

David Roland Doublet: Rett, vitenskap og fornuft Alma Mater Forlag, Bergen 1995

Anmeld av HÅKAN ANDERSSON

De stora frågeställningarna

Kan dikotomin naturrätt-rättspositivism upphävas? Vad ger då rätten dess legitimitet och hur påverkar dessa frågor rättskälleläran? Hur spelar de rättsliga värderingarna med i den juridiska argumentationen och vilken betydelse har de samhälleliga värderingarna i stort för denna process? Kan en kritisk vetenskapsteoretisk debatt närma den rättsteoretiska diskursen till den allmänfilosofiska? Kan, i ljuset av allt detta, den traditionella rättsdogmatiken fördjupas och utvecklas till en mer kritisk och reflekterande verksamhet? Detta är de stora frågor som belyses i Doublets omfattande (556 s) avhandling. Jag kanske hellre skulle säga att detta är några av de frågor boken behandlar, men mitt försök till sammanfattning täcker åtminstone det jag funnit mest angeläget. Av särskilt intresse för mig – som rättsdogmatisk forskare inom civilrätten – är nämligen frågan hur den ”traditionella” rättsdogmatiska forskningen ska kunna vinna impulser till förnyelse och större vetenskapsteoretisk självreflektion.

Doublet har tagit starkt intryck av Niklas Luhmann och dennes systemteoretiska anslag. Det genomgående temat i boken är således hur man utifrån systemteoretiska utgångspunkter ska kunna hantera värderingsfrågorna och se sammanhangen

mellan rättsdogmatik, rättsteori och vetenskapsteori. Tidigt i boken uppställs målet med framställningen, nämligen att skapa grunden för en vetenskapsteoretisk debatt om rättsdogmatik, rättsanvändande och rättsvetenskap och på så sätt inom den rättsvetenskapliga verksamheten utveckla en kritisk vetenskapsteoretisk självförståelse. Genom den grundliga genomgång av frågeställningarna som sedan följer i boken vill jag initialt gärna gratulera Doublet till att ha lyckats med föresatsen att ge en grund för vidare debatt – en debatt som i förlängningen förhoppningsvis ska kunna inspirera till en mer kritisk och teoretiskt skärpt rättsvetenskap.

Innan jag går över till en presentation av boken – och därvidlag särskilt fäster uppmärksamhet på några av de (många) saker som på ett konstruktivt sätt bör kunna nyttjas såväl i rättsdogmatiska som i mer allmänna, rättsteoretiska undersökningar – vill jag dock något kommentera vissa, i mina ögon, problematiska egenskaper hos avhandlingen.

Ett problem hänger samman med det faktum att boken omfattar så ofantligt stora ämnen. Juridisk argumentation, rättskällelära, begreppet gällande rätt (inkluderande frågor om rättsrealism, rättspositivism och naturrätt) samt de rättsliga värderingarna

och evalueringsgrunden för gällande rätt är onekligen (på ett ungefär) de huvudsakliga ämnen som en lärobok i allmän rättslära brukar innehålla. Härmed löper Doublet risken att från rättsfilosofiskt håll få höra att han gapar efter för mycket och att han därigenom inte kan bidra med så mycket nyheter (eller nya analyser) avseende alla de frågor han tar upp. Som svar på detta skulle Doublet kunna säga att han anlägger ett systemteoretiskt perspektiv på frågorna och att det är detta som är hans bidrag; det är säkert riktigt, men frågan är om man i så fall inte hellre skulle kunnat renodla de systemteoretiska frågeställningarna och på så sätt fått en kortare men mer stringent framställning. Det är faktiskt så att en hel del stoff i boken är "allmängods" som förvisso är intressant att läsa, men som kanske skulle tjänat på att mer direkt inordnas i det systemteoretiska temat.

Ett annat problem som hör ihop med det nu sagda kan belysas genom frågan "Tror man på Luhmann?". Doublet tror på Luhmann. Det är sällan det passerar fem sidor utan att referenser görs till honom, och när någon författares ställningstaganden mot Luhmanns teser redovisas blir resultatet så gott som alltid att Luhmann i slutänden står som vinnare. "Ständigt denne Luhmann" – som Ture Sventon skulle sagt. Nu ska detta inte tolkas som att jag skulle ha något emot Luhmann – jag är inte tillräckligt bekant med hans verk (även om man får en inspirerande och god inkörsport genom denna avhandling) – men kanhända skulle ett friare förhållningssätt ha givit en mer allsidig bas.

