

ANMÄLAN AV LITTERATUR

Henrik Zahle: Omsorg for retfærdighed. Essays om retlig praksis

AV HÅKAN GUSTAFSSON

Gyldendal 2003, 220s.

Henrik Zahle publicerade häromåret en artikel som gjorde mig djupt orolig. Det som förskräckte var titeln - *Fra polycentri til omsorg for retfærdighed*. Uppskakad därför att jag – och vi – kommit att lära känna Zahles teori-bildning som *polycentrisk*.¹ Min första reflektion över titeln, var att Henrik nu gått över till andra sidan och sällat sig till en *monocentrisk* krets av rättsteoretiker som vi känner alltför väl. Min oro förstärktes även sedan jag läst de inledande meningarna, då Zahle uttryckte att titeln faktisk skulle spegla en övergång från pluralism till något enhetsmäs-

sigt och monistiskt. Han önskade till och med presentera en egen monistisk synpunkt (!). Jag skall erkänna att jag sedan läste resten av artikeln med en viss skepsis och distans. Zahle var ute efter att bakom all pluralism och polycentri försöka formulera temat om vad det är som gör rätten till ett socialt normativt fenomen som får »det hela att hänga ihop« – att bakom delarna se en helhet, att i mångfalden hitta enheten. Vad är då denna enhet? Detta enhetsskapande mysterium? Jo, »bag denne pluralisme finder jeg det grundlæggende fælles træk, som er så øjensynlig i praksis, men som også kendetegner teortisk arbejde, og som bedst beskrives som omsorg for retfærdighed« (s 872). Alltså: »omsorg for retfærdighed« – men är detta monocentriskt? Knappast. Jag måste erkänna att jag var lättad när jag läst artikeln till slut och att Zahle förmodligen blott ville skapa excentrisk provokation.

1 Artikeln i *Svensk Juristtidning* nr 10, 2002. Referenserna i övrigt är mångfaldiga, men den snart 20-åriga klassiska artikeln »Polycentri i retskildelæren« (i: *Samfunn Rett Retfærdighet. Festskrift til T Eckhoffs 70-årsdag*, Oslo: 1986) måste naturligtvis framhävas liksom Hanne Petersen/Henrik Zahle *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Aldershot: 1995).

Omsorg

är således ett centralt begrepp som upptar Zahles tankar. Men hur kan omsorg räknas in i juridiken? Det känns avigt att nämna omsorg i dessa sammanhang, men Zahle hävdar bestämt att »den retlige virksomhed ikke [kan] forstås, kritiseres eller foreslås forandret, uden at omsorgen medtænkes« (s 136). Med omsorg förstår Zahle inte den kristna traditionens passiva kärleksbudskap, utan en mer (judisk?) uppfattning om ett krav på mänsklig omsorg att ta sig an den andre på ett praktiskt sätt, genom ett konkret bemötande. Rättstillämpning innebär som rättsförhållande ett maktförhållande och denna juridiska maktutövning måste – ja, *måste* – innefatta och medföra omsorg. Det grundläggande värdet och som också ger omsorgen dess riktning är rättfärdighet – domaren skall i varje fall visa omsorg att främja det rättfärdiga. Omsorg är alltså inte bara abstrakt utan en plikt och ett ansvar – »min omsorg indbefatter, at jeg anerkender den anden som et menneske som mig, og at jeg anerkender min pligt til at sørge for at nå et så retfærdigt forløb og resultat som muligt« (s 140). Jag kommer att tänka på Martin Buber.

For

vem skriver då Henrik? Ja, boken är inte lätt att karakterisera eftersom den spänner över ett stort spektrum av frågor, både teoretiska tankar om till exempel tolkning och rättskäl-
lor men också mer jordnära konkreta betraktelser om juristens allmänmänskliga kvalifikationer. Den riktar sig samtidigt till teoretiker (utan att skriften är rättsteoretisk i gäng-

se mening) och praktiker (utan att för den skull innehålla praktiska rekommendationer) – det handlar om ett återgivande av den blandade erfarenhet Zahle själv är i besittning av. Ett problem – eller kanske snarare en konsekvens av Zahles hållning – är att boken saknar riktning och en bestämd adressat. Men å andra sidan, varför kräver vi alltid kompasser och bestämda adressater? Säger inte detta mer om oss (eller: mig) än om Zahle? Han är själv medveten om detta tillstånd och förklarar: »Jeg er klar over, at jeg dermed kan have placeret teksten et sted, hvor der ikke findes læsere – juristerne savner pragrafferne og de praktiske anvisninger, mens den alment interesserede finder fremstillingen for teknisk og juridisk« (s 7). Varje läsare får själv avgöra var texten placerat sig, vilket givetvis är avhängigt var läsaren har placerat sig själv.

