

Rättsvetenskap och lagstiftningsarbete

Av docent PETTER ASP

1. Inledning

Jag kommer i det följande att försöka säga någonting om i vilken utsträckning rättsvetenskapen på olika sätt bör delta i lagstiftningsarbete. Det kan måhända finnas skäl att nämna att anledningen till att jag har blivit ombedd att göra detta inlägg torde vara att jag, som har en ganska renodlad universitetsbakgrund, under ett drygt år arbetade med bl.a. lagstiftningsarbete på Justitiedepartementets straffrättsenhet.

Den uppgift jag blivit tilldelad har på flera sätt varit litet besvärlig, bl.a. eftersom den inneburit att jag blivit satt att fundera över om man, såsom rättsvetenskapare, bör göra något som jag redan gjort mig skyldig till, men också därför att de satta tidsramarna gjort det nödvändigt att låta mycket som är i behov av en utförlig motivering förbli närmast omotiverat. Mina synpunkter är följaktligen fragmentariska och de ger knappast uttryck för något mer sammanhållet ställningstagande.

2. Några utgångspunkter

Frågan om vilken roll rättsvetenskapliga företrädare bör spela i lagstiftningsarbetet kan naturligtvis angripas på ett otal olika sätt. Men oberoende av vilken väg man väljer finns det behov av att göra vissa distinktioner; det är närmast givet att ett svar på frågan huruvida och i vilken utsträckning rättsvetenskapen bör delta i lagstiftningsarbete måste bli differentierat. Svaret på frågan är åtminstone delvis avhängigt av vilken typ av deltagande vi talar om, i vilken omfattning deltagande sker och kanske också vilken typ av rättsvetenskapare vi talar om.

I ett av de förberedande dokumenten till det symposium som dokumenteras i detta nummer av Svensk Juristtidning ställdes t.ex. frågorna:

”Skall forskningen peka ut behov av lagstiftning? Bör forskningen aktivt verka för förändringar? Bör forskarna aktivt delta i lagstiftningsarbetet?”

Redan här antyds att den övergripande frågeställningen inrymmer flera olika, men delvis besläktade, frågor.

Om vi till att börja med tar en titt på vilka typer av medverkan som kan aktualiseras så är det ganska lätt att göra en relativt lång lista över lagstiftningsrelevant verksamhet som rättsvetenskapare kan ägna sig

åt. Några av de mest centrala punkterna på en sådan lista — jag har alltså inga som helst anspråk på fullständighet — torde vara:

1. att rättsvetenskaparen inom ramen för rättsvetenskapliga alster kan framföra kritiska synpunkter på lagstiftningen,
2. att rättsvetenskaparen inom ramen för rättsvetenskapliga alster kan komma med konstruktiva synpunkter de lege ferenda (här inryms allt från mer allmänna synpunkter på i vilken riktning lagstiftningen bör utvecklas till konkreta förslag till lagtexter),
3. att rättsvetenskaparen inom ramen för sitt ordinarie arbete besvarar remisser,
4. att rättsvetenskaparen medverkar i utredningsarbete, samt
5. att rättsvetenskaparen deltar aktivt i lagstiftningsarbete (och annat normskapande arbete, t.ex. internationellt förhandlingsarbete) såsom tjänsteman på något departementet.

Jag tänkte i det följande först säga några få ord om de två första punkterna på listan för att därefter ägna huvuddelen av mitt inlägg åt att diskutera kring frågan huruvida rättsvetenskapen aktivt och i mer organiserade former bör delta i lagstiftningsarbetet. Remissarbetet lämnas, närmast av utrymmesskäl, därhän. Redan nu kan emellertid förutskickas att jag inte kan se några skäl för att generellt utesluta några av de ovan nämnda aktiviteterna från rättsvetenskaparens legitima arbetsområde. Detta hindrar naturligtvis inte att det kan finnas vissa problem och risker som man bör vara uppmärksam på.

3. Kritik och konstruktion inom ramen för universitetsarbetet

När det gäller kritik, påpekande av lagstiftningsbehov, förslag till lagstiftning etc. inom ramen för rättsvetenskapliga arbeten är min uppfattning ganska klar. Rättsvetenskaparen kan och bör kritisera ofullkomligheter och jag har också svårt att se några skäl att inte bidra med förslag till förbättringar.

