

**David Dyzenhaus:
Legality and Legitimacy. Carl Schmitt,
Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar**
Oxford University Press, 1997, 283 s.

Anmeldt av LENA LINDGREN

Den som är det minsta intresserad av rättsfilosofi eller politisk filosofi är bekant med det problematiska begreppsparat «legalitet» och «legitimitet». David Dyzenhaus behandlar i boken *Legality and Legitimacy* de båda begreppen hos tre rättsvetare med sinsemellan vitt skilda teoretiska utgångspunkter: Carl Schmitt, Hans Kelsen och Herman Heller. Tiden är Weimarrepublikens och alla tre är synnerligen inblandade i det politiska skeendet, såväl på ett personligt som på ett rättspolitiskt plan.

Vad Dyzenhaus aldrig explicit formulerar är följande: Vad är eller bör vara kriterierna för att ett rättssystem ska betecknas som legitimt? När uppfattas rätten som legitim och hur bildas samt bevaras eller vidmakthålles en sådan legitim rätt? Vad anser Heller, Kelsen respektive Schmitt? Dessa frågor gör läsaren klokt i att själv hålla i minnet under läsningen av boken. Den är nämligen fullkomligt fascinerande men också splittrad och svår att överblicka.

Dyzenhaus deklarerar emellertid redan på första sidan att hans syfte är att visa att Lon L. Fullers och Ronald M. Dworkins teorier är överlägsna de rättspositivistiska. Vilket i detta sammanhang betyder att den teoretiska ståndpunkten att «legality and

legitimacy are intimately linked» är riktigare än den som menar att det inte föreligger något nödvändigt samband mellan legalitet och legitimitet. Man förstår redan att Dyzenhaus har ett vidare syfte än att endast analysera begreppen legalitet och legitimitet. De två skiljaktiga uppfattningarna om förhållandet mellan begreppen har till att börja med också praktiska implikationer, så att «positivism discourages sound legal practice» och «makes legal practice worse». Den som däremot önskar «constructively take the practice of law forward» bör anta Fullers och Dworkins uppfattning, skriver Dyzenhaus.

Dessutom anknyter legitimitetsproblematiken nära till den större frågan om relationen mellan rätt och moral. Och till denna debatts idéhistoria hör numera Fullers kritik av H. L. A. Harts rättspositivistiska ståndpunkt som den formuleras i texten «Positivism and the Separation of Law and Morals» i *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. (Fullers kritiska svar: «Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, 1958:71, s. 630-72). Dyzenhaus refererar debatten och visar samtidigt hur skiljelinjen mellan de olika synsätten på förhållandet

legalitet/legitimitet är likartad den mellan rättspositivism och någon form av «moralisk rätt». Dyzenhaus har själv tidigare i en fallstudie behandlat legitimitetsproblematiken utifrån detta perspektiv: *Hard Cases in Wicked Legal Systems: South African Law in the Perspective of Legal Philosophy* (Oxford, 1991).

Här ställs den Fuller-Dworkinska ståndpunkten på sin spets: Är det rimligt att tillerkänna också den sydafrikanska apartheidrätten någon legitimitet? Man kan tycka att rättspositivisterna – som vill skilja på rätt och moral, legalitet och legitimitet – har en oavvislig poäng i själva det faktum att det faktiskt finns klart ondskefulla fungerande rättssystem. «Wicked Legal Systems», vars lagar gjorts till instrument för en «repugnant moral ideology», som texten på bokomslaget formulerar det, måste väl vara en stötesten för den normativa rättsteorin? Tvärtom, menar Dyzenhaus. Hans undersökning från Sydafrika visar att det föreligger ett starkt samband mellan den grundläggande rättsuppfattning en domare har och hans/hennes dömande verksamhet. Vilket i Sydafrikafallet betyder att de domare som kunde karakteriseras som i någon mening anti-positivister faktiskt var «bättre» domare – i meningen att de gynnade en demokratisk rätts- och samhällsutveckling. Dyzenhaus anknyter här också till Jürgen Habermas teorier om rättsens legitimitet som direkt avhängig en demokratisk process: «the legitimacy of law stems from its autonomous role in the realization of democracy» (s. 267). Och Dyzenhaus projekt tycks vara att utveckla begrepp för rätt och legitimitet med utgångspunkt i den rättsliga praktiken: «We should, I maintain, adopt the view of law that gives us the

best results in practice. Given that judges are at the centre of legal practice, we should adopt the view of law that judges should adopt if they are to make the best sense of practice.» (s. 269). På bokens sista rader spetsar han till sin plädering för en normativ rättsvetenskap och frågar retoriskt: «For what more could be asked of the correct view of law than that it lead to morally good results and that it make sense of and perpetuate healthy legal practice?» (s. 270). Om vi här bortser från såväl hållbarheten i Dyzenhaus slutledning utifrån sitt empiriska material, som rimligheten i hans ultrapragmatiska position att den rättsteori som resulterar i «healthy legal practice» är den enda riktiga, torde få vilja motsäga hans påstående att de domare som agerade så att apartheidregimen i Sydafrika i praktiken motarbetades handlade moraliskt riktigt. Vilket däremot inte nödvändigtvis betyder att man delar Dworkin-Dyzenhaus uppfattning om vare sig rätt och moral eller legalitet och legitimitet.