Vi ska emellertid inte gräva ned oss i betraktelser över hur annorlunda avhandlingen hade kunnat se ut om den gjorts på

ett annorlunda sätt. Vi får ge författaren det förtroendet att han själv bäst vet hur han ska framställa det budskap han har – och Doublet missbrukar inte förtroendet. Endast slutresultatet räknas och detta är, som ovan antytts, en mäktig volym där många tunga frågor behandlas. Jag ska i det följande presentera några huvudlinjer på det att läsaren själv ska kunna bilda sig en uppfattning om vilka delar av avhandlingen hon eller han kan ta till sig. Rättsvetenskapare, inom både rättsfilosofin och den materiella rätten, bör kunna hitta frågeställningar och avsnitt som de kan förhålla sig till, fördjupa sig i samt bygga vidare på.

Argumentationsteorin som bas

I del I (§§ 1-2, s 19-82), *Introduksjon*, ges en argumentationsteoretisk bakgrund inför den fortsatta framställningen. Utöver den juridiska argumentationens natur behandlas särskilt skiljelinjen mellan rättslig och icke-rättslig argumentation med avseende på rätten, eller annorlunda uttryckt skillnaden mellan bunden och fri diskurs. För att argumentera inom rätten krävs att argumentationen uppfyller kraven enligt kvalifikationsnormerna. Dessa är dock vanligen ej explicit formulerade. I detta sammanhang presenterar Doublet en för avhandlingen central instans, nämligen "det juridiske felleskap". Denna juridiskt kompetenta krets kännetecknas av en kommunikativ kompetens, och det är inom dessa kommunikationsformer som den rättsliga argumentationens kompetensnorm sätts. För en strikt logiker kanske det låter som en cirkeldefinition, men vi får faktiskt nöja oss med att det

är detta samfällda kollektiv som sätter ramarna för vad som inom kollektivet kan rättfärdigas som en rättslig argumentation. Samhällelig differentiering går hand i hand med det juridiska kollektivets uppgift att upprätthålla rättsstaten. Differentieringen medför även en mångsidig förståelse av rationalitetsbegreppet, och den specifikt juridiska rationaliteten bygger på rättsordningens lojalitetskrav gentemot det juridiska kollektivet – på detta sätt kan rättsstatens värderingar värnas och ständigt producera ny rätt.

Vidare presenteras ett annat spørsmål av central betydelse för avhandlingen, nämligen det förhållande att den rättsliga argumentationen alltid löper längs två linjer – den vetenskapliga och den praktiska tillämpningens. Den rättsvetenskapliga aktiviteten befinner sig därmed i detta spänningsfält och måste påverkas av det förhållandet. Knytpunkten för alla de anförda perspektiven på rätten är den juridiska argumentationen. Vi har med andra ord i främsta rummet en teori om ett förfarande, inte en teori om vissa rättskällors mer eller mindre mekaniska översättning och applicering. Det är i detta sammanhang vi ska se Doublets etablerande av ett systemteoretiskt synsätt. Rättskällorna kan inte förstås som i sig färdigt material för rättsanvändningen. Själva användandet – hur vi går till väga när vi löser juridiska problem – beskriver ett förfarande här och nu, vars rationalitet inte kan reduceras till en fråga om överensstämmelse med vissa auktoritativa källor. Förfarandet ingår i ett funktionellt sammanhang där ett stort antal värden ska värnas.

Jag vet inte om jag uppfattat Doublet rätt – han uttrycker sig faktiskt ganska kortfat-

