskvärd samhällsutveckling såsom testbara i ett rationellt argumentativt förfarande. Alla våra institutionella lösningsförslag och alla våra handlingsstrategier måste kunna godtas i en retorisk argumentation.

Jag hävdar att det är på den lägsta nivån i det rättsvetenskapliga projektet som handlingsstrategierna och de institutionella lösningsförslagen primärt skall utvecklas och retoriskt motiveras. Detta har sedan omedelbara konsekvenser för jurisprudensen, som rimligtvis bör beakta dessa strategiska och institutionella lösningar i sin egen teoribildning. AJ bör, som jag redan tidigare sagt, vara experimentell, vilket just betyder att den hela tiden bör vara öppen för sådana strategiska och institutionella lösningar som producerats utanför dess egna trånga ramar. Jag återkommer här till Tuoris påstående att "den alternativa jurisprudensen anser sig vara tvungen att anpassa sina konstruktiva förslag till samhällets och rättens nuvarande formativa kontext." Jag hoppas att jag med det jag just sagt visat att detta påstående knappast är riktigt. AJ kan inte själv lösgöra sig från den formativa kontexten, men den kan och skall anpassa sin teoribildning efter de strategier och lösningar som utarbetats inom det rättsvetens-

kapliga projektets andra och tredje nivå. - Att så litet hänt i det avseendet beror kanske på att så få strategier och lösningar producerats. Själv tror jag att rättsdogmatiken börjar producera verkliga alternativ först då rättsvetenskapens ideologikritiker och makrosociologer börjar utarbeta konkreta alternativ.

Personligen har jag ett behov att i detta sammanhang idka lite självkritik. Det är ju så klädsamt. Av hela min skriftliga produktion misstänker jag att mer än två tredjedelar rört krav på förändringar i "den formativa kontexten." Men de texterna har jag skrivit för tidningar, icke-juridiska tidskrifter och diverse pamfletter. Ingen vettig jurist läser sådana. Mina förändringskrav har kanske inte heller alltid varit retoriskt väl underbyggda. Och jag har inte känt något behov av att anknyta dem till det rättsvetenskapliga projektet. Där har jag sannolikt gjort fel.

Det vi behöver idag är arbete på rättsvetenskapens alla tre nivåer. Den största faran består i att behandla juridiken enbart som juridik. Juridiken, jurisprudensen, är bara toppen på isberget.

Litteratur

Rättsdogmatikens alternativ, red. Kaarlo Tuori. Tammerfors 1988.

Lars D Eriksson: Marxistisk teori och rättsvetenskap. Helsinki 1980.

Lars D. Eriksson: Kvinnorätten i det rättsvetenskapliga projektet. Ingår i "Kvinnorettens rettskilder." Institutt for offentlig rettskriftserie 3/1186. Oslo 1986.

Forfatteroplysninger:

Lars D. Eriksson är biträdande professor i offentlig rätt, Helsingfors universitet.