*

Det borde emellertid finnas anledning att återkomma till Dyzenhaus undersökning av rättstillämpning och legitimitet i Sydafrika och jämföra med den nu aktuella studien. Om man nämligen ser Sydafrika som en utveckling från diktatur till demokrati är ju Weimarrepubliken, ofta kallad ett experiment i demokrati, det klassiska exemplet på en motsatt utveckling.

Man bör då vara uppmärksam på att Sydafrikaundersökningen avser dömande verksamhet, medan den nya studien uteslutande behandlar legitimiteten hos Weimarrepublikens författning.

*

Weimarrepubliken (1919-1932) bildar den politiska fonden till inledningskapitlets teoretiska utgångspunkter: **Refractions from Weimar**. På traditionellt sätt ägnas sedan Schmitt, Kelsen och Heller vardera ett kapitel. Femte och sista kapitlet, **Lessons from Weimar: The Legitimacy of Legality**, behandlar i tre kortare avsnitt Carl Schmitt versus John Rawls, Jürgen Habermas och slutligen «Hermann Heller and Contemporary Political and Legal Philosophy».

Boken är alltså indelad efter personer, snarare än efter begrepp eller problemställningar, vilket är olyckligt. Det får bland annat till följd en viss, får man väl säga, tidstypisk fokusering på Carl Schmitt (1888-1985). Dyzenhaus presenterar Schmitt först i raden och han ägnas också mest utrymme (60 sid.). Under rubriken **Friend and Enemy: Schmitt and the Politics of Law** sammanfattas hans politiska tänkande och enorma produktion. Naturligtvis ett omöjligt företag på detta begränsade utrymme, särskilt med tanke på den växande mängd sekundärlitteratur som för närvarande ägnas Schmitt.

«Vän» och «fiende» är som bekant två grundläggande kategorier i den schmittska läran. Deras ungefärliga innebörd framgår av följande citat. «(A) friend is a fellow member of a **homogeneous** nation of people, and the criteria for homogeneity are **determined existentially** – by a **genuine decision** as to the existence of such a unit within the parameters of a particular situation (- -) an enemy is just that individual or group who is excluded by the criteria of **substantive homogeneity** which are given in the decision. Such a decision creates the authority not only of law but also of morality.» (s. 40, min emfas).

Schmitt ogillar starkt den liberala rättsstaten som enligt hans mening försöker dölja den ständigt pågående politiska kampen mellan vän och fiende, och som är oförmögen att skapa den av honom önskade homogena totalstaten. Fienden är alltid den som avviker från homogeniteten. Och en ideologi som vill utplåna distinktionen mellan vän och fiende och avpolitiserar samhället och livet bör enligt Schmitt bekämpas med alla tillgängliga medel.

Liberalismen är i Schmitts ögon ett slags metafysiskt system som grundas på individualistiska värden som frihet och privat ägande. För att realisera dessa värden måste den emellertid etablera en offentlig demokratisk makt, som den sedan utövar genom ett folkvalt parlament. Genom detta skapas den normativa ordning, säkerhet och förutsägbarhet som marknadssamhället kräver. Och inte minst skapas härigenom *demokratisk legitimitet* för det liberala samhället (s. 68). I verkligheten, menar Schmitt, finns det ingen politisk legitimitet alls i det liberala samhället. Det kan inte heller finnas någon, eftersom liberalismen ju låtsas som om det inte längre finns någon politik; det finns i det liberala samhället bara en neutral marknad och ett därtill anpassat parlamentariskt system, som endast grundar sig på *legalitetsprincipen*. Något som Schmitt varnar för, eftersom legalitetsprincipen ju kan undanröjas på ett legalt sätt. Man saknar det skydd som verklig politisk legitimitet skapar. Dessutom pendlar liberalismens förespråkare mellan att beteckna det parlamentariska systemet som värdemässigt helt neutralt, respektive att hävda att just i systemets grundläggande frihet från politik ligger dess politiska värde. Denna dubbelhet avspeglas också i liberal rättsteori, som

enligt Schmitt på ett förödande sätt pendlar mellan positivism och försök att införa ett normativt innehåll i själva rättsbegreppet.