tat i detta centrala spørsmål – men jag vill gärna se den hermeneutiska ansatsen som just det metodologiska redskap som kan säkra en förståelse av dessa differentierade strukturer av värderingar och mer påtagliga rättskällor. Just den humanvetenskapliga (hermeneutiska) förståelsen av en mångfald meningskonstituerande faktorer är det lämpliga korrektivet till en på direkt kausala förklaringar (exempelvis utifrån källorna och reala förhållanden) inriktad positivism. En personlig reflektion är att jag gärna skulle velat se den hermeneutiska utgångspunkten (som beskrivs som ”den hermeneutiske strukturforklaring”) utvecklas mer. Den funktionella rättsuppfattning som lanseras (se mer strax nedan) har förvisso stora möjligheter att inom sig beakta de hermeneutiska tolknings- och förståelseprocedurerna. Men man bör, för framtiden, ge akt på att alltför strukturerade och systeminordnande metoder kan ha en tendens att just ge kausala ”förklaringar” där vi vore mer betjänta av mellanmänsklig kommunikation och ”förståelse”. Detta kan jag dock inte beslå Doublet med, utan min utveckling tjänar endast syftet att påtala förtjänsten av att kombinera systemteori, diskursteori och hermeneutik. Var man lägger tonvikten må vara resandens, dvs författarens, ensak.

Rätten och vetenskapen

Del II (§§ 3-7, s 85-223) har överskriften *Den funksjonelle sammenheng mellom temaene rett, vitenskap og fornuft*. Doublet gör en uppdelning på tre olika sätt att presentera rätten; det handlar om ett lagstiftarperspektiv, ett forskarperspektiv samt ett rättsanvändarperspektiv. En genomgående grundtanke är att ”rettsanvendelsen” har en

central position för vår förståelse av rätten. Det betyder inte nödvändigtvis att den praktiska verksamheten i sig är vetenskaplig, men den är grundvalen för rättsvetenskapen. Utan rättsanvändningens perspektiv blir forskningen om rätten inte just *rättsvetenskap*. Om väl denna anknytningspunkt fixerats kan dock den rättsvetenskapliga forskningen tjäna på en korsbefrukning med den allmänna vetenskapsfilosofiska diskursen.

En viktig distinktion, som Doublet gör, är den mellan att se rätten som ett substantiellt respektive ett funktionellt system. Att se rätten substantiellt innebär att systemet ses som låst och klart avgränsat, varefter uppgiften blir att fastslå hur det förhåller sig. Doublet förordar, i anslutning till Luhmann, ett funktionellt betraktelsesätt, vilket innebär att rätten ses som ett öppet och flexibelt system såsom det fungerar här och nu. Rättens samhällsliga funktion i den demokratiska rättsstaten betonas. Det funktionella systemet ändras efterhand i anslutning till ändringar i omvärlden runt systemet; ett funktionellt system är således mer dynamiskt än det statiska substantiella systemet. Om vi återknyter till de strax ovan nämnda tre perspektiven på rätten kan man inom ett funktionellt system – men inte inom ett substantiellt – se alla dessa tre aspekter, och deltagarna inom dem, som delar av systemet. Exempelvis kan man funktionellt betrakta rättsanvändningen som en del i en process vilken utvecklar rätten, medan det substantiella angreppssättet mer blir att förutsäga vad utslaget kommer att bli. För att anknyta till resonemanget om hermeneutik, i förra avsnittet, kan man betrakta det substantiella rättssystemet som ett sätt att kausalt ”förklara” varför en rätts-

lig lösning blir som den blir, medan det funktionella angreppssättet kan sammankopplas med den hermeneutiska ”förståelsen” av rätten som en fungerande organism vilken genom den juridiska argumentationen ständigt ”producerar rätt”.

Den praktiska juridiska verksamheten förutsätter något som kan kallas gällande rätt (se nästa avsnitt). Denna rätt måste legitimeras för att över huvud taget kunna vara grundstommen i en rättsstat. Därmed kommer man in på den specifikt rättsliga legitimeringen, varvid anknytningspunkter finns till diskussionen i första delen om rättslig och annan argumentation. Även legitimeringsfrågan påverkas av om man anlägger ett substantiellt eller ett funktionellt betraktelsesätt. Funktionellt framhävs den enskilda rättsanvändningens överbevisande kraft utifrån ett differentierat system av legitimeringsfaktorer, medan det substantiella synsättet – med dess mer statiska innehåll – i främsta hand anknyter till regelns tillkomst och materiella innehåll.

