

Litteratur

Roger Cotterrell: The Politics of Jurisprudence

A Critical Introduction to Legal Philosophy. Butterworths: London and Edinburgh 1989, 277 s.

Anmeldt av Juha Pöyhönen

Rätten och politiken

Man kan framföra förenklande påståenden om juridikens och juristernas avhängighet av samhälleliga maktstrukturer. Den ena ytterligheten är idealet om den intellektuelle, fri från all avhängighet, medan den andra är det cyniska talesättet "Hunden biter inte den hand som matar den". I Norden har t. ex. Jørgen Dalberg-Larsen i sin doktorsavhandling Retsvidenskaben som samfundsvidenskab (1977) dryftat de vetenskaps-interna och -externa villkoren för framgången hos olika rättsteoretiska inriktningar.

Roger Cotterrell närmar sig problemet ur en pragmatisk synvinkel, som passar in på hans egen akademiska bakgrund. Hur är de möjligt att ge en mening åt studier i allmän rättslära (jurisprudence) vilka är obligatoriska för alla studerande? Hur är det möjligt att föra fram en sammankopplande och emellanåt även förklarande synvinkel i den oupphörliga ström av stora namn och enskilda påståenden som ofta verkar godtycklig?

Den allmänna rättsläran i sin helhet är ett alltför omfattande område för ett sådant försök. Cotterrell avgränsar sin betraktelse till tillämpad rättsfilosofi. Med detta avser han den del av rättsteorin som berör *juristkårens yrkesmässiga självförståelse*. Han är särskilt intresserad av yrkesbildens förhållande till det dominerande samhälleliga sättet för rättslig normproduktion. Lagstiftningen blev den huvudsakliga källan för rättsnormer i England under 1800-talet. Hur avspeglas t. ex. detta faktum i den debatt som då fördes om rättens giltighet och uppkomst, hur reflekteras det i de begrepp som då hade framgång och blev berömda? Cotterrells synvinkel kan således karakteriseras som kunskaps sociologisk.

De centrala resultaten i boken är att den anglo-amerikanska normativa rättsteorin (Blackstone, Bentham, John Austin, Maine, Llewellyn,

Pound, Kelsen (som en följd av hans anglo-amerikanska inflytande), Hart, Fuller och Dworkin) verkar ha lyckats rätt illa med att fullgöra en av de uppgifter som av naturen hade ankommit på dem. Riktningen har nämligen inte lyckats ge en övertygande förklaring på det särskilda problemet *juridisk kreativitet* (t. ex. beslutsfattarens fria prövningsrätt). Inte heller har dessa teoretiker givit någon allmän förklaring till hur rätten utvecklas och förändras (216; sidnumreringen avser Cotterrells verk). Man har försökt förstå rätten som en struktur eller ett system för doktrinerna. Men då har man inte kunnat lokalisera de individuella och samhällseliga utgångspunkterna för analysen. I själva verket är den normativa rättsteorin inte alls något försök att ge en dylik *förklaring*. Detta *implicerar* att rätten till avsevärd del eller kanske helt och hållet består av rättsliga doktriner. Den normativa synvinkeln utgörs nämligen av frågan om grunden för juristernas yrkesskicklighet. Därför behöver man inte nödvändigtvis anse social beteendevetenskap vara av betydelse. Om rätten begränsas till doktrinerna, är det naturligt att målet för den normativa rättsteorin blir att påvisa strukturer eller andra likheter i dessa läror. Just dessa läror kan uppfattas som ett särskilt kunskapsfält, som en egen vetenskapsgren (217).

Genom att framhäva den grundläggande karaktären hos de rättsliga lärorna och doktrinerna har den normativa rättsteorin kunnat motivera rättens identitet och suveränitet i förhållande till politiken. Eftersom juristens yrkesskicklighet är en förmåga att tillämpa dessa läror - dömande är inte detsamma som att stifta lagar - skiljer sig intressefrämjande utgående från rättsliga synpunkter från intressefrämjande med utgångspunkt i politiska synpunkter. En rättsprincip (principle) skiljer sig från en policy och domstolarna kan hålla sig neutrala då de skyddar sina medborgares politiska rättigheter och friheter trots att domstolarna också då klart är en del av statsmakten. Rätten skiljer sig alltså från politiken, och denna skillnad kan uttryckas t. ex. som en uppfattning om att rätten är ett medel för att förverkliga en politiskt beslutad förändring. Frågan handlar om att förklara och rättfärdiga rättsstaten.