Dyzenhaus betecknar emellertid utifrån sin egen normativa rättsteori Schmitts syn på «the judicial function» som rent verkställande, «executory», och «crudely positivistic». Enligt klassiskt positivistiskt synsätt kan och bör domaren inte göra något annat än att tillämpa den rättsliga normens innehåll på ett konkret fall (s. 62). Annorlunda förhåller det sig med statens ledare som Schmitt vill tillerkänna suverän och oinskränkt makt.

Hur ställde sig då Carl Schmitt utifrån sin ofta motsägelsefulla rättssyn till Weimarrepubliken och dess författning? Enligt egen uppfattning var han en ivrig försvarare av republiken. Han betecknar till exempel sin berömda skrift **Legalität und Legitimität** (1932) som «ett desperat försök att rädda presidentsystemet, Weimar författningens sista chans, från en jurisprudents/rättsvetenskap som vägrade att fråga vem som var vän och vem som var fiende till författningen.» (s. 70).

Detta utreds nu av Dyzenhaus på ett tyvärr inte helt överskådligt eller analytiskt klagörande sätt. Man skulle önskat att genomgången av Schmitts politiska och rättsfilosofiska tänkande och agerande mer tydligt fokuserat just på begreppen *legalitet* och *legitimitet* och deras relation till varandra. Istället ges en mycket detaljerad redogörelse för hur Schmitt i olika sammanhang argumenterar för och emot olika tolkningar av skilda paragrafer i grundlagen, främst artikel 48 där det bland annat stadgas om presidentens befogenheter vid undantagstillstånd. Möjligheten av ett sådant undantagstillstånd tycks ha fascine-

rat Schmitt mer än något annat; det är nämligen då en karismatisk ledargestalt tillåts agera med full kraft: «Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet» (s. 42). Slutsatsen blir emellertid att Schmitt snarare än att försvara Weimarrepubliken i allt väsentligt förkastade den och dess parlamentariska demokrati, och i likhet med större delen av dess borgerskap och militärapparat i praktiken arbetade för det slutliga sammanbrottet 1933. Året därpå publicerar Schmitt för övrigt en beryktad uppsats med titeln «Der Führer schützt das Recht», där han prisar Ledarens föredömliga beslut att personligen ingripa i en pågående process och i kraft av sitt ledarskap omedelbart skapa rätt (s. 84).

Dyzenhaus framställning hade förmodligen vunnit på att låta Schmitt, Kelsen och Heller mer framträda med egna röster i ett meningsutbyte. De var ju också alla tre i personlig kontakt med varandra. Schmitt och Kelsen var kolleger vid Kölns universitet fram till 1933, då den senare på grund av sin judiska bakgrund tvingades bort från universitetet – under aktiv medverkan från den förre. Dyzenhaus påpekar i sammanhanget att Kelsen några år tidigare hade förordat Schmitt vid dennes tillsättning.

Dyzenhaus avslutar emellertid kapitlet om Schmitt med en väldokumenterad och grundlig genomgång av hans nationalsocialistiska sympatier och engagemang. En välbehövlig motvikt till den alltmer överslättande attityd som man kan konstatera under den nu pågående Schmitt-renässansen, där avsikten uppenbarligen är att återinföra Schmitt i det «intellektuella kretsloppet». Man tycker sig hos Dyzenhaus ana en vetenskaplig noggrannhet med grund i ett personligt engagemang. Boken tillägnas

författarens farfar «Ludwik Dyzenhaus, polsk-judisk jurist, mördad av tysk polis i Warszawa 1940». (För en Schmitt-kritisk artikel se också Knut Papendorf, *Retfærd* 1997:1)

Man undrar för övrigt hur relevant och nödvändig Schmitt faktiskt är för en analys av dagens neoliberala samhälle och dess eventuella brist på legitimitet. Av en tillfällighet läser jag samtidigt med Dyzenhaus bok en artikel av Pierre Bourdieu där han bland annat skriver om hur «Den nyliberala utopin förkroppsligas i verkligheten som ett slags helvetesmaskin». (*Le Monde Diplomatique*, mars 1998). Inte ett ord om Carl Schmitt, naturligtvis. Denne må vara aldrig så mycket på uppåtående och som Dyzenhaus skriver «likely to gain an ever bigger audience» (s. 4); det finns fortfarande intellektuella sammanhang där ett Schmitt-citat skulle förvåna.

Presentationen av Hans Kelsen (1881-1973) görs på samma sätt som av Schmitt, dvs genom en god men föga analytisk sammanfattning av den kelsenska rättsteorin. Till skillnad från hos Schmitt är det *legalitetsprincipen* och inte den normativt bestämda legitimiteten som är central. Kelsen presenteras under rubriken **The Pure Theory in Practice: Kelsen's Science of Law**. Dyzenhaus vill dels undersöka från vilken position i moralfilosofiskt och politiskt-filosofiskt avseende den så kallade rena, vetenskapliga eller värderingsfria rättsvetenskapen tillkom. Dels se om Carl Schmitt har något fog för sin kritik att Kelsens rättsteori saknar anknytning till den juridiska verkligheten och för alltid är dömd att befinna sig i «the antechamber of jurisprudence». (Där, som vi sett, Dyzenhaus minst av allt vill placera rättsvetenska-

pen.) Schmitt ansåg också att Kelsens teori representerade «the epitome of self-destructive legal positivism», ett koncentrat av den självdestruktiva rättspositivismen (s. 104). Dyzenhaus vill emellertid inte studera Kelsen enbart som teoretiker, utan också som polemiker (mot Schmitt) och som rättspolitisk kommentator i debatten kring Weimarrepublikens författning. Avsikten är nämligen att visa att Schmitt och Kelsen faktiskt delar en grundläggande uppfattning, den att etik och politik är i grunden irrationella fenomen. Något som Kelsen därför vill utesluta från sin rättsteori, men som Schmitt tvärtom ställer i centrum genom att betona beslutets (=Ledarens/Suveränens) betydelse. Schmitts rättsteori brukar ju också ofta betecknas som en form av *decisionism*. Dyzenhaus vill slutligen visa hur Hermann Heller på avgörande punkter fördelaktigt skiljer sig från de andra två samt att Hellers ståndpunkter är de riktiga: «his social democratic theory of the legitimacy of legal order is superior to Schmitt's and Kelsen's positions» (s. xi).

Dyzenhaus påminner vidare om att det också fanns uttalade meningsskiljaktigheter mellan Heller och Kelsen, åtminstone så att Heller kritiserade Den Rena Rättsläran.

Avsnittet om Hermann Heller (1891-1933) börjar lovande med en rättsvetenskaplig konfrontation mellan Heller och Kelsen. Året är 1928 och platsen en sammankomst med Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer i Berlin. Heller har just hållit ett föredrag och kommit in på Kelsens rättsteori. Denne uppfattar det som om Heller i stort anslöt sig till teorin, men anmärker att Heller dels inte anger källan, dels har missuppfattat väsentliga delar. En lång debatt avslutas sedan med att Heller

betackar sig för att bli införlivad med den kelsenska skolan. Heller förkastade bland annat Kelsens metod att skapa kriterier som enbart grundas på rationalitet och legalitet för att bestämma rättslig legitimitet. Han menade också att Kelsen genom att utelämna frågan om rättens förhållande till den politiska makten lämnade fältet fritt för politiken att bemäktiga sig rätten. Å andra sidan varnade han för den schmittska uppfattningen att rätten är totalt avhängig av den politiska makten, vilket leder till en irrationell dyrkan av maktutövning och beslut. Hellers egen rättsteori, som aldrig kom att bli slutgiltigt formulerad, analyserade rättsordningen som en «dialectical unity of law, power and ethics» (s. 203).

Meningsskiljaktigheterna mellan Heller och Kelsen bör emellertid inte dölja det faktum att de delade viktiga grundläggande värderingar som respekt för legalitet, demokrati «and even socialism» och deras kontroverser «were methodological rather than substantive» (s. 106).

Dyzenhaus sammanfattar: Schmitt längtade efter en ny ledare som genom religionen eller politiken (gärna båda!) skulle rena samhället från motsättningar och spänningar och Kelsen ville rena rättsvetenskapen från ovidkommande värderande element. Heller, däremot, placerar just mot-

sättningar och konflikter, värden och värderingar i centrum för sin teori om Den sociala rättsstaten och dess demokratiska legitimitet.

Det kan tilläggas att Weimarrepublikens sammanbrott även för Heller, som hade judisk bakgrund, innebar en landsflykt som anses ha bidragit till hans förtidiga död. Carl Schmitt däremot blev medlem av det nationalsocialistiska partiet och var verksam vid Berlinuniversitetet fram till 1945.

Som bör ha framgått av mitt referat spänner Dyzenhaus över flera problemområden och kunskapsfält. Det gör framställningen något svårforcerad; man belönas dock genom en föredömlig redovisning av källor och aktuell referenslitteratur. Boken är med andra ord oundgänglig för alla med intresse för den klassiska frågan om vilket förhållandet är eller bör vara mellan «legalitet» och «legitimitet». Att Dyzenhaus möjligen – genom mängden av infallsvinklar – får begreppsparet att framstå som mer problematiskt än nödvändigt kan man överse med.

Författarupplysning:

Lena Lindgren är doktorand i rättssociologi vid Lunds universitet. Hennes avhandlingssprojekt behandlar olika legitimitetsbegrepp i rätts- och samhällsvetenskap.