Ibland talas om att dylik verksamhet, särskilt vad gäller argumentation de lege ferenda, skulle vara ovetenskaplig eftersom den är värderingsbemängd. Frågan om vad som är att beteckna som vetenskap eller ej kan vi kanske lämna därhän i detta sammanhang, men med utgångspunkt i att det, enligt min uppfattning, går att argumentera rationellt också rörande frågor som aktualiserar värderingar och med hänsyn till att nästan all juridisk argumentation de lege ferenda är bunden i viss utsträckning — bl.a. måste systemkoherens och förhållandet till andra rättsregler beaktas — menar jag att det i vart fall är fullt legitimt för rättsvetenskapare att kritisera och konstruera också de lege ferenda. I sammanhanget kan framhållas att argumentation de lege lata och argumentation de lege ferenda närmast sammanfaller i situationer där en viss rättsfråga är mycket öppen; i sådana situationer kan man, som någon har uttryckt det, säga att det som bör gälla, också är det som gäller.

Ett annat skäl till avhållsamhet skulle kunna vara omsorg om rättsvetenskapens oberoende och integritet. I sammanhanget kan t.ex. hänvisas till att Rodhe — som i och för sig torde vara ganska ensam om sin uppfattning — har argumenterat för att rättsvetenskaparen bör avstå från att ge rekommendationer (både vad gäller lösningen på konkreta rättstillämpningsfrågor och de lege ferenda) eftersom han eller hon ”därigenom försvagar sin förmåga att korrekt beskriva verkligheten”.¹ Rättsvetenskaparen bör vara enligt Rodhe vara en ”oengagerad iakttagare” som avhåller sig från allt som kan äventyra hans förmåga att ”korrekt beskriva verkligheten”. Personligen tror jag inte mycket på Rodhe, bl.a. eftersom det alldeles oberoende av om man ger rekommendationer eller ej är närmast omöjligt att undvika att ta ställning inför sig själv, men även av det skälet att jag tror att Rodhes uppfattning bygger på ohållbara distinktioner (på flera plan).

Kring dessa frågor kan man naturligtvis diskutera mycket länge, men i detta sammanhang nöjer jag mig med att konstatera att de flesta rättsvetenskapare i vart fall inte agerar enligt Rodhes modell.

4. Rättsvetenskap, utredningsarbete och departementstjänstgöring

4.1 Inledning

Mer intressant är kanske frågan huruvida rättsvetenskapen aktivt och i mer organiserade former bör bidra till lagstiftningsarbetet genom att delta i offentliga utredningar eller inom ramen för tjänstgöring på något departement. Frågeställningen får här ytterligare dimensioner eftersom rättsvetenskaparen här på ett annat sätt solidariserar sig med lagstiftaren och arbetar åt det maktcentrum som han eller hon bl.a. har till uppgift att granska. För att åter anknyta till Rodhe kan man säga att den rättsvetenskapare som deltar i lagstiftningsarbete förflyttar sig från läktaren — och den tillbakalutade platsen som oengagerad iakttagare — ned på spelplanen. Är detta verkligen önskvärt eller ens legitimt?

4.2 Plus...

En första delfråga man kan ställa sig är naturligtvis varför det, bortsett från eventuella motskäl, finns skäl att engagera rättsvetenskapen i lagstiftningsarbetet. Finns det överhuvudtaget några väsentliga fördelar med att involvera forskare i den lagstiftningsförberedande verksamheten? Själv besvarar jag den ställda frågan positivt och jag skall ge några korta och ganska allmänt hållna synpunkter, som inte gör anspråk på att vara heltäckande, till stöd för denna uppfattning.

I lagstiftarperspektivet kan man för det första peka på att rättsvetenskaparens och domarens — det är ingen hemlighet att de flesta personer som arbetar aktivt med lagstiftningsarbete har sin bakgrund i domstolsvärlden; assessor är den helt dominerande yrkestiteln i de-

¹ Se t.ex. Rodhe, ”Beskrivning — prognos — rekommendation. En trosbekännelse.” JT 1996–97 s. 1–4.

partementsvärlden — kunskaper i regel skiljer sig åt. Jag vill inte på något sätt påstå att rättsvetenskapare generellt sett skulle besitta större kunskaper än domare, men kunskaperna är delvis annorlunda.

