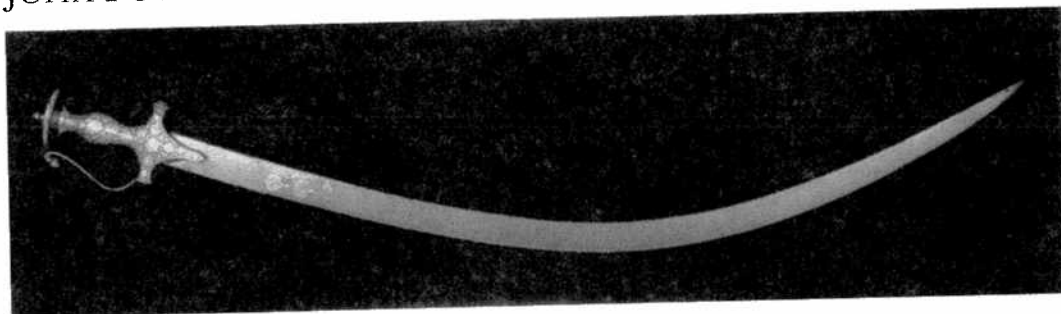


# Koranens och rättspositivismens gemensamma hemligheter<sup>1</sup>

JUHA PÖYHÖNEN



## Händelsens Sura

“När händelsen händer,  
Kan intet väsen förneka, att den händer.  
Den skall förnedra och upphöja,  
När Jorden skakas av väldig skakning  
Och bergen smulas sönder i smulor  
Och varda som uppvirvlat damm  
Och I ären av trenne slag.  
Och, de som gå till höger, vad äro de som går till  
höger?  
Och de, som gå till vänster, vad äro de, som gå  
till vänster?  
Och föregångsmännen förbliva föregångsmän.  
Det äro dessa, som få företräde  
I ljuvliga lustgårdar.  
En stor skara av de första  
Och ett ringa antal av de sista.  
Där får de vila på guldstickade troner  
Mitt emot varandra,  
Medan evigt unga svenner kretsa omkring  
ibland dem  
Med skålar, krus och bågare med flödande  
dryck,

Varav de ej få huvudvärk eller bedövas,  
Med frukter, som de skatta högt,  
Och kött av fågel, som de önska sig,  
Så ock mörkögda tärnor som väl förvarade  
pärlor  
Till lön för vad de gjorde.  
Där skola de ej få höra fåvitskt tal eller före-  
bråelser,  
Utan fridfullt, ja, fridfullt tal.  
Och de, som gå till höger, vad äro de, som gå till  
höger?  
Jo, bland lotusträd utan törnen  
Och bananer med klasar ovanpå varandra,  
Bland breda skuggor,  
Flödande källor  
Och rikliga frukter,  
Som ej tryta eller förmenas dem,  
Och upphöjda viv.  
Vi hava förvisso skapat dem genom omedelbar  
skapelse  
Och låtit dem förbliva jungfrur.  
Ömma och jämnåriga  
Med dem, som gå till höger,  
En stor skara av de första

1. Föredrag som författaren hållit på Rättsvetenskapens dagar, december 1992, i Åbo under rubriken Rättspositivismen - och efteråt?

Och en stor skara av de sista.  
 Och de som gå till vänster, vad äro de, som gå till vänster?  
 Jo, de äro utsatta för kvävande vind och sjudande vatten  
 Och skuggan av svart rök,  
 Som ej svalkar eller vederkvicker.  
 Tillförne voro de förvisso begivna på vällevnad,  
 Framhårdade i sin stora synd  
 Och sade: "Skola vi verkligen uppväckas, sedan vi dött och blivit stoft och ben?  
 Eller kanske våra förfäder"  
 Säg: "Både de första och de sista  
 Skola sannerligen församlas till utsatt tid på en bestämd dag.  
 I vilsefarna, som hållen sanning för lögn,  
 Sedan skolen i sannerligen få äta av Zakkumträdet  
 Och fylla eder buk därmed,  
 Dricka sjudande vatten därpå  
 Och dricka som febersjuka kameler.  
 Detta varder deras välkomstfägnad på domedagen.  
 Vi hava skapat eder, och varför tron I det ej?  
 Vad tänken I om det, som I utgjuten?  
 Skapen I det, eller är det vi, som skapa?  
 Vi hava fastställt döden för eder – och vi låta oss ej förekommas  
 För att lära sådana som I växla om och låta eder uppträda i en gestalt, som I ej känna.  
 I haven ju lärt känna den första skapelseakten, och varför låten I ej förmana eder?  
 Vad tänken I om det, som I odlen?  
 Så I det, eller är det vi, som så?  
 Om vi ville, kunde vi förvandla det till torra strån, och I skullen häpna utbrista.  
 Vi äro sannerligen skuldbelastade: ja, vi äro hjälplösa.  
 Vad tänken I om vattnet, som I dricken?  
 Haven I nedsänt det från molnen, eller är det vi, som nedsända?"