För rättsvetenskapen får dessa förhållanden till följd att frågor kring normativitet, värdering och beskrivning accentueras. En av poängerna – som jag uppfattat det – är att man är betjänt av att frångå den inom traditionell rättsdogmatik något naiva föreställningen om en rätt som finns nedlagd i vissa angivna källor; genom kopplingen till juridisk argumentationsteori uppnås insikten att rätten, och de olika juridiska metoderna, är så mycket mer än ”rättskällevärdet”. Doublets ambition synes vara – så vill jag i alla fall tolka den – att ge den mer rättsdogmatiska forskningen incitament att beakta större rättsvetenskapliga frågor och att erhålla en större vetenskapsteoretisk medvetenhet. En rättsvetenskap som endast

innefattar den snäva rättsdogmatiken förlo-
rar möjligheten att utveckla sig som veten-
skap. Metodkritik och nya vetenskapsteo-
retiska impulser främjas av en vidare ram
för det rättsvetenskapliga arbetet. Som sagt
framhäver Doublet den centrala roll rätts-
användningen och rättsdogmatiken har för
rättsvetenskapen, men han pekar också på
de metodologiska skillnader som föreligger
mellan vad man kan kalla "juridisk" och
"rättsvetenskaplig" metod. Den rättsveten-
skapliga metoden nyttjar man när man går
utöver den rena rättskälleläran för att
bedriva bredare eller djupare forskning om
rätten. Några direkta metodimplikationer
eller någon mer konkret anknytning till det
rättsdogmatiska arbetet är emellertid svåra
att finna hos Doublet – men avhandlingen
lär dock för den teoretiskt intresserade
rättsdogmatikern kunna nyttjas som en
intressant idékälla.

Gällande rätt belyst från alla upptänkliga sidor

Del III (§§ 8-16, s 227-360), *Begreppet gje-
lende rätt*, behandlar – mot bakgrund av
ovan nämnda diskussion om legitimering av
rätten – rätten utifrån ett kunskapsteore-
tiskt perspektiv. Genom en vetenskapsfilo-
sofisk betraktelse av det juridiska begreppet
"gällande rätt" söker Doublet fastställa
vilka normativa hållpunkter som faktiskt
ingår i resonemanget. Det är nämligen lätt
hänt att man genom det inomrättsliga, rätts-
dogmatiska, perspektivet inte uppmärks-
samar diverse normativa och ideologiska
moment som påverkar synen på vad som
kan vara gällande rätt. Med det ovan redovi-
sade funktionella betraktelsesättet är frågan

om gällande rätt ett spørsmål om den funge-
rande rätt som används. Den substantiella
uppfattningen måste i detta sammanhang ta
sin tillflykt till någon överordnad princip,
liksom för övrigt även naturrätten måste.
Det funktionella perspektiv som Doublet
förordar kan gentemot denna statiska syn
hävda att vi inte har endast en riktig lösning,
utan att rätten skapas och definieras i ett
polycentriskt och fluktuerande kraftfält.
En viktig poäng, som den rättsdogmatiska
forskaren bör ta till sig, är att den traditio-
nella rättskälleläran (med dess utpekande av
avgörande källor) nuförtiden bör ersättas av
diverse argumentations- eller tolkningsmo-
ment som kan kallas rättskällefaktorer. Med
en sådan analys av rätten kommer man att
fokusera på den konkreta situationen av
rättsanvändning, och för denna situation
leta de rättsliga faktorer som kan ingå i en
rättslig argumentation vars resultat kan
sammanfattas som den rättsliga lösningen.
Detta är något annat än den substantiella
metod som fastställer den avgörande rätts-
källan som gällande rätt – en rätt som sedan
mer eller mindre mekaniskt kan appliceras
på alla givna situationer. Doublet framhåller
rättsvetenskapen som en aktör i utform-
ningen av gällande rätt; det är genom den
teoretiska förståelsen av problemkomple-
xen vetenskapen kan fylla rollen av redskap
för uppdragandet av gällande rätt.

Det mycket långa avsnittet om gällande
rätt innehåller i övrigt en rad distinktioner
och utgångspunkter för diskussionen kring
vad begreppet egentligen står för. Det
genomförs en kritisk granskning av rättsre-
alismen, rättspositivismen etc. Utrymmet
tillåter mig inte att gå in på allt detta. Jag
noterar endast att frågan synes en aning stor
för att vara föremål för en del i en avhand-

ling. Man kan skriva enormt mycket mer om frågan, men man kan också mycket väl hålla sig tämligen kortfattad – kruset är ju att vilket alternativ man än väljer når man likväl inte ända fram. Doublets framställning är dock, utifrån den infallsvinkel han valt (dvs att utifrån systemteoretiska funktionella synpunkter söka en utgångspunkt för rättsvetenskapens närmande till rättsanvändandet), informativ och tankeväckande. Men som Strömholm skriver i sin ”Rätt, rättskällor och rättstillämpning” – efter att ha ägnat nästan 300 sidor åt frågan vad som är gällande rätt: ”Rätten är samtidigt *allt detta*, som vi hittills talat om, och förmodligen också mer, som vi inte kommit att tänka på eller funnit anledning att utlägga.”