Vissa av de teoretiker som Cotterrell behandlar sammankopplar å andra sidan rätten med maktutövning på ett åskådligt sätt. Enligt John Austin belyser hans teorier om en suverän makthavare och om lagen också juridikens roll. Pound var bekymrad över att juristerna kan förlora sin ställning som en av Förenta staternas ledande elit. Därför ville han på ett upplyst sätt utveckla de gamla common law -metoderna och därigenom bevara den sociala roll som de juridiska sakkunniga hade. Fullers intresse för den yrkesmässiga verksamheten anknöt till ett fördömande av nazisternas skräckdåd. Slutsatsen var att betydelsen av en

moralisk yrkesetik framhävdes. Rättens förverkligande var för Fuller inte endast en intellektuell utan också en moralisk dygd.

Också Hart och Dworkin försöker upprätthålla skillnaden mellan rätt och politik. Harts uppfattning om politikens roll framgår av hans framställning om straffteori, som är liberal och utilitaristisk (219). Den berömda separationsprincipen (separation thesis) skiljer rätten - inte bara från moralen, utan också - från politiken. På denna punkt avviker Hart från John Austin, som ansåg det klart att domaren är statens politiska organ. Hart stannar för att betona både domarens bundenhet av de lagar parlamentet stiftat och domaryrkets tjänstemannakaraktär. Sålunda kan den pinsamma bristen i Austins tankesätt, d v s. att det rättsstatliga tänkesätten utelämnas, korrigeras.

Dworkin å sin sida väljer en mera riskfylld strategi och förkastar påståendet om skillnaden. Emellertid är också Dworkin bekymrad över rättens intellektuella autonomi och över hur den kan skyddas. Genom att juristen avstår från separationstesens öppnas för honom ett vidsträckt samhällsligt verksamhetsfält. På detta fält är han ett slags moralisk småföretagare. Juristen skall dra försorg om den rättsliga välfärden hos det samfund som avspeglar politiska grundläggande val. Juristen skall delta i utvecklandet och verkställande av dessa värden som definierar samfundet moraliskt - därigenom är juristens ansvar också moraliskt och politiskt. Rätten drunknar ändå inte i politiken; skillnaden mellan princip och policy påvisar den skillnad som finns mellan en jurist som tolkar rätten och parlamentet som stiftar ny lag.

Dworkin visar hur rätten fortfarande kan kontrollera politiken, vilket rättsstaten förutsätter. Men kan själva idén om rättsstaten samtidigt förstås som ett skapande och elastiskt uttryck för de värden som utvecklas och syns i regleringsformerna? För den dworkinska normativa rättsteorin blir rätten inte endast ett identifierbart objekt (t. ex. genom ett identifieringstest (rule of recognition) såsom hos Hart) utan rätten är något som juristen bygger upp med hjälp av den bästa juridiska traditionen i sitt samfund. Sålunda stannar Dworkin rätt nära Fullers konklusioner (220).

Normflödet och juristens know how

Trots sina förnyelsesträvanden har den normativa rättsteorin förlorat sin centrala ställning i England och Förenta staterna, särskilt efter 1950-talet. Rättsfilosofin har blivit komplicerad och den har utvecklats till en självmedveten gren av filosofin. Den är inte mera en organisk del av de akademiska studierna i juridik. Cotterrell ger två bakgrundsförklaringar

till varför den normativa rättsteorin försvagats. Den första är *den avsevärda tillväxt av rättsliga normer och rättslig reglering* som har skett oavsett regeringarnas politiska ideologier. Därför verkar det vara mycket svårare än tidigare att påvisa en struktur som omfattar de rättsliga doktrinernas alla områden och regleringar. Särskilt i Förenta staterna har det blivit uppenbart att den kraftiga tillväxten av antalet potentiella prejudikat och av deras omfattning har varit en av de centrala medverkande orsakerna till uppsvinget för den rättsrealistiska inriktningen.

I en separat granskning kunde detta första utvecklingsdrag ytterligare betona behovet av en sammanhållande teori. Det behövs alltså också en annan kompletterande och förklarande faktor. *Rättens grundläggande karaktär förefaller förändras och därmed dess förhållande till de juristyrken som är beroende av och samtidigt tjänar rätten.* En ökad reglering innebär att rätten måste framställa sig själv som kapabel att känna igen, tolka, ge råd, kreativt åberopa och försvara sig mot den ökade regleringen. Det finns därför en fara (?) att rätten som ett lärdomsyrke förändras till rätt som en yrkesmässig affärsverksamhet (inkluderande tjänstemännens professionella verksamhet). Med sin uppsättning av syftesdikterad teknik framstår rätten då som uppenbart nyttig. Som akademiskt läroämne kan rätten motivera sin existens, på motsvarande sätt, helt enkelt med sin nyttighet. Den behöver inte längre särskilda motiveringar med hänvisningar till ett visst intellektuellt områdes teoretiska utgångspunkter. Den rättsliga kunskapens nödvändighet har helt enkelt blivit självklar.

Enligt Cotterrell visar denna föreställning om självklarhet enbart att vissa idéer om rätten har nått en dominerande ställning. Fuller, Pound och Dworkin ser i common law -tänkandet i första hand, eller i huvudsak, i själva verket någonting i vilket man uttrycker värden härledda ur naturligt förnuft, socialt liv eller politisk historia. Rättspositivisterna åter anser rätten i allt väsentligt vara en yttring av politisk maktutövning i form av generell reglering. Vardagsjuristen har tjusats särskilt av den senare, alltså den positivistiska uppfattningen. Bokens 3 och 4 kapitel skildrar denna förändring. De belyser alltså den moderna positivistiska analytiska rättsvetenskapens frammarsch och dess samband med erkännandet av vissa historiska fakta. Utgående från dem gestaltar den moderna juristen sin praktiska verksamhet: den moderna staten är ett centrum för maktutövning. Detta innebar ett teoriskifte jämfört med den tidigare självförståelsen. I den underströks innehållet som det väsentliga kännetecknet för den rättsliga doktrinen, inte formen. Innehåll och form bytte roller. Den positivistiska uppfattningen innebar uttryckligen att den rättsliga professionalismen förstås som tekniskt kunnande.

Positivisten förbjuder ingalunda politiska intressen hos yrkesmannen. Men med tanke på det tekniska kunnandet är det inte nödvändigt - även om det är möjligt - att framföra antaganden om de grundläggande rationaliteterna för de rättsliga doktrinernas innehåll, antaganden om konsekvensen och kulturell "träffsäkerhet" hos samt värden och principer bakom rätten. Rätten ansågs vara en praktisk färdighet även under det klassiska common law -tänkandets guldålder. Men juristernas självförståelse, som förändrats, d.v.s. blivit positivistisk, har gjort förståelsen av detta mycket mer rätlinjig. Det klassiska common law -tänkandet innehöll ett krav på att regleringen måste ha ett innehållsligt förnuft (reason, som borde vara åtminstone konstlat, artificial reason). Detta krav försvann med det positivistiska tänkandet för att sedan återvända med Fullers, Finnis' och Dworkins teorier. Då positivisten motiverar utgångspunkterna för juristernas yrkeskunskap, återför han dem på förmågan att känna igen varje enskild regel och reglerings ursprung såsom ostridig och godkänd utövning av statlig makt. Kravet på rättens interna rationalitet har förändrats till något fragmentariskt eller lokalt (5-6). Innehållsmässigt är det i rätten allt mer fråga om att (enbart) för stunden sammanjämka olika lagstiftningsintressen. Talet om den "uppenbara nyttan" av juristen yrkespraxis förefaller sålunda allt som allt att hänvisa mer till dess ateoretiska teknik än till teoretiskt motiverat förnuft (227).

Under fredliga förhållanden kan ett visst yrkesrelaterat sätt att förstå rätten dominera under en lång tid. Men under kristider behövs det alternativ. Den amerikanska realismen fick sitt största understöd under 1930-talets politiskt och samhällsligt osäkra förhållanden. Juristerna kunde inte längre upprätthålla uppfattningen om sin verksamhet. De kunde inte se sig själva som enbart tekniska verkställare av de beslutna regleringarna och verksamhetslinjerna (policy). Innehållet i den praktiska politiken och valet av dess riktlinjer, med andra ord hela samhällspolitiken, blev så centrala att en del inte längre överhuvudtaget ansåg juristens tekniska kunnande viktigt. Det gällde åtminstone om detta tekniska kunnande var avskärmat från valet av politisk verksamhetslinje.

Mot en ny sociologisk yrkesetik

Tanken att rättslig yrkeskunskap är nödvändig är alltså i sista hand beroende av en viss teoretisk uppfattning om rätten. I detta perspektiv understryker Cotterrell den empiriska rättsteorins betydelse, alltså den rättsuppfattning som utgår från sociologisk kunskap. Denna empiriska rättsteori borde komplettera vår tids normativa teori. Den empiriska

rättsteorin erbjuder dessutom forskningsresultat om och perspektiv på de orsaker som hotar att marginalisera den normativa rättsteorin. I och med detta är det inte svårt att gissa vem som har hjälterollen i boken: Llewellyn. Han förstod nämligen på rätt sätt kravet hos den jurist som var bekymrad över grunderna för sin yrkeskunskap, nämligen kravet och begäran att få rättens enhet förklarad. Men det var lika klart för honom att den rättsliga analysen inte är enbart analys av läror och doktriner. Det behövs dessutom alltid sociologisk forskning om de mänskliga faktorer som är den rättsliga regleringens objekt. Enbart en balanserad helhetsbild är en hållbar grund (194-202).

Som helhet tagen är Cotterrells bok ett intressant försök att binda samman den anglo-amerikanska rättsteoretiska traditionen. Hans utgångspunkt att granska rättsteorin enbart i den utsträckning den har betydelse för juristkårens professionella självförståelse kan väl motiveras. Han lyckas också behandla en del sådana problem som möter varje person som vill fördjupa sig i engelsk eller amerikansk (USA) rätt. Hur kunde den professionella självförståelsen fortleva med sin betoning av domaravgöranden i en situation då parlamentslagar blev grundformen för reglering? Hur kunde (och kan) man förstå domstolarna frikopplade från utövande av statsmakt samtidigt som man fortgående debatterat förhållandet mellan domstolarna och parlamentet? Via dylika frågor når Cotterrell sitt mål att förena de rättsteoretiker han valt till tolkare av förenande teman.

Följande problem förblir öppet: om man utgår från rättsteoretikernas tankar och infallsvinkeln begränsas till den yrkesmässiga självförståelsen, i vilken utsträckning kan man då få ett alltigenom fast grepp. Åtminstone om vi tänker på Kelsens rättsteori förefaller vissa nykantianska filosofiska utgångspunkter att vara en mer relevant bakgrund än försöket att uppstrukturera grunderna för juristernas sakkunskap.

Å andra sidan kan man anknyta Cotterrells infallsvinkel till den filosofiska diskussion om yrkesetik som förts på senare tid. Yrket (professionen) har definierats som ett samhällsligt serviceuppdrag vars verksamhet är baserad på vetenskaplig kunskap. Syftet med till exempel läkaryrket är att främja hälsan med läkarvetenskapen som grund. Juristkårens uppgift kan inte preciseras lika enkelt. På basen av Cotterrells verk kan man i själva verket påstå att det inte finns något entydigt svar på denna fråga. Åtminstone två skilda alternativ står till buds. Å ena sidan kan juristens ses som en konfliktlösare. Det handlar om spänningar och stridigheter vilka alltid uppstår i samfundet. Juristen blir därmed ordningens upprätthållare. Å andra sidan kan man understryka det nödvändiga i att anknyta juristkårens verksamhet till främjande av (innehållslig) rättvisa. I det anglo-amerikanska rättsliga tänkandet före-

faller utvecklingsriktningen gå från det förra till det senare. Också åtminstone i Finland finns det tecken på förändring i samma riktning. Jag avser den snabbt växande betydelse som man hos oss på olika områden vill ge människorättsavtalen. En motsvarande form för yrkesmässig självförståelse har skisserats i en diskussion som förs inom finsk "normativ rättsteori" och som handlar om skillnaden mellan regler och principer och strävan att understryka rättspincipernas betydelse som delar i de allmänna lärorna.

Forfatteropplysninger:

Juha Pöyhönen, juris doktor, docent, Institutet för privaträtt, Helsingfors universitet, Berggatan 5, 00100 Helsingfors, Finland.

Oversatt av Johan Bärlund och Anders von Koskull