Retfærdighed

är med andra ord det värde som anger omsorgens riktning och som bör styra den rättsliga praktiken. Rättfärdigheten är grundläggande och fundamental, men gör det att den polycentriska förståelsen är passé? Nej, svarar Zahle: »Når jeg her framhæver retfærdighed, er det heller ikke for at binde bedømmelsen til én værdi, en monovalent målestok. Retfærdighed er den brede og i sig modsætningsfyldte ramme, hvori retlige relationer kan drøftes« (s 163). Fortsatt hopp för polyvalens, alltså! Retfærdighed är inte något entydigt och kanske skulle titeln till den tidiga-re nämnda artikeln i *Svensk juristtidning* faktiskt ha kunnat formuleras som *Polycentri og omsorg for retfærdighed*.

Men den som går till Zahle för att få svar på rättfärdighetens inre gåta, vandrar förgäves, ty »dette indebærer det paradoks, at jeg på den ene side vil betone, at retten indebærer en omsorg for retfærdighed, på den anden side kan jeg ikke svare på, hvad jeg i denne forbindelse forstår ved retfærdighed« (s 163). Man kan tänka sig att här betonas en situationell och kontextuell bedömning av rättfärdigheten i varje enskilt fall, utan att förutbestämda uppfattningar förutbestämmer lösningen. Zahle avvisar därför »den store retfærdighed« som syftar på allmänna filosofiska kriterier och principer, utifrån t.ex. Kant, naturrätten eller liknande och som på sätt och vis saknar omedelbar anknytning till den rättstillämpande verksamheten, eftersom det juridiska avgörandet är konkret och tidsbundet. Men ändå spelar rättfärdighet en avgörande praktisk roll, som ett grundläggande värde i det dagliga juridiska arbetet, men då snarast i form av »den lille retfærdighed« (s 163). Och vem kan – i dessa postmoderna tidevarvs små berättelser - tacka nej till »en lille en«?

Essays

benämner Henrik sina små betraktelser. Ibland ryms de på en sida eller två, emellanåt sträcker de sig över fler och i sällsynta fall uppåt tio sidor. Den som är van att läsa Zahle som en vetenskaplig skribent får här andra sidor av honom. Det är korta utläggningar som rör de mest skilda ting, men där den sammanknyttande reflektionen härrör ur hans erfarenhet som domare – det är notater som skrivits eller påbörjats under dessa år. Essäerna är inte tematiskt ordnade, utan följer alfa-

betets raka linje – de är disponerade som den här anmälan, det vill säga med ett inledande ord eller begrepp som fångat Zahles uppmärksamhet och som sedan blir föremål för eftertanke. Essäerna rör sig från de små praktiska detaljerna till de stora livsfrågorna, såsom glömskan, kroppen, prestationsängesten, självrättfärdigandet, tvivlet och ödmjukheten.

Som mest njutbar blir Zahles stilistiska säkerhet när han låter oss möta rättstillämpare i gestalt av bla dommer Zabel (som grubblar över rättskällornas alternativa vägar), dommerfuldmächtig Zika (som skisserar olika domsutkast) och advokatfuldmächtig Sehn (som funderar över rättskraftens gåta) eller Advokaten som plötsligt drabbas av svettningar och ångest – de är förvisso fiktiva gestalter men man förnimmar ändå att det är äkta levda erfarenheter som återges. Icke sällan möter vi också författaren själv – »Jeg sidder ved mit skrivebord kl. 8.30« - där han blickar på »sagen på sit bord« som ibland »kommer til mig som noget truende og urovækkende. Kan jeg finde ud af det?« (s 184). Zahle beskriver hur »sagens liv med eller i mig er kort og intenst« (s 185) och man känner hans återkommande kval.

Om

betecknar i rättsteoretiska sammanhang vanligen en slags meta-position – man uttalar sig *om* något, ett utanförskapets distanserade syn. Zahle reflekterar, med en stor portion intim diskretion, *om* sin egen roll som domare vilken har att avgöra en bestämd sak – återkommande i hans skrift och vardag var den sak (*sag/case*) som ständigt låg på bordet.

Jag hade förväntat mig mer metateoretiska eller teoretiska reflektioner över det tema som han annars är känd för, nämligen frågan om *rättskällorna*. Det gör han nu också, om än i förbifarten, och dessa korta reflektioner ger för handen att han fortfarande står för den mer dynamisk-realistiska rättskällesyn som sedan tidigare är bekant för oss. Han noterar att den traditionella rättskälleläran huvudsakligen har haft karaktären av att vara *statiskt tillbakablickande*, men då också domaren själv är en normativ rättskälleproducent med ansvar *måste* rättskälleläran vara *dynamiskt framåtblickande* (s 51). Detta är naturligtvis inte svårt att hålla med om och det följer också ur Zahles »hermeneutiska« tolkningsmodell att varje text- och lagtolkning är baserad på en valmöjlighet mellan olika alternativa vägar – »Tekstens fortolkning göres til et valg af fremtid, et valg af fremtidige sociale forløb,« (s 17f). Om Zahles lilla skrift riktar sig till nyblivna domare och de förmår tillgodogöra sig denna insikt, är mycket vunnet tror jag. För trettio år sedan hade man kanhända hänvisat till »dialektiken mellan det rättsligt och samhälleligt möjliga« – men åren går.

Retlig

verksamhet eller tillämpning utgör fokus i Zahles bok. Han diskuterar till större delen de delar av rättslig erfarenhet som hänför sig till (egen) dömande verksamhet och i viss mån till vissa teoretiska erfarenheter. Jag förstår att det blir så, eftersom temat är praktiken med dess konkreta säregna ställningstaganden, men en viktig aspekt i det hela hade varit att få en förståelse av är hur Henrik förmedlar sin blandade erfarenhet till studen-

terna och forskarstudenterna. Alltså, hur skapa förståelse för omsorgen, för »den lille rettfærdighed« och för tolkningsansvaret till de blivande rättstillämparna, våra nuvarande studenter? Som jag personligen upplever det, är den stora utmaningen (och frustrationen) att leda *bort* studenterna från den rättspositivistiska tryggheten, när praxis i stor utsträckning leder dem *tillbaka* dit igen. Zahle tar inte upp dessa frågor, men det är några reflektioner som jag själv ställer mig i relation till hans bok.

Praxis

i den konkreta meningen av faktisk rättstillämpning är således det återkommande temat för Zahle. Inte i betydelsen av strikt regelbundenhet eller fast rättskällededuktion, utan vad juristen faktiskt gör eller ställs inför i sin dömande verksamhet - i bemärkelsen av en ibland nästan existentiell utkastadhet (eller ek-sistens för att nu tala Heidegger) som drabbar tillämparen i det dagliga värvet. Zahle vill styra bort från den fråga som upptagit och fortfarande upptar den traditionella rättsteorin, nämligen frågan *Vad är rätt?* (en svensk rättsvetares bok heter som bekant så ...) eller med en mer ontologiskt frågande betoning, *vad är rätt?* Den frågan är utan rimliga svar, den leder in på sidospår och saknar koppling till rättslig praxis och verksamhet, menar Zahle. Kanske är rättens varande (»gällande rätt«) till och med inget an-

nat än en socialkonstruktivistisk illusion?² Så långt går han nu inte, utan framhäver att huvudproblemet i praxis snarast är frågan »Hvad skal jeg gøre i denne sag?« Zahle framhåller bestämt att denna fråga bör ägnas mer uppmärksamhet i rättsvetenskapen och rättsteorin. Budskapet är, som han framhåller i sin installationsföreläsning, »retsfilosofi for praksis – judiciel, administrativ og videnskabelig praksis.«³

Vart leder då denna ödmjuka och egentligen ganska okontroversiella men okonventionella rättsteoretiska hållning? Jo, Zahle »søger en jurisprudence, en retsvisdom, der kan komme uden om den århundredegamle strid mellem naturen og retspositivisme. Denne strid, der har taget så megen opmærksomhed, er nu ved at rinde ud som både oafgjort og irrelevant« (s 10). Jag är helt enig i denna iakttagelse och jag hyser en förhoppning att rättsteorin någon gång skall komma bortom denna dikotomi som enbart förstär-

ker föreställningen att juridiken är ett och moral något annat. Trött står man som lärare i rättsteori och lär studenterna denna förenklade motsättning, som de tämligen snart anammar.⁴ De får lite rättsrealism till livs, något de tycker ligger mer åt det sociologiska – och därmed frammande – hållet. De får lite feminism, lite rättssociologi, lite marxism. Men samtidigt hinner man inte med alla andra teorier och förklaringar. Man undviker det komplexa och får inte med allt det viktiga ... allt det *andra* ... Samtidigt vill jag gärna tro på jurisprudensen, på en rättsvisdom ...

Författarupplysningar

Håkan Gustafsson är jur.dr. i allmän rättslära och universitetslektor vid Juridiska institutionen, Handelshögskolan, Göteborgs universitet.

2 Se Mats Glavå & Ulf Petrusson »Illusionen om rätten! Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna« (i: *Erkjennelse og Engagesjement. Minneseminar for Roland Doublet*. Bergen: 2002).

3 Henrik Zahle »Hvad skal jeg gøre i denne sag?« – Retsfilosofien mellem videnskab og praksis,« *Juristen* marts 2003 s 93.

4 Henrik Palmer Olsen har också tröttnat och söker en ny väg ut ur detta skenproblem, se »Samfundskontrakten i retsfilosofien« *Retfærd* 84 1999, s 15.