Om vi ville, så kunde vi göra det bittert, och varför ären I ej tacksamma?  
 Vad tänken I om elden, som I upptänden?  
 Haven I frambragt trädet därtill, eller är det vi som frambringa?  
 Vi hava gjort det till en påminnelse och en nyttig sådan för ökenborna.  
 Så prisa då, din Herres, den Stores namn!  
 Och jag svär vid stjärnornas nedgång,  
 Och det är sannerligen en dyr ed. Om I vissten det!  
 Detta är sannerligen en härlig koran.  
 Som finnes i en väl förvarad skrift,  
 Den blott de rene få vidröra,  
 En sändning från all världens Herre.  
 Skolen I då försmå dessa tidender  
 Och anse det vara eder sak att hålla sanning för lögn?  
 När själen hinner upp i strupen  
 Och I då sen på,  
 Ehuru vi äro närmare den döende än I, fastän I ej märken det.  
 Så, om I ären oberoende,  
 Varför lären I den ej vända om, ifall I ären sannfärdiga?  
 Beträffande det fall, att den döde hör till dem, som få komma Gud nära,  
 Varder hans lön ro, undfägnad och en ljuvlig lustgård.  
 Beträffande det fall, att han hör till dem, som gå till höger.  
 Varder hans lön: Frid med dig bland dem, som gå till höger.  
 Och beträffande det fall, att han hör till dem, som hålla sanning för lögn  
 Och fara vilse.  
 Varder hans lön en välkomstfägnad av sjudande vatten  
 Och stekning i avgrundselden.  
 Detta är sannerligen den säkraste sanning.  
 Så prisa då din Herres, den Stores namn!"

## Avbrottet

Brytningen mellan naturrätten och rättspositivismen anses inte vara fullständig. Traditionen i det naturrättsliga tänkandet lever i många avseenden vidare i rättspositivismen. I synnerhet den sk. rationella naturrätten med dess grund i förnuft och logisk deduktion har ansetts vara en direkt föregångare till rättspositivismen. Det centrala avbrottet har sålunda skett i förhållande till den *religiösa* naturrätten. Det upplevs som högst omvälvande att Gud fallit ut ur rätten. Den stiftade lagen blir rättens nya *själv tillräckliga* centrum. Till exempel rättskälleläran i Aulis Aarnios lärobok om rättsdogmatik är den mest typiska lagpositivism i stil med Münchausen: lagen är den främsta rättskällan eftersom lagen själv säger det. Med ett stadigt grepp om håret lyfter baronen sig ur kärret. I denna bemärkelse rider all rättslig positivism på upplysningens kanonkula och vill med hjälp av sin vetenskap nå den sekulariserade himlen.

“Sannerligen, de som icke tro på Guds uppenbarelser, de få ett hårt straff, ty Gud är allsmäktig, en stark hämnare” (Koranen, Imrans hus).

Gud uppenbarar sig i tecken med hemligheter. Guds tecken ger alltså igen. I dessa tecken döljer sig en hemlighet som har funnit sin väg också till rättspositivismen, och till lagpositivismen. Denna hemlighet finns fortfarande förborgad i rätten. En hemlighet kan inte röjas utan att den förlorar sin magi och trollkraft. Men man kan lätta på förlåten så att hemligheten skymtar för att genast försvinna på nytt. Föreställ er en julkalender där varje lucka stängs omedelbart då man öppnar den. Jag försöker med våld

glänta på några luckor.

Allt i rätten är språk. Rätten är talad och skriven text, inte enbart det, men väsentligen också det. Rättspositivismen trodde att den hade tämjt språket med hjälp av den analytiska språkfilosofins piska. Rättens lejon hade kantänka blivit en snäll kissemiss som på kommando hoppar igenom det brinnande tunnbandet. I själva verket kan man inte tämja de textuella strukturerna i rättens texter. Strukturerna slår sig igenom, oväntat och överraskande, utan tillstånd. Till exempel. Lagarnas, domarnas och avgörandenas text har rengjorts från all humor, alla rättsliga texter måste skrivas på klar sakprosa. Därför är deras humoristiska drag ofrivilliga. De föds i läsarens och inte i skribentens huvud, men de kommer av författarens penna. Det löjeväckande intrycket kommer av textens okontrollerade kraft, textens strukturer.