Gällande rätt utvärderas

Efter att således i del III påvisat den normativa strukturen i sökandet efter gällande rätt fortsätter framställningen i del IV (§§ 17-27, s 363-540) med att närmare gå in på hur dessa värderingar gestaltar sig och hur utvärderingen av rätten går till. Denna del har rubriken *De rettslige vurderingers normative fundament: Gjeldende rett og dens evalueringssgrunnlag*. Doublet söker här – vilket kan sägas vara ett tema i hela avhandlingen – påvisa att striden mellan rättsrealism (respektive rättspositivism) och naturrätt angående de yttersta fundamenten för rättsordningen inte handlar om ett val ”antingen eller.” Han menar att man inte kan utvärdera rätten utifrån aprioriska normativa kriterier. Istället behövs en i viss mån pragmatisk evalueringsgrund som är kontextuellt beroende av rättsstatsvärden (vilka bland annat innefattar förekomsten av vissa positiva rättsregler). Genom att uppställa en

sådan kontextuell grund återknyter Doublet till de teman han behandlat i de tidigare delarna, nämligen att (det följande är min förenklade tolkning) legitimeringen sker i rättsanvändandet, att den juridiska argumentationen styr rättsanvändandet och att en vetenskapsfilosofisk analys av begreppet gällande rätt öppnar för ett medvetande om normativa grundantaganden. Det handlar, kort sagt, om att undersöka hur rätten uppfattas av rättsanvändarna på olika plan och av det juridiska – och samhällseliga – auditoriet i stort. Vi får därmed en icke-metafysisk grundval, nämligen en procedurell sådan, dvs den genom juridisk argumentation skapade rättsanvändningen i enlighet med de rättsstatsvärderingar som kontextuellt ger utvärderingstemat avseende rätten. Avhandlingen syftar således till självreflektion samt medvetandegörande av de rättsliga värderingar som ligger inom rättssystemet.

Avslutning. Metodimplikationer för olika rättsforskare

Som slutord kan sägas att Doublets bok inte utgör slutord i debatten om hur rättsvetenskapen ska nå den nödvändiga självreflektionen samt den vetenskapsteoretiska respektive filosofiska breddningen och fördjupningen. Men det var ju inte heller Doublets syfte. Boken syftar, som ovan nämnts, till att skapa grundval för en sådan debatt, och det målet anser jag att Doublet lyckas nå. Fokuseringen på den konkreta rättsanvändningen och dess betydelse för rättsvetenskapen bör kunna ge forskare,

både inom den mer allmänna rättsteorin och inom den traditionella rättsdogmatiken, utgångspunkter för en självkritisk värdering av verksamheten. Positivt vore – tycker jag – om bägge sidorna tog ett steg mot varandra, och med blicken riktad på den fungerande rätten här och nu sökte en vetenskapsteoretisk väg att belysa såväl det konkret närliggande som de teoretiska ramarna kring verksamheten. Det är först när rättsfilosofin, inklusive systemteorin, appliceras på de rättsliga problem rättsanvändningen brottas med som man kan utvärdera teorins värde. Men då måste vi också ställa ett krav på rättsvetenskaparna inom den traditionella rättsdogmatiken att höja blicken och i sin forskning dra nytta av

rättsfilosofin och vetenskapsteorin. Huruvida man därvidlag kommer fram till att exempelvis systemteorin lyckas avsätta några positiva resultat är i sammanhanget av andrahandsintresse. Huvudsaken är att debatten startar och att denna debatt inte förs i ett teoretiskt elfenbenstorn, utan i nära samband med den ”verklighet” som består i hur rätten på en mångfald problemområden fungerar här och nu.

Författarupplysningar:

Håkan Andersson, Jur Dr, Docent i civilrätt vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet.