

Litteratur

Kaarlo Tuori: "Oikeus, valta ja demokratia"

(Ret, magt og demokrati). Lakimiesliiton kustannus. Mänttä 1990.

Anmeldt af Dan Frände

Kaarlo Tuori har under 1980-talet publicerat en rad högklassiga artiklar med ett starkt rättsteoretiskt inslag. Dessa artiklar har han sammanställt för den finskspråkiga läsekretsen i boken "Oikeus, valta ja demokratia" (Rätt, makt och demokrati). Det är dock inte fråga om en direkt "reprint". Tuori har bearbetat samtliga bidrag i syfte att innehållsmässigt och språkligt skapa en enhet. Man kan inte tala om en helt ny bok, eftersom grundmaterialet i de flesta fall inte utsatts för någon genomgripande omarbetning.

Målet med min kommentar är att redogöra för bokens huvudtema och framföra några synpunkter på Tuoris ställningstaganden.

Bokens kapitel är fördelade på tre avsnitt, "Rättens och rättsvetenskapens utveckling", "Rätten och makten" och "Rättens legitimitet". Det hela avslutas med ett nyskrivet efterord, där begreppet "demokratisk rättsstat" tas upp och diskuteras. Enligt min bedömning utgör rättens legitimitet bokens huvudtema. Jag koncentrerar mig på denna frågeställning, vilket betyder att bokens tredje avsnitt står i centrum. Dock innehåller även övriga kapitel relevant material för legitimitetsdiskussionen.

I syfte att ge en överblick av bokens hela innehåll inleder jag med en kort presentation av budskapet i de enskilda kapitlen.

Kapitel I "Mål och principer i den moderna rätten" handlar om rättens autonomi i förhållande till moralprinciper och samhällspolitiska mål. Tuori utnyttjar här Ronald Dworkins kända normklassifikation och tillerkänner principerna en direkt bundenhet till moralen, något som saknas hos de samhällspolitiska målen. Distinktionen används i artikeln på Max Webers lika kända klassificering av de moderna rättsordningarna som formellt-rationella. Enligt Tuori lyckas Weber bevara rättens autonomi trots att både principer och mål accepteras som beståndsdelar i rätten; de kopplas helt enkelt till lagstiftningsförfarandet och under-

ställs sålunda rättens speciella logik. Detta betyder samtidigt att principerna och målen inte förmår legitimera rättsordningen. Legitimiteten erhålls enligt Weber från lagstiftningsförfarandets legalitet. Kapitlet utmynnar i två påståenden. Dagens rättsordning består inte bara av konditionala rättsnormer utan även av avvägningsnormer, generalklausuler samt mål-medel -normer. Rättsordningen mister på detta sätt en del av sin autonomi i förhållande till moral och politik. Tuori hävdar också att Webers legitimitetsmodell inte kan accepteras pga dess cirkelnatur. Tuoris förslag tar fasta på Habermas' diskursteori, eller rättare sagt denna teori nämns som en möjlighet att bryta sig ut ur cirkeln.(22-23) Det är skäl att understryka att Tuori i kapitlet inte tar ställning till frågan om principerna tillhör rättsordningen.

Kapitel II går närmare in på några tolkningar av den moderna rättens utveckling. Det mesta utrymmet får Håkan Hydén och Jørgen Dalberg-Larsen. Men även Gunther Teubners ideer tangeras. Redan 1983 framlade Tuori en indelning av rättens nivåer i rättsform (oikeusmuoto), rättsideologi (oikeusideologia) och lagform (lakimuoto). Enligt honom erbjuder denna indelning fortfarande en bättre grund för struktureringen av juridikens forskningsobjekt och -problem än vad Dalberg-Larsens motsvarande förslag gör. (26-27) En i grunden annan klassificering tar fasta på rättsstat och välfärdsstat. Redogörelsen anknyter här främst till Dalberg-Larsens ideer. Stort utrymme ges även Hydéns normindelning i pliktnormer, avvägningsnormer och mål-medel - normer. Tuori slår fast att välfärdsstaten innehåller ett stort antal normer med öppen final styrning, samtidigt som de konditionala normerna fortfarande spelar en betydande roll.(48) Trots att Tuori anser att välfärdsstatens rättssystem befinner sig i kris vill han ändå inte som botemedel acceptera en ökad användning av normer med finalt inslag (avvägningsnormer och mål-medel - normer), något som Dalberg-Larsen och Hydén rekommenderar. Skälen till denna skepsis sammanhänger med den medföljande förskjutningen från diskursivt till strategiskt och instrumentellt förfarande; avvägningsnormerna lämnar oorganiserade intressegrupper obeaktade medan mål-medel - normerna skapar allvarliga problem för medborgarnas rättsskydd. Inte heller Teubners reflexiva krisprogram får Tuoris odelade gillande. Bl.a. är han skeptisk till möjligheterna att med procedurala regler hindra det ekonomiska systemet att förstöra miljö och undertrycka lönearbetarna.(45-46) Eventuellt kan de procedurala normerna användas på livsvärlden (Lebenswelt). Då blir det viktigt att vara mån om att skapa och förstärka diskursiva situationer.

Kapitel III behandlar den offentliga rättens allmänna läror (grundläggande

de begrepp och allmänna rättsprinciper) med utgångspunkt i välfärdsstaten. Tuori konstaterar att den traditionella rättsstatliga terminologin inte till alla delar passar in på det nya rättsläget. Enligt honom har dagens finska förvaltningsrätt övertagit en begreppsapparatur som hör hemma i rättsstatens begreppsjurisprudens. Sistnämnda forskningstradition var däremot inte särskilt intresserad av rättsprinciper. Dagens kris inom den förvaltningsrättsliga forskningen beror på att den traditionella begreppsapparaten bygger på ett motsatsförhållande mellan stat och individ som inte mera existerar; ett faktum som kräver en ny begreppsapparat. Tuori verkar dock inte tro särskilt mycket på företaget att skapa nya begrepp. (69-71) Däremot ser han chanserna vara större att utveckla en alternativ och krisfri dogmatik utgående från rättsprinciperna. Man kan säga att Tuori här uppfattar rättsprinciperna som ett slags förmedlare mellan rätt och moral, samtidigt som han inte vill ta ställning till om denna normtyp strängt taget hör till rättsordningen.(71) Som allmänt krav på den här aktuella moralen ställer Tuori att den skall uppfylla diskursivitetens krav. Eventuellt kan kapitlet ses som en uppmaning att inom den offentligrättsliga forskningen ta rättsprinciperna på allvar.

Kapitel IV publicerades första gången i festskriften för Lars D. Eriksson (Rättsdogmatikens alternativ. Helsingfors 1988) och behandlar den alternativa rättsdogmatikens möjligheter och gränser. Framställningen utmynnar i ett krav på en dogmatisk forskning som grundas på kommunikativ rationalitet och vars tolkningar och systembyggnader befrämjar den praktiska diskursen (109).

Det andra avsnittet inleds med en allmän diskussion om förhållandet mellan rätt och makt. Tuori uppfattar här rätten som maktutövningens grund, begränsning och legitimitet. Det är närmast med hjälp av tre begrepp som Tuori analyserar maktens relation till rätten, nämligen rättsstat, anstaltsmakt och nödtillstånd.

Kapitlet om rättsstatens utveckling (*V*) är i huvudsak beskrivande. Eftersom stort utrymme ägnas åt efterkrigstidens västtyska tolkningar kunde man ha väntat sig en kommentar till hur den materiella rättsstatstolkningen förhåller sig till de Rechtsstaats-påståenden som gjordes under DDR-epokens sista månader. Uppenbarligen har Tuori inte ansett det möjligt att utvidga den redan 1981 publicerade artikeln i nämnd riktning.

Anstaltsmakten i form av mikromakt behandlas i *kapitel VI*. Inledningsvis ställs Habermas' och Foucaults samhällssyn mot varandra i ett spännande försök att teckna rättens gränser. Samtidigt som Tuori anser att

grundrättigheterna även gäller anstalterna uppfattar han det som utslutet att all den maktutövning som sker inom dessa inrättningar skulle kunna regleras via rättsnormer. (150)

Kapitel VII och VIII har den statliga nödrätten som objekt. I parallellitet med straffrätten kan begreppet sägas betyda att representanter för statsmakten i stöd av författningstext eller överpositiva normer åsidosätter gällande regler i syfte att rädda något värdefullare, närmast då statens fortsatta existens i dess nuvarande form. Efter vissa klassificeringar frågar sig Tuori huruvida välfärdsstatens utsträckta behörighet skapar ett slags konstant nödtillstånd. (160) Något egentligt svar ges inte på frågan men man kan tolka texterna så att likheterna är betydande. Av all undantagslagstiftning som sker med nödtillståndsmotivering bör krävas att den skall vara klar och entydig och innehålla möjligast lite ingrepp i medborgarnas grundläggande fri- och rättigheter samt även möjliggöra efterhandskontroll. Tuori antyder att detta kanske kan ge nödrättsbeslutet en medelbar legitimitet. (161) Carl Schmitt och tredje riket erbjuder här exempel på ett annat rättsläge. Kapitel VIII ägnas även helt åt Schmitt och hans syn på nödtillståndet. Framställningen har såtillvida att göra med legitimationen av rättsordningen att den visar hur en framstående vetenskapsman låter sig bländas av makten och härligheten med bl.a. artikeln "Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist" (DJZ 1936) som entydigt bevis på en djupgående intellektuell korruption. Den intresserade kan komplettera Tuoris utmärkta framställning med Bernd Rütters' böcker "Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich" (1 uppl. 1988) och "Carl Schmitt im Dritten Reich" (1989).

Legitimitetsavsnittet består av 4 kapitel. I det IX:nde diskuteras under rubriken "Rättsnormernas tillkomstsätt och rättens kristendenser" olika tekniska grepp för normskapande i dagens Finland samt deras förhållande till tre olika legitimationsmodeller. Framställningens syftemål är närmast att ringa in diskussionens kärnområde. I det följande kapitlet (X) är objektet offentligheten i form av princip och område. Igen ställs den liberala rättsstaten och välfärdsstaten mot varandra. Tuori antar att den offentlighet som rättsstaten byggde på och förutsatte inte längre passar in i välfärdsstaten (205).

Legitimationsaspekten accentueras i de två följande kapitlen, "Giltighet, legitimitet och revolution" (XI) och "Diskursetikens teori och rättens legitimitet" (XII). Även efterordet hör till samma enhet.

Vad säger nu Tuori om *rättens legitimitet*? Med legitimitet avses närmast godtagbarhet utgående från en moralisk synvinkel (the moral point of view). Jag tror att man kan sammanfatta det i det två första avsnitten enligt följande.

Tuori slår fast att rättsordningen och dess enskilda normer behöver en legitimationsgrund fristående från legalitetstro och överpositiva principer. Som alternativ framlägger Tuori en rättsordning som motsvarar den diskursiva, postkonventionella moraluppfattningen. En dylik rätt grundas på (eventuellt innehåller) principer som genomgått ett diskursivt förfarande. Enligt Tuoris Habermas-tolkning förutsätter statsförfattningarna i de västerländska demokratierna ett dylikt diskursivt förfarande, vilket skapar en bro mellan rätten och moralen. Detta verkar betyda att den rättsliga diskursens likheter med moraldiskursen garanterar legitimiteten hos rättsordningen och dess rättsnormer legitimitet.

I dagens samhälle är dock ovanbeskrivna diskursiva grund för rättsordningen starkt hotad. En av rationalitetskriserna beror på att verkställighetsorganens möjligheter att påverka det konkreta norminnehållet markant ökat. Denna förskjutning från diskursivt till strategiskt (intressekompromiss) och instrumentellt (uppfattningar om kausala mål - medel - relationer) handlande skapar en allvarlig legitimitetskris för hela den moderna rättsordningen. Detta betyder prima facie att Tuori inte anser det tillräckligt att de lagar som ytterst grundar normgivningskompetensen tillkommit i ett diskursivt förfarande; diskursen måste genomsyra hela rättsordningen.

Tuori ser alltså lösningen på legitimitetsproblemen i stärkandet av rättsordningens diskursiva mekanismer. Om detta betyder ett steg tillbaka eller utvecklandet av något helt nytt lämnas i detta skede öppet. I samband med diskussionen kring förvaltningsrättens allmänna läror nämner Tuori dock som en möjlighet Habermas' idé om att den diskursiva legitimiteten medelbart kan användas på strategiskt och instrumentellt handlande. (73)

Det är knappast någon större överdrift att hävda att Tuori i de två första avsnitten låter förstå att Habermas' diskursteori som sådan erbjuder svaret på välfärdsstatens legitimitetsproblem. På några ställen hänvisar Tuori dock till kommande kritik, bl.a. gällande Habermas brist på konkreta förslag om att uppnå diskursiva situationer. (72, 108)

I kapitlet om normgivningen (IX) börjar Tuori konkretisera och underbygga kritiken. Efter att Tuori beskrivit vissa tendenser i dagens normgivningspraxis framlägger han en idealmodell för den kommande legitimitetsanalysen. Begreppen är redan bekanta; diskursivt, strategiskt och instrumentellt beslutsfattande (handlande). Diskursiv legitimitet erhålls via den offentliga, tvångsfria och konsensusinriktade diskussio-

nen, strategisk legitimitet via uppnådda fördelar och instrumentell legitimitet via åtgärdernas förmåga att kausalt producera vissa saklagen. I den rättsliga kontexten återfinns det diskursiva förfarandet i parlamentets lagstiftningsprocess. Den strategiska metoden utnyttjas bl.a. i de fall när intresseorganisationerna svarar för normgivningen. Det instrumentella förfarandet används igen av verkställighetsorganen i deras normskapande. Enligt Tuori har dessa tre beslutsformer ända fram till 1970-talet befunnit sig i ett slags jämnviktsförhållande. (194) Den stora och avgörande frågan för Tuori förefaller vara: Hur legitimera all den normmassa som tillkommit i ett förfarande som inte uppfyller diskursens krav. Hans beskrivning av Habermas' svar tyder på att det strategiska och instrumentella förfarandet utgör både saklogiskt nödvändiga och legitima delar i rättsordningen som helhet. (201) Tuori är dock inte beredd att acceptera en sådan medelbar legitimationsmodell. Den centrala invändningen lyder: "är en livsvärld som uppfyller Habermas' ideal möjlig ifall man inte tar sig an systemets organisationsprinciper?" (201-202) Samtidigt hävdar han att den reflexiva rättsteorin inte utgör svaret på frågan. (203-204)

Kapitlet om offentligheten antyder att systemet med dess byråkrati och finansmakt inte ur legitimationssynvinkel kan lämnas ifred. Tuoris egen uppfattning blir rätt klar i de följande kapitlen, vilka även innehåller en precisering av rättsprincipernas ställning i rättsordningen.

Utgångspunkten tas i rättsordningens bindande kraft, dess giltighet. Legitimiteten uppfattas ju ofta som en del av rättsordningens giltighet. Enligt Tuori kan man indela giltighetsteorierna i normativa och realistiska. Till de sistnämnda hör effektivitetsteorier och teorier om empirisk legitimitet. De normativa består av rättspositivistiska och kritiskt-normativa teorier. (218) Tuori omfattar själv den senare formen av normativ giltighet, som han anser kunna lösa revolutionens problematik. Diskussionspartner är här främst H.L.A. Hart, vars "rule of recognition"-modell anklagas för inre motstridighet. Hart omfattar nämligen den kelsenska normhiererakin beträffande enskilda rättsregler men rättsordningen som helhet måste vad gäller giltigheten bestämmas med empiriska kriterier, dvs att juristkåren uppfattar den som giltig. Detta betyder samtidigt att rättsordningens giltighet blir empirisk legitimitet. (227)

Tuori angriper modellen från två sidor. Det första argumentet gäller rättsprinciperna och deras roll i rättsordningen. Enskilda rättsreglers giltighet bestäms ju i den hartska traditionen av formell tillhörighet till systemet. Rättsprincipernas giltighet kan dock inte bestämmas på detta sätt och Tuori frågar sig om inte giltighetsteorin även måste beakta rättsrelationer till samhällets andra normsystem. (230) Framställningen i det XI:nde kapitlet visar att Tuori ändå räknar rättsprinciperna som

element i rättsordningen. Hans principer har dock en direkt koppling till den diskursivt testade moralen. Det andra argumentet utgår från den inre aspekten hos juristkåren. Det är inte bara mänskligt beteende som skall granskas kritiskt utgående från en viss norm, utan själva normen bör likaledes kunna ifrågasättas. Den empiriska legitimiteten garanterar inte den normativa. (235) Till detta hör att gemene man likaledes har rätt att ställa innehållsmässiga krav på rättsordningen. (239)

Tuori förnekar dock att man skulle kunna bestämma den kritiskt-normativa giltigheten, dvs. legitimiteten, enbart på den kolliderande principnivån. Det krävs en yttersta djupjustifikation eller justifikationsprincip (239) som gör det möjligt att undvika decisionism och subjektivism. Tuori är emellertid inte beredd att ty sig till naturrätten och dess eviga och oföränderliga grundprinciper. För honom är justifikationsprincipen enbart formell, dvs. procedural: "I ett samhälle med en utvecklad rättsordning kan som justifikationsprincip enbart fungera en sådan procedural justifikationsprincip som bestämmer villkoren för det argumentativa testandet - diskursen - av ifrågasatta normer eller normförslag". (241) Denna yttersta legitimitetsgrund kan rekonstrueras med hjälp av de rättsregler som konstituerar de demokratiska staternas statsförfattningar. Vid en revolution byts justifikationsprincipen ut mot en som äger empirisk legitimitet, varvid den uppkomna klyftan mellan empirisk och normativ legitimitet överbyggs. (242) Tuori kommer här nära den av Aulis Aarnio framförda giltighetsteorin, där positivistisk, empirisk och (kritisk-) normativ giltighet bildar en enhet.

Vad innebär då en procedural justifikation av rättsordningen och dess delar? Kan den lösa de legitimationsproblem som ovan skisserats? Med utgångspunkt i det som redan sagts väntar man sig en precisering och vidareutveckling av Habermas' diskursiva legitimitetsmodell. Tuori har ju slagit fast att Habermas kvalificerar lagstiftningens proceduralregler som garanter för diskursens genomförande. Denna diskurs överensstämmer igen med det som sker på moralens område, dvs fråga är om en institutionalisering av den moralpraktiska diskursen, vilket legitimerar förfarandets produkter, rättsnormerna. Därtill finns det även rum för strategiskt och instrumentellt förfarande i en legitim rättsordningen, något som i sin tur betyder att endast en del av riksdagslagarna besitter en omedelbar diskursiv legitimitet. Denna grupp består av lagar rörande livsvärlden, varvid de har en omedelbar anknytning till det sociala livets informella normer.

Tuori utsätter denna i sig eleganta modell för en rätt sträng kritik. Han hävdar att även ekonomin och byråkratin kräver kommunikativa mekanismer. Detta beror bl.a. på att dikotomin mellan rätten som institution och rätten som styrmedel inte kan upprätthållas. Därtill kommer

ytterligare två aspekter på normskapandet. Det verkar för det första som om begreppet "gemensamt intresse" måste bestämmas genom diskursivt förfarande. För det andra förutsätter samhälleligt beslutsfattande att även axiologiska och teleologiska aspekter beaktas. Tuoris kritik utmynnar i krav på en teori om rationell kollektiv viljebildning, där den moralpraktiska diskursen enbart utgör en del. Till teorins uppgifter hör att presentera konkreta förslag till samhällsreformer. Vad sedan gäller rättspraxis förnekar Tuori giltigheten hos "die Sonderfallthese". (262) Däremot anser han det möjligt att ett vidsträkt auditorium kan anses uppfatta domstolsprocessens diskursundantag som diskursivt acceptabla. Men även här förordar Tuori utvecklandet av en allmän teori för rationell kollektiv viljebildning.

I efterordet skisseras kraven på en demokratisk rättsstat. Förutom demokrati och grundrättigheter spelar begreppet "medborgarsamhället" en central roll i sammanhanget. Existensen av aktiva medborgar rörelser bidrar kraftigt till att riksdagsbesluten kan anses besitta diskursiv legitimitet.

Tuori måste betraktas som övervägande pessimistisk vad gäller legitimiteten hos dagens finska rättsordning. Tar man honom på allvar saknar en rad rättsnormer explicit legitimitetsgrund, eftersom den praktiska moraldiskursen inte når fram och utvecklandet av en teori för rationell kollektiv viljebildning inte ännu kommit igång.

Det är dock inte helt klart att detta är en riktig tolkning av Tuoris uppfattning. Efterordets "demokratiska rättsstat" måste även beaktas. Innehåller bokens avslutning en ideologisk (och utopistisk) programförklaring, på vars grund lagformens konkretiseringar har att bygga? Eller skall framställningen läsas som en beskrivning av dagens finska situation, som enbart kräver vissa små korrigeringar på lagformens nivå? Jag har efter tvekan och omläsning kommit fram till att efterorden måste tolkas som en programförklaring, dvs. Finland kan inte till alla delar sägas utgöra en demokratisk rättsstat.

Min bedömning av Tuoris grepp om legitimitetsproblematiken är inte odelat positiv. Efter några genomläsningar av boken fick jag en känsla av att framställningen trampar vatten. De i början av boken väckta förväntningarna om något nytt infrias inte. Svaren skjuts liksom på framtiden, eftersom teorin om rationell kollektiv viljebildning enbart nämns. Känslan beror kanske på min utgångspunkt; den som läser boken ur annat än legitimitetsperspektiv gör kanske en helt annan bedömning.

Trots lätt besvikelse vill jag understryka att Tuoris bok är i högsta grad läsvärd. Särskilt lättläst är den däremot inte.

Bristerna i min Habermas-kunskap gör att jag nöjer mig med en i

grunden intuitiv invändning mot den diskursiva legitimationsmodellen. Är det verkligen så att rättsordningens yttersta justifikationsprincip kan vara allt igenom procedural och formell? (Jämför Adela Cortina: Diskursethik und Menschenrechte. ARSP 1990 s. 44; Arthur Kaufmann: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart/ hrsg. von Arthur Kaufmann u. Winfried Hassemer. 5. Aufl. 1989 s. 140)

I viss mening kan man ju säga att de medborgerliga fri- och rättigheterna legitimerar den statliga maktutövningen, eftersom tvång behövs för att garantera dylika rättigheter. Det ligger nära till hands att fråga sig om man i demokratins namn och genom allmän och offentlig diskurs kan avskaffa eller inskränka medborgarnas fri- och rättigheter. Ifall rättsordningens yttersta justifikationsprincip är enbart procedural verkar något sådant inte kunna förhindras. Enligt Tuori är det inget som hindrar att man diskursivt kommer fram till en rejäl kompromiss (257); vissa friheter offras i utbyte mot materiella fördelar. Vad jag kan se krävs accepterandet av vissa innehållsmässiga normer för att ett dylikt slutresultat skall kunna kritiseras och bekämpas med legitimitetsargument. Ytterst är det fråga om att ta människovärdet på allvar.

Forfatteroplysninger:

Dan Frände, docent, Helsingfors universitet.

1. Till de som inte läser finska men vill bekanta sig med Tuoris tankegångar rekommenderas följande artiklar av Kaarlo Tuori: *Var går rättens gränser?* Retfærd 30 (1985): 22-37; *General Doctrines in Public Law*, Scandinavian Studies in Law 1987: 177-197; *Två tolkningar av rättens evolution*, Retfærd 36 (1987): 46-62; *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?*, i Kaarlo Tuori (red): *Rättsdogmatikens alternativ*, Tammerfors 1988; *Discourse Ethics and the Legitimacy of Law*, Ratio Juris 1989: 125-243; *Legitimität des modernen Rechts*, Rechtsstheorie 20 (1989): 221-243; *Validy, Legitimacy, and Revolution*, i Elspeth Attwoll (ed.): *Shaping Revolution*, Aberdeen 1991; *Four Models of the Rechtsstaat*, i Maija Sakslin (ed.): *The Finnish constitution in Transition*, Tammerfors 1991.