## Fortsättningen

Allt som är Koranen är text. Vad är hemligheterna med Koranens tecken? Jag tar upp några i det följande, sådant som ser ut att fortsätta i rättspositivismen. De är gemensamma hemligheter för Koranen och det positivistiska rättsliga tänkandet.

**Den första strukturen:** Förhållandet till traditionen.

“Och de som gå till vänster, vad äro de, som gå till vänster?

Jo, de äro utsatta för kvävande vind och sjudande vatten

Och skuggan av svart rök,

Som ej svalkar eller vederkvicker.

Tillförne voro de förvisso begivna på vällevnad,  
Framhårdade i sin stora synd

Och sade: Skola vi verkligen uppväckas, sedan vi dött och blivit stoft och ben?

Eller kanske våra förfäder”

“Säg: bland de första och de sista

Skola sannerligen församlas till utsatt tid på en bestämd dag.”

Att bryta med traditionen, i kristendomen berättelserna om förlusten av förstfödslo-rätten, i samhällena tyrannmordet som tema. Koranen frågar och svarar med mening-en: varför stöda era fäders lära? Någon gång måste förändringen ju börja och den börjar från er. Tro inte längre på gamla läror. Och analogt, vem av rättsdogmatikerna skulle forska i eller tillämpa en föråldrad lag. Det vore ju ett kardinalfel om något. Lagen måste ha ett ikraftträdelsedatum. Någon-stans har ärendena kungjorts och bundits vid tid. I rättspositivismens geometri blir la-garna minst till hälften raka. Linjernas be-gynnelsepunkt visar avbrottets plats.

Att bryta med traditionen är inte det samma som att förneka historien. Det är en tolkning av historien, en tolkning av histo-riens fullmakt att förändra det som redan kommit till varande. I denna struktur är det viktiga inte det när en lag trätt i kraft. Det centrala är *möjligheten* att lagen när som helst förändras. Det är inte längre lagen som skall överleva mig, lika som jag blev till långt efter den: tre direktiv från påvarna i Bryssel och bibliotek blir till returmaterial. Grundnormen är utgångspunkten för Kel-sens system. Grundnormen måste antas ex-istera även om den är innehållsligt tom (GRUNDLAGEN MÅSTE FÖLJAS). Grundnormen möjliggör brottet med tra-ditionen. Grundnormen är ett *ställningsta-gande* till traditionen. Den textuella struk-tur som jag avser är alltså inte valet mellan

att fortsätta eller att avbryta traditionen, utan det faktum att man *blir tvungen att ta ställning* till traditionen, eller snarare: man tar alltid ställning (explicit eller implicit) till traditionen. Som tankesystem kan Koranen eller rättspositivismen inte undgå detta. En bisak är egentligen att ställningstagandets innehåll i Koranen och rättspositivismen är det samma: bryt med traditionen, lita på er själva!

**Den andra strukturen:** Den lineära tidsuppfattningen.

Det är för sent att ångra sig när domen fal-ler. Man får inte försitta fataljen, allt har en limit. Tiden rusar och den rusar längs en lineär löparbana, tiden löper sitt eget mara-tolopp. Loppet går från vänster till höger eller från höger till vänster, medsols, som klockan. Tidigare, senare, åt vänster, åt höger, men inte upp, inte ned, inga cykler. Världen blev i tiden skapad, domedagen gryr en viss dag:

“När händelsen händer,

Kan intet väsen förneka, att den händer.”

Också i rättspositivismen är lagens liv och lagens kraft bunden till det lineära, till den endimensionella tiden. Lagen träder i kraft ett visst ögonblick, och den är i kraft tills den senare ändras eller upphävs. Rättsposi-tivismens rätt känner inte årstider. I rätts-positivismen är lagarna sträckor på tidsax-eln, tidsstumpar.

**Den tredje strukturen:** Bundenhet till plats.

“Där får de vila på guldstickade troner

Mitt emot varandra,

Medan evigt unga svenner kretsar omkring ibland dem

Med skålar, krus och bågare med flödande  
dryck,  
Varav de ej få huvudvärk eller bedövas,  
Med frukter, som de skatta högt,  
Och kött av fågel, som de önska sig,  
Så ock mörkögda tärnor som väl förvarade  
pärlor  
Till lön för vad de gjorde.”  
eller  
“I vilsefarna, som hållen sanning för lögn,  
Sedan skolen i sannerligen få äta av Zakkumträ-  
det  
Och fylla eder buk därmed,  
Dricka sjudande vatten därpå  
Och dricka som febersjuka kameler.”

På tyska heter lag *das Gesetz* och det uttrycker tanken att rätten placeras i ett utrymme, den binds till en plats: den är satt på sin plats. På skandinaviska språk har lag en liknande etymologi. Man kan således förstå en kritik mot rättspositivismen på Kafkas vis så att kritiken handlar om att avslöja att detta sättande på plats inte har lyckats. I processen flyr lagen undan Josef K till grannbyrån eller in i dörrarna. Domstolen är gömd på vinden, och K hittar dit enbart av misstag, när han inte söker efter den.

Inte heller här menar jag att lokalisering, bindande vid en plats, skulle komma *först* från textens innehåll, först från de svartögda tärnorna och inte tidigare. Med lokalisering avser jag en sådan struktur som leder till att detta band uppkommer. I Koranens beskrivningar av paradiset är det inte geografin som är viktig utan det att *bruket av metaforer* skapar denna lokalisering. Om paradiset kan man tala enbart i liknelser. Den positivistiska infallsvinkeln på rättskällorna för likaså med sig en precisering: om vilket lands rätt man talar. På den-

na punkt var *Alf Ross* klar: grundfrågan är inte, vad är gällande rätt, utan vad är gällande rätt i *Danmark*, inte var som helst.

**Den fjärde och sista strukturen:** Det synliga / det osynliga  
“Vad tänken I om det, som I odlen?  
Sån I det, eller är det vi, som så?  
Om vi ville, kunde vi förvandla det till torra strån, och I skulle häpna utbrista:  
“Vi äro sannerligen skuldbelastade: ja vi äro hjälplösa.”

Varför bär en av våra lagar namnet rätts-handlingslag och inte rättshandlingsrätt? Vad är det egentligen i uttrycket *rättslag* som roar en jurist, varför får vi inte av dessa ord ett harmoniskt sammansatt ord? Kanske orsaken är att det hemliga, alltså rätten, inte får synliggöras, alltså identifieras med lagen. Man kan bli invigd i hemligheter, profeter och orakel talar om hemligheter, även rättens profeter och orakel, men lagens profeter och lagens orakel är olika personer. För oss är enbart lagarna synliga. Rätten förblir Tantalos frukt; en ständigt flyende hägring för en streber som matade sina egna barn som delikatesser åt gudarna. Lagen är ändå bara en bild av rätten, en bild som våra tankar reflekterar.

## Spången

*Förhållandet till traditionen* är en struktur som bär antingen på tanken att fortsätta traditionen eller att bryta med den. Den *lineära tidsuppfattningen* är en struktur, den ockuperas, periodiseras av epoker. *Bundenhet till ort* är en struktur, den ockuperas av beskrivningar genom metaforer eller “empiriska propositioner”. *Distinktio-*

nen mellan det synliga och det osynliga är en struktur, den ockuperas av tanken om det osynligas primat eller tanken om det osynligas förbud eller något annat liknande. Texterna, även rättens och lagens texter, är instanser, orter. I dessa orter har de strukturer som föregått texterna skrivit in sig. Författarens svårighet är att också han eller hon alltid är inbegripen redan i dessa strukturer. Författaren har inte något rent metaspråk att skriva. Redan min rubrik<sup>2</sup> är bundit mig till en lokalisering: Rättspositivismens borttynande och vad i dess *ställe*. När jag skriver, skriver jag samtidigt en struktur. Detta skrivande sker i den flyende stund i vilken mina tankar blir skrift – eller hos er alla i det förbiglidande ögonblick då det muslimska svärdet födde bilder i era medvetanden. Men dessa strukturer är alltid täckta av sina effekter, täckta av det in-

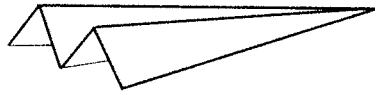
nehåll texten för med sig. Strukturerna skall man läsa som sina drömmar: finna, återfinna. Och allt detta domineras av känslan: var det inte dess märkvärdigare.

En jurist har emellertid en genväg, en färdig utsiktsplats med utsikt över strukturer. Vi vet att man någon gång måste högakta formella krav. Ett testamente blir inte giltigt av att man bevisar att ett dokument motsvarar arvlåtarens sista vilja, om dokumentet belastas av ett formfel såsom att vittnena saknas. I ett sådant avgörande är det inte fråga om onödig formalism, utan om nödvändighetens tvång. Fanfarer för formalismen, död åt formalismen. Där är den, den rena formen, den rena möjligheten och vördnaden inför den. I ändan på den vägen finns en (hel) *lag utan egenskaper*, som en ren möjlighet. Rättslagen.



Rättslagen. i rättens rike,  
Sultanen är på den glödheta  
domarens stol.

Rättslagen



*Författarupplysningar:*  
Juha Pöyhönen, jur.dr.,  
professor i obligationsrätt  
vid Lapplands universitet,  
Rovaniemi

*Översättning:*  
Anders von Koskull