

Kant och rättsvetenskapens tidlöshet

KAARLO TUORI

Immanuel Kant har under de senaste tvåhundra åren varit en central gestalt inom det rättsliga tänkandet. Kants kritik av det praktiska och rena förnuftet har bibehållit sin aktualitet och bildar en utgångspunkt även för hans ivrigaste kritiker, t.ex. kritiker som i postmodern anda förkastar upplysningens projekt. Även rättsvetenskapen har fortfarande mycket att lära av Kant. Att fortsätta Kants arbete innebär dock att fortsätta den kritik som Kant inledde: kritiken måste omfatta även de aprioriska, tidlösa elementen i Kants tankevärld.

Jag är inte ensam om att betrakta Immanuel Kant som en milstolpe inom det moderna tänkandet. Vi kan påstå att även Kants ivrigaste kritiker stöder sig på hans tankar då de upprepar de beskyllningar gällande formalism och historielöshet som redan Hegel riktade mot Kant. Kants transcendentalism står till exempel i skarp konflikt med den moderna kulturrelativismen. Det är en paradox att kulturrelativismen, enligt vilken de begreppsscheman med hjälp av vilka vi strukturerar vår omvärld är historiskt determinerade, inte vore möjlig utan Kants pionjärinsats: Ett bestående resultat av Kants första kritik, kritiken av det rena förnuftet, blev relativisering av förhållandet subjekt-objekt och insikten att människans vetande, iakttagelser och tänkande är begreppsligt betingade.

Även Kants andra kritik, kritiken av det praktiska förnuftet, har bibehållit sin aktualitet. Moral- och rättsfilosofin har upplevt en renässans i den internationella debatten, låt oss säga ungefär sedan John Rawls kom ut med sin *Theory of Justice*. Men även i fråga om moral- och rättsfilosofin är det främst Kants kritiker som förmedlat hans

tankar. Kritiken kan också i detta sammanhang betecknas som hegeliansk.

Jag skall i fortsättningen försöka visa att Kants första och andra kritik och kritiken av denna kritik har betydelse även för rättsvetenskapens självförståelse. Jag skall ställa mig på jättarnas axlar och samtidigt utföra ett hänsynslöst eklektiskt balansnummer: Min avsikt är att kombinera de lärdomar vi fått av två av samtidens samhällsfilosofiska giganter: Michel Foucault och Jürgen Habermas. Från var sin utgångspunkt har dessa två problematiserat Kants kritik av det rena och praktiska förnuftet, detta stora filosofiska system där det mänskliga medvetandet, rätten och moralen framställs som tidlösa. Kant fick tjäna som utgångspunkt även för Hans Kelsen, den kanske viktigaste och inflytelserikaste rättsfilosofen som försvarat tesen om rättsvetenskapens tidlöshet. Innan jag kommer fram till Kant, Kelsen, Foucault och Habermas skall jag försöka placera in tesen om rättsvetenskapens tidlöshet i en nivåindelning, som jag finner användbar för att strukturera rätten och rättsvetenskapen.

1. Att uppfatta rättsvetenskapen som tidlös bygger på tanken om rättens tidlöshet. Rättsvetenskapen kan inte uppfattas som tidlös, oföränderlig, om inte också dess objekt, rätten, anses innehålla bestående och invariants drag. Vilken typ av karaktärsdrag kan man då tänka sig, som skulle göra det möjligt att tala om en tidlös rättsvetenskap? Vi kan välja mellan att utgå från rättens form eller dess innehåll.

Som en parallell till distinktionen mellan innehåll och form vill jag föra fram skillnaden mellan begreppsliga och normativa element inom rätten och det rättsliga tänkandet. Det är med hjälp av begreppselementen som vi urskiljer de rättsligt relevanta aspekterna i den mångfald av sociala fenomen som omger oss. Med hjälp av de normativa elementen får dessa aspekter en särskild rättslig innebörd. Det bör dock framhållas att dessa element inte är oberoende av varandra. De rättsliga begreppen har oundvikliga normativa implikationer: de uppställer vissa gränser för de normativa innebörder som är tänkbara. Som exempel kan vi ta begreppet allmän rättssubjektivitet, som implicerar idéerna om jämlikhet och mänskliga rättigheter.

Det finns knappast någon som betraktar rättens s.k. ytnivå som oföränderlig: nya lagar stiftas hela tiden, domstolarna fattar ständigt nya avgöranden osv. De bestående drag som eventuellt ingår i rätten måste ligga djupare, de måste utgöra något mer fundamentalt som betingar och begränsar de element i rätten som förändras med tiden.

För att nå fram till det som uppfattats som det invariants och bestående inom rätten måste vi även ta till andra analysredskap än distinktionen mellan innehåll och form.

Vi måste skapa oss en bild av rättens olika nivåer, en bild som kan hjälpa oss att se och eventuellt förklara både det som kanske är tidsbundet och föränderligt och det som är tidlöst och bestående. Jag har redan tidigare föreslagit en indelning av rätten i följande nivåer:

- rättens ytnivå,
- rättskulturen och
- rättens djupstruktur.

I det moderna samhället, där rättens främsta kännetecken är dess positivitet, upptas den rättsliga ytnivå framför allt av enskilda lagar och andra författningar samt enskilda domstolsbeslut. På denna nivå kan vi även placera rättsdogmatiken, som producerar ställningstaganden om normerna och deras rätta tolkning och samtidigt bidrar till de ständiga förändringarna på ytnivån. I det moderna samhället kan rättens ytnivå i själva verket uppfattas som ett diskussionsforum där såväl lagstiftare, domare som rättsvetenskapsmän upprätthåller en debatt, vars resultat alltid är temporära. I det geografiska koordinatsystemet befinner sig den moderna rättens ytnivå rätt stadigt inom nationalstatens gränser.

Rättskulturen är det mellersta, förmedlande skiktet i min indelning. Rättskulturen i det moderna samhället präglas av en grundläggande differentiering, som redan Max Weber betonade i sin analys av rätten: den rättsliga elit- eller expertkulturen differentieras från den allmänna medborgerliga rättskulturen. Inom juristernas elitkultur finner vi för det första de allmänna lärorna inom olika rättsområden, straffrätten, civilrätten osv. De allmänna lärorna innehåller både begreppsrelaterade och normativa ele-

ment, dvs. både allmänna rättsbegrepp och -principer för respektive område. Från civilrätten kan vi ta rättshandlingsbegreppet och *pacta sunt servanda*- principen som exempel.

Juristernas expertkultur omfattar även standarder, som används för att tolka rättsnormer och lösa konflikter mellan dem. Vidare ingår där sådana besluts- och argumentationsmodeller som juristerna använder i rättsligt beslutsfattandet och rättsdogmatisk forskning, dvs. det som förut gärna kallades en särskild juridisk logik eller en särskild rättslig rationalitet.

Om rättens ytnivå i det moderna samhället i allt väsentligt följer nationalstatens gränser, är de kategorier med hjälp av vilka rättskulturen kan analyseras inte lika inskränkta i geografiskt avseende. Vi kan t.ex. tala om de anglosaxiska, franska och tyska rättskulturerna, vilkas inflytande sträcker sig över nationalstaternas gränser. I det moderna samhället, låt oss säga i tiden efter upptäcktsresorna och religionskrigen, finns det knappast någon som längre förnekar att kulturerna skiljer sig från varandra, vilket även gäller för rättskulturerna. Även om förändringarna inom rättskulturen sker långsammare än förändringarna på rättens ytnivå, är det uppenbart att man på denna nivå inte finner stöd för tesen om rättens och därigenom rättsvetenskapens tidlöshet. Jakten på rättens invarianser måste riktas mot en nivå som är ännu mer fundamental och som jag i mitt analyschema kallar rättens djupstruktur.

Även i rättens djupstruktur kan man skilja mellan begreppsrelaterade och normativa element – precis som i de olika disciplinernas allmänna läror. Rättens form definieras av de grundläggande rättskate-

gorierna och dess innehåll av de grundläggande normativa principerna. Uppfattningen om rättens och rättsvetenskapens tidlöshet kan nu fixeras antingen vid rättens form, dvs. rättskategorierna, eller vid rättens innehåll, dvs. de normativa principerna.

Rättsnivåerna står i särskilda relationer till varandra, där förmedlingen sker genom de rättsliga praktikerna – framför genom domstolarnas verksamhet och rättsvetenskapen. I detta sammanhang vill jag endast framhålla två dylika relationer, som särskilt framhåller djupstrukturens betydelse: den konstitutiva och den avgränsande relationen.

Vi kan tala om både en begreppslig, dvs. epistemologisk, och en normativ konstitution. I den begreppsrelaterade dimensionen kan vi se hur de grundläggande rättsliga kategorierna i djupstrukturen konstituerar själva möjligheten för det rättsliga tänkande som kommer till användning då lagstiftaren utfärdar nya lagar, domstolarna dömer och rättsvetenskapsmännen skriver sina böcker och artiklar. På motsvarande sätt bestämmer de grundläggande rättsprinciperna i djupstrukturen vilka normativa innebörder som är möjliga inom rättskulturen och på ytnivån.

Den konstitutiva relationen implicerar alltid en avgränsning. Samtidigt som de grundläggande rättskategorierna skapar ett utrymme för rättsligt tänkande, utesluter de alternativa sätt att tänka rättsligt, att lagstifta, att döma eller att skriva rättsvetenskapliga artiklar. På motsvarande sätt begränsar de grundläggande rättsprinciperna spelrummet för de normativa betydelse som är möjliga inom rättskulturen och på ytnivån. Avgränsningsfunktionen

kommer till uttryck t.ex. vid bedömningen av enskilda lagars legitimitet: en lag som står i konflikt med någon av djupstrukturens principer är illegitim.

2. Rättsvetenskapen är på ett väsentligt sätt en del av rätten. Den reproducerar och modifierar sitt objekt genom sina resultat. Därför är det acceptabelt att även analysera rättsvetenskapen med hjälp av vår rättsliga nivåindelning. Inom den normativa rättsvetenskapen av i dag skiljer jag mellan tolkningsjuridik, teoretisk rättsdogmatik, rätts-teori och rättsfilosofi.

Det är uppenbart att tolkningsjuridikens objekt och verksamhetsfält ligger på rättens ytnivå. Men rättsdogmatikens uppgift är inte endast att tolka rättsnormerna utan även att systematisera dem. I denna systematisering utformas de allmänna lärorna inom olika rättsområden, dvs. allmänna rättsbegrepp och -principer. Det är då fråga om den teoretiska rättsdogmatiken, vars betydelse ligger på den rättskulturella nivån.

Inom rättsteorin analyseras rättsliga begrepp och rättslig argumentering. Vi kan här tala om en växelverkan mellan den rättskulturella nivån och djupstrukturen.

Rättsfilosofins verksamhetsfält ligger i djupstrukturen. Inom rättsfilosofin försöker man rekonstruera och formulera rättens fundamentala begreppsliga struktur och ledande normativa principer.

Nu är det möjligt att precisera tesen om rättsvetenskapens tidlöshet. Om det är så att rättsvetenskapen är tidlös, kan denna tidlöshet endast gälla rättsteorin och -filosofin. Däremot kan tidlösheten inte gälla rättsdogmatiken, som endast tolkar och systematiserar fenomenen på den turbulenta ytnivån.

3. Tesen om rättens och rättsvetenskapens tidlöshet kan således antingen fixeras vid rättens form, dvs. vid de fundamentala rättsliga kategorierna, eller vid rättens grundläggande normativa innehåll. I Hans Kelsens rena rättslära framställs den rättsliga begreppsapparaten som tidlös, medan det inom naturrätten är det normativa innehållet som uppfattas som bestående.

Enligt Kelsen är hans rena rättslära inte en teori om rätten under en bestämd epok inom ett geografiskt begränsat område, utan en teori om rätten i allmänhet. Kelsen dolde inte det inflytande som Kant hade haft på honom. Men den Kant som inspirerat Kelsen var inte rättsfilosofen Kant, som skrev det praktiska förnuftets kritik, utan epistemologen Kant, som skrev det rena förnuftets kritik. Det viktiga för Kelsen i Kants produktion var kategoriläran, läran om de aprioriska, transcendentala kategorierna, som utgör betingelserna för all mänsklig kunskap. Genom den rena rättsläran ville Kelsen förverkliga ett kunskapssteoretiskt program för det rättsliga tänkandet, samma program som Kant hade genomfört inom naturvetenskapen i kritiken av det rena förnuftet. Den rena rättslärans syfte var att formulera de grundläggande kategorier som utgör förutsättningarna för detta tänkande. Vi kan även uttrycka den rena rättslärans idé med hjälp av den rättsliga nivåindelningen: den rena rättsläran försökte rekonstruera de bestående kategorierna i rättens djupstruktur, som betingar rätten och det rättsliga tänkandet, vars normativa innehåll ständigt varierar.

Kelsen var mycket medveten om de fundamentala rättsliga kategoriernas konstitutiva betydelse; det var den mest centrala av de insikter han hade fått av Kant. Låt oss ge

ordet till Kelsen: «[I]m Sinne der Kantschen Erkenntnistheorie, [hat] die Rechtswissenschaft als Erkenntnis des Rechts, so wie alle Erkenntnis, konstitutiven Charakter und ... [«erzeugt»] ihren Gegenstand insofern, als sie ihn als ein sinnvolles Ganzes begreift. So wie das Chaos sinnlicher Wahrnehmungen erst durch die ordnende Erkenntnis der Wissenschaft zum Kosmos, das heißt zur Natur als einem einheitlichen System wird, so wird die Fülle der von der Rechtsorganen gesetzten generellen und individuellen Rechtsnormen, das is das der Rechtswissenschaft gegebene Material, erst durch die Erkenntnis der Rechtswissenschaft zu einem einheitlichen, widerspruchlosen System, zu einer Rechts-Ordnung.»¹

Bland de fundamentala rättsliga kategorierna ingår grundnormen, som är kronan på rättsnormernas hierarkiska *Stufenbau*. Grundnormens exakta beskaffenhet är ett outtömligt diskussionsämne i Kelsenlitteraturen. Även om Kelsens egna karaktäriseringar varierade i olika skeden av hans produktion, är det ändå den kunskapsteoretiska betydelsen som är central för honom: det är nödvändigt att postulera en grundnorm för att rättsordningen skall kunna uppfattas som ett system av giltiga rättsnormer, som i sin tur utgör rättsvetenskapens och det rättsliga tänkandets objekt. Den avgörande frågeställningen som ledde till grundnormens postulat är analog *med* utgångspunkten för Kants kritik av det rena förnuftet: «So wie Kant fragt: wie ist eine von aller Metaphysik freie Deutung der unseren Sinnen Gegebenen Tatsachen in den von der Naturwissenschaft formulier-

ten Naturgesetzen möglich, so fragt die Reine Rechtslehre: wie ist eine nicht auf meta-rechtliche Autoritäten wie Gott oder Natur zurückgreifende Deutung des subjektiven Sinns gewisser Tatbestände als ein System in Rechtssätzen beschreibbarer objektiv gültiger Rechtsnormen möglich?» Och liksom Kant i kritiken av det rena förnuftet, denna djuplodning av naturvetenskapens betingelser, uppställer också den rena rättsläran aprioriska, transcendentala villkor för kunskapen: «Sofern nur durch Voraussetzung der Grundnorm ermöglicht wird, den subjektiven Sinn des verfassungsgebenden Tatbestandes und der der Verfassung gemäß gesetzten Tatbestände als deren objektiven Sinn, das heißt: als objektiv gültige Rechtsnormen zu deuten, kann die Grundnorm in ihrer Darstellung durch die Rechtswissenschaft – wenn ein Begriff der Kant'schen Erkenntnistheorie *per analogiam* angewendet werden darf – als die transzendental-logische Bedingung dieser Deutung bezeichnet werden.»²

Den rena rättsläran representerade för Kelsen en sorts reflexivt stadium av rättsligt tänkande och rättslig kunskap. Den liksom rekonstruerade och bringade i dagen de implicita förutsättningarna för allt rättsligt tänkande och handlande. Sålunda betonade Kelsen att «Mit ihrer Theorie der Grundnorm inauguriert die Reine Rechtslehre durchaus nicht eine neue Methode der Rechtserkenntnisse». Tvärtom: «'Sie hebt nur ins Bewußtsein, was alle Juristen, zumeist unbewußt, tun, wenn sie oben bezeichneten Tatbestände (uppställande av rättsnormer – KT) nicht als kausalgesetz-

1 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, s. 74.

2 *Op.cit.*, s. 204-205.

liche bestimmten Fakten begreifen, sondern ihren subjektiven Sinn als objektiv giltige Normen, als normative Rechtsordnung deuten, ohne die Geltung dieser Ordnung auf eine höhere, meta-rechtliche – das heißt: auf eine von einer der Rechtsautorität übergeordnete Autorität gesetzte – Norm zurückführen; wenn sie das Recht ausschließlich als positives Recht begreifen.»³

Den rena rättsläran koncentrerade sig på rättsens bestående och i denna mening tidlösa grundbegrepp samt deras inbördes förhållanden. Den intresserade sig inte för rättsens normativa innehåll, som enligt Kelsen helt saknade oföränderliga element. Därför reducerades för Kelsen också frågan om rättsens legitimitet till en fråga om normernas formella giltighet. Kelsen skriver: «Das Prinzip, daß die Norm einer Rechtsordnung so lange gilt, bis ihre Geltung auf eine durch diese Rechtsordnung bestimmte Weise beendet oder durch die Geltung einer anderen Norm dieser Rechtsordnung ersetzt wird, ist das Prinzip der Legitimität.»⁴ Rätten kunde ha vilket normativt innehåll som helst; grundnormen hade inget att skaffa med rättsens eventuella innehåll. Låt oss ännu en gång citera Kelsen: «Der Reinen Rechtslehre, als einer positivistischen Rechtstheorie zu folge, kann keine positive Rechtsordnung als ihrer Grundnorm nicht entsprechend und daher nicht gültig angesehen werden. Der Inhalt der positiven Rechtsordnung ist von ihrer Grundnorm völlig unabhängig. ... Keiner positiven Rechtsordnung kann wegen des

Inhalts ihrer Normen die Geltung abgesprochen werden.»⁵

Genom att framhålla att rättsens normativa innehåll obegränsat kan förändras med tiden, tog Kelsen avstånd från sin lärofader Kants moral- och rättsfilosofi. Det är kännetecknande för naturrättsligt tänkande att rättsens tidlöshet anses framgå av de ledande normativa rättsprinciperna. Det är denna tanke som förenar Kant och den långa naturrättstraditionen. Men naturen, där de eviga rättsprinciperna har sitt ursprung, är inte för Kant en del av ett kosmiskt universum, styrt av gudomliga lagar, dvs. den objektiva naturen i den form som den framställs i den tomistiska syntesen av de klassiska naturrättsidéerna. Inte heller utgick Kant från drifter och behov, som för Hobbes bestämde människans subjektiva natur, och ur vilken Hobbes härledde naturrättsens bestående innehåll. Kants aprioriska och tidlösa naturrätt byggde på (det subjektiva) förnuftet; dess innehåll bestämdes av människans transcendentala rationalitet.

Kants rättsfilosofi utgår från följande problem: Hur kan man rättfärdiga det yttre tvång som utgör en oskiljaktig del av den positiva rätten. Detta tvång begränsar den handlingsfrihet som tillkommer människan som rationell individ. Tvånget kan enligt Kant rättfärdigas endast då det riktas mot den som hindrar någon annan från att utöva sin handlingsfrihet enligt en allmän lag.⁶ Detta är Kants berömda rättsprincip.

4. Som det redan framgick av inledningen

3 Op.cit., s. 209.

4 Op.cit., s. 213.

5 Op.cit., s. 224.

6 Kant, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, Frankfurt am Main 1983 (1797), s. 336-338.

har såväl kunskapsteoretikern Kant som moral- och rättsfilosofen Kant utövat ett synnerligen stort inflytande på tänkandet i vår tid. Under de senaste decennierna har dock receptionen av Kant varit en kritisk reception. Kritiken har framför allt gällt de aprioriska, tidlösa elementen i Kants tänkande. Till dessa hör även oskiljaktigt läran om de två rikena, dvs. distinktionen mellan res pheonomenon och res noumenon.

De som vandrar i Kants epistemologiska fotspår medger att våra begrepp betingar såväl vårt tänkande som våra sinnesförnimmelser, att vi även måste möta naturen genom vårt språk och våra begrepp och att rena, begreppslösa iakttagelser är omöjliga. Men synen på begreppen har förändrats: i motsats till Kant betraktas de inte längre som transcendentala betingelser för mänsklig kunskap och tanke. De grundläggande kategorierna som styr våra iakttagelser och vårt medvetande anses numera vara kultur- och tidsbundna och i denna mening historiska och föränderliga.

Som exempel på hur epistemologen Kant har fått underordna sig det historiska kan vi ta Thomas Kuhns naturvetenskapliga paradigmuppfattning. Det samma gäller den konstruktiva vetenskapsteorin i övrigt. Ett ännu mer ambitiöst försök att rekonstruera de epistemologiska förutsättningarna för tanke, uttryck och handling finner vi hos Michel Foucault under den sk. kunskapsarkeologiska perioden i hans mångsidiga produktion.

Kunskapsarkeologen Foucaults centrala begrepp är *episteme*, det historiska a priori. Det är svårt att exakt beskriva begreppets innebörd och även Foucaults egna karaktäriseringar varierar. *Episteme* eller det histo-

riska a priori torde dock generellt kunna definieras som en sorts kulturell djupstruktur, som avgränsar historiska epoker från varandra. Denna struktur och dess begreppsraster bestämmer vad som kan tänkas, sägas och göras under varje epok. Under sin senare «genealogiska» period koncentrerade Foucault sin uppmärksamhet på den särskilda rationalitetstyp som dominerar såväl maktens praktiker och dess särskilda teknologier som de diskursiva praktiker som är sammanflätade med makten. Även denna fundamentala rationalitetstyp kan uppfattas som en implicit kulturell djupstruktur. Foucault kallade den ibland *savoir* för att skilja den från *connaissance*, som är en produkt av de diskursiva praktiker.

I belysning av denna kritik, som betonar att de begrepp som styr vår medvetande är historiskt och kulturellt betingade, framgår det klart att Kants kategorilära är ett barn av sin tid. I kritiken av det rena förnuftet lyckades Kant inte förverkliga sitt program, dvs. att rekonstruera de allmänna och universella betingelserna för det mänskliga vetandet. Analysen gällde i stället den newtonska naturvetenskapens begreppsliga grundval. Motsvarande kritik kan riktas mot Kelsens rena rättslära. Den rena rättsläras begreppsrekonstruktion gällde inte generellt för rätten och det rättsliga tänkandet, utan för den moderna, positiva rätten.

Epistemologen Kant hade rätt i att den mänskliga kunskapen styrs av subjektets begreppsapparat. Likaså hade Kelsen rätt i att det rättsliga tänkandet inte är möjligt utan begrepp som gestaltar och i viss mening konstituerar sitt objekt. Däremot begick båda misstaget att uppfatta dessa begrepp som universella och tidlösa.

5. Om Foucault kan uppfattas som epistemologen Kants efterföljare och kritiker, har Habermas i sin nyaste bok *Faktizität und Geltung*⁷ tagit fasta på moral- och rättsfilosofen Kant. Redan i definitionen av rätten utgår Habermas från Kant. Vi möter här de kriterier med hjälp av vilka Kant skiljde rätten från moralen. För det första är rättens föremål inte den autonoma och rationella viljan, *Willen*, utan *Willkür*, en vilja vars syfte är att tillgodose strategiska intressen. För det andra är rättens syfte endast att reglera samhällsmedlemmarnas yttre beteende i deras förhållande till varandra. Och för det tredje behöver laglydnaden inte vara betingad av något särskilt motiv. Det kan lika gärna vara fråga om plikt-känsla (Kants *Pflicht*) som målrationella överväganden. Då det inte krävs något särskilt motiv för att efterleva rättsnormerna, är det möjligt att använda tvång som ett yttre påtryckningsmedel.⁸

Men samtidigt som Habermas följer Kant då det gäller att skilja rätten från moralen, tar han även avstånd från Kant. De av Kant uppställda kriterierna för rätten är inte universella, utan de är kännetecknande för en bestämd rättstyp: den moderna, positiva rätten.

I likhet med Kant försöker även Habermas formulera och rekonstruera rättens djupstruktur. Och i denna rekonstruktion, närmare bestämt i motiveringarna för det s.k. rättighetssystemet, möter vi åter Kants rättsbegrepp. De första av Habermas rättigheter är nämligen de rättigheter som tillförsäkrar rättssamfundets medlemmar största

möjliga frihet. Detta är Habermas motsvarighet till Kants rättsprincip eller – kan det tilläggas – Rawls första rättvisepincip. Men Habermas distanserar sig från Kant även då det gäller att rekonstruera rättens djupstruktur: rekonstruktionsobjektet är inte rätten i största allmänhet, utan uttryckligen den moderna, positiva rätten. Rättighetssystemet är Habermas svar på en fråga som endast gäller den moderna rätten:

Vilka rättigheter måste samhällsmedlemmarna tillerkänna varandra för att en legitim, positivrättslig reglering av den sociala gemenskapen skall vara möjlig?⁹

Habermas förslag till rekonstruktion av den moderna rättens djupstruktur, där rättigheterna kompletteras av rättsstatsprinciperna, kan diskuteras. Denna diskussion skall dock inte föras i denna artikel. Habermas bidrag till mitt tema är följande: Under den moderna, positiva rättens epok kan rättens normativa djupstruktur inte längre uppfattas som bestående av universella, tidlösa principer. Det positiva och historiska, dvs. det tidsbunda, omfattar även de principer i djupstrukturen som utgör en måttstock för rättens legitimitet och som uppfyller den avgränsande funktion som jag pekat på i den rättsliga nivåindelningen. Detta innebär t.ex. att de normativa idéerna för de konstitutionella fri- och rättigheterna, som avlagrats i den moderna rättens djupstruktur, kan betraktas som produkter av särskilda rättsliga praktiker, resultatet av de senaste århundradenas statsrätts historia.

7 Frankfurt am Main 1982.

8 Op.cit. s. 143.

9 Op.cit. s. 151.

Rättsfilosofen Kant insåg – liksom sina föregångare inom naturrätten – att rätten inte kan reduceras till enskilda lagar, författningar och domstolsbeslut. I rätten ingår även ett mer fundamentalt normativt skikt, som har en konstituerande och avgränsande funktion i förhållande till ytnivån. Däremot misstog sig Kant då han tillskrev rättens fundamentala och normativa principer en universell och tidlös karaktär.

6. I början av artikeln lovade jag att vara hänsynslöst eklektisk, att kombinera lärdomarna från Habermas och Foucault. Foucault och Habermas hjälper oss att förstå att den rättsliga djupstrukturen är historiskt präglad. Foucaults episteme eller historiska a priori anger även betingelserna för det rättsliga tänkandet och den rättsliga diskursen. Habermas visar för sin del att rättens legitimitet är ett ständigt återkommande problem, men samtidigt att de fundamentala principerna, som definierar legitimiteten, är beroende av sin tid och den förhärskande rättstypen. Men i sin arkeologi och genealogi över den moderna epoken gav inte Foucault samhällets normativa sfärer någon

autonom ställning, medan Habermas i sin rekonstruktion av djupstrukturen förbigår de begreppsliga och epistemologiska förutsättningarna för den moderna rätten och det rättsliga tänkandet. Låt alltså Habermas och Foucault här komplettera varandra, hur eklektiskt detta än låter!

Nu är det tid för mig att konkludera. Rätten är inte ett tidlöst fenomen, inte ens i fråga om sina fundamentala kategorier och normativa principer i djupstrukturen. Även i sin djupstruktur är rätten en historisk företeelse stadd i förändring, även om förändringarna där sker långsammare än inom rättskulturen och på ytnivån. Inte heller rättsvetenskapen, som samtidigt båda utforskar och bearbetar sitt objekt, är tidlös. Och detta gäller även för rättsfilosofin, vars syfte är att rekonstruera djupstrukturens kategorier och principer.

Författarupplysning:

Kaarlo Tuori är professor i offentlig rätt vid Helsingfors universitet.

Översättare: Håkan Stoor