Här kan t.ex. framhållas att rättsvetenskapare och praktiker närmar sig den juridiska materian med delvis olika kunskapsintressen; för domaren är intresset i huvudsak fokuserat på att finna sådan kunskap som krävs för att lösa konkreta fall, medan detta för rättsvetenskaparen bara är en av flera uppgifter och i regel inte ens den viktigaste. Eftersom de frågor man söker besvara delvis skiljer sig åt kommer man också att söka sig till olika typer av källor och material och läsa detta material på olika sätt, vilket i sin tur leder till att man förvärvar delvis olika kunskaper.

Vidare torde gälla att rättsvetenskaparens kunskaper i relation till domarens i regel är betydligt smalare men samtidigt djupare, vilket till stor del hänger samman med att specialiseringen normalt är mer långt driven inom rättsvetenskapen än i våra domstolar. Den som ägnar dag ut och dag in åt straffrätt, och dessutom ägnar lejonparten av den tillgängliga tiden åt ett fåtal, ofta ganska begränsade, delområden av straffrätten, förvärvar naturligtvis en annan typ av kunskap än den som nästan dagligen ägnar sig åt flera olika rättsområden. Det här återspeglas också i titulaturen på departementen; rättsvetenskapare som tjänstgör på departementet har i regel titeln ämnessakkunnig, medan assessorerna (så länge de är obefordrade) har titeln rättsakkunnig.

För det andra torde det inte vara att säga för mycket att rättsvetenskaparen och domaren har delvis olika sätt att tänka och se på saker. Om man skall bygga på fördomar — och det kan det finnas skäl att göra när de är någorlunda välgrundade — skulle förenklat kunna sägas att domare i regel är mer pragmatiska och inriktade på att hitta praktiska lösningar än rättsvetenskapare som istället ofta tillmäter systemkoherens och principiella eller teoretiska argument större vikt. Det sagda innebär inte på något sätt att jag vill argumentera för en icke pragmatisk syn på lagstiftningen — det är givetvis centralt att den faktiskt fungerar i praktiken — men på längre sikt ligger det naturligtvis ett värde i att man i lagstiftningsarbetet också får in vad man kan kalla ett mer teoretiskt och principiellt perspektiv. I sammanhanget kan tilläggas att det ligger mer än ett korn av sanning i Justus von Liebig's ord att det inte finns något mer praktiskt än en god teori.

När detta har sagts så vill jag framhålla att det är viktigt att man inte överdriver de här skillnaderna och ser dem som ett problem, t.ex. så tillvida att man på grund av risker för "kulturkrockar" mellan teori och praktik skulle undvika att använda rättsvetenskapare i lagstiftningsarbetet. Mina erfarenheter, både från departement och utredningsarbete, pekar tvärtom på att skillnaderna i sättet att tänka och resonera är betydligt mindre än man ofta föreställer sig. Man talar i huvudsak samma språk och tänker på ett i huvudsak likartat sätt. Man

skulle kanske kunna uttrycka det så att den gemensamma prägling som man får, eller utsätts för, genom juristutbildningen och juristyrket i allmänhet har ett betydligt större genomslag än den divergerande prägling man får i sina olika specialroller inom juridiken. Skillnader finns men de överskuggas av likheterna.

För det tredje torde kunna sägas att människor med en rättsvetenskaplig bakgrund ofta har större erfarenhet av att konstruera sammanhållna system och modeller än människor med domstolsbakgrund. Vetenskap går ju i mångt och mycket ut just på detta; att skapa system och modeller som dels kan bidra till att förstå och förklara, dels vara användbara i den juridiska verkligheten. Och även om det, som någon har uttryckt det, finns skäl att tro att de stora systembyggenas tid är förbi inom lagstiftningsverksamheten, så förutsätter naturligtvis varje lagstiftningsprojekt av någon betydelse, ett ganska omfattande konstruktionsarbete. I sammanhanget skulle man också kunna peka på rättsvetenskaparens vana att bygga upp och skriva längre och sammanhållna texter.

Till sist kan man kanske också tillägga att det kan ligga ett visst värde i det faktum att rättsvetenskaparen kommer utifrån, från en miljö som är fristående från departements- och domstolsvärlden, och inte är inne i en karriärväg där man är, eller känner sig vara, beroende av goda vitsord etc. Även om jag på intet sätt vill påstå att det är lågt i tak på departementen och att stämningen skulle vara räddhågsen — mina erfarenheter är tvärtom att det är högt i tak och att det finns såväl en acceptans för att man såsom tjänsteman kan ha en avvikande uppfattning som en respekt för rätten att hävda den uppfattningen — så är det kanske ändå något lättare att med s.a.s. en bas utanför de ömsesidigt integrerade domstols- och departementsvärldarna vara självständig och förhålla sig kritisk. Det här är naturligtvis personrelaterat i mycket stor utsträckning och jag vill inte på något sätt relatera det sagda till mina insatser på departementet. I ett generellt perspektiv tror jag emellertid att det kan ligga åtminstone en halv sanning i det sagda.

Sammanfattningsvis kan sägas att jag, närmast som en vän av pluralism och mångsidighet, är övertygad om att lagstiftningsarbetet befrämjas av att personer med olika bakgrund deltar i arbetet. Det sagda är naturligtvis, *mutatis mutandis*, överförbart också på andra kategorier av jurister som i mindre utsträckning än folk från domarbanan deltar i lagstiftningsarbetet. Som exempel från det straffrättsliga området förtjänar särskilt åklagarna att nämnas.

I ett annat perspektiv bör också framhållas att rättsvetenskapen som sådan naturligtvis kan befrämjas av att dess företrädare deltar i lagstiftningsarbete. Om man bortser från rent praktiska saker som att också rättsvetenskapare har stor nytta av informationskanaler, kontakter osv., kan sägas att deltagande i lagstiftningsarbete kan ge en förståelse för de processer som leder fram till lagstiftning och för lag-

stiftningens villkor som sannolikt är svår eller omöjlig att förvärva från ett skrivbord på ett universitet. Man får helt enkelt ett tillfälle att förvärva förstahandskunskap om en del av det som utgör ens forskningsobjekt.

4.3 ...och minus?

Som antytts inledningsvis kan man naturligtvis också se vissa risker med ett alltför intimt och förtroendefullt samarbete mellan lagstiftaren och rättsvetenskapen. Slagordsmässigt kan man sammanfatta dessa risker genom att säga att en rättsvetenskap som är alltför lierad med den lagstiftande makten inte gärna kan vara helt fri, obunden och förutsättningslös. Den som deltar och verkar i en viss verksamhet är sällan den bäste att rättvist beskriva och bedöma denna verksamheten.

Om man ser det från rättsvetenskaplig synpunkt kan man se risker på åtminstone tre plan. En första och ganska trivial risk att ett nära samröre med de personer som arbetar fram de produkter som leder till lagstiftning skulle kunna innebära bl.a. att man blir försiktigare när det gäller att uppfylla rättsvetenskapens kritiska och granskande funktioner. Att avindividualisering främjar människans förmåga till att vara rak (och kanske till och med elak när det behövs) är en välkänd psykologisk effekt. Omvänt lär också gälla att man i regel är något försiktigare med att kritisera personer som man känner väl. I vilken utsträckning det här verkligen är en fara kan naturligtvis diskuteras. Av betydelse är bl.a. de inblandade personernas förmåga att skilja på sak och person. Dessutom är det ju sällan nödvändigt att idiotförklara folk för att kunna framföra skarp kritik.

De här riskerna kan naturligtvis accentueras ytterligare för den rättsvetenskapare som deltar i lagstiftningsarbete i sådan utsträckning att denne i sin yrkesidentitet blir mer av lagstiftare än av rättsvetenskapare. Det är naturligt att man genom långvarigt arbete i, eller samarbete med, en viss organisation bygger upp en viss lojalitet, inte enbart på ett personligt, utan också på ett institutionellt plan. För att uttrycka det hela på ett annat sätt kan sägas att jag tror att det är nödvändigt att man på något sätt, eller i vart fall i viss mån, behåller utanförperspektivet om man skall kunna fullgöra sina uppgifter såsom rättsvetenskapare. Möjligen skulle man kunna säga att det hela börjar bli allvarligt när man uppfattar sig själv som en tjänsteman som i viss utsträckning ägnar sig åt juridisk forskning, snarare än en som en rättsvetenskapare som i viss utsträckning ägnar sig åt lagstiftningsarbete.

På ett tredje plan finns naturligtvis också en risk att man genom aktivt deltagande i lagstiftningsarbete påverkas i sina ställningstaganden. Exempelvis kan sägas att förarbetsskrivande åtminstone i viss utsträckning handlar om att övertyga och när man väl har engagerat sig

och ställt sig bakom en visst förslag eller en viss uppfattning om gällande rätt kan det måhända finnas ett visst motstånd mot att byta fot.

De här problemen bör naturligtvis tas på största allvar. Samtidigt vill jag emellertid framhålla att det finns faktorer som i viss mån begränsar betydelsen av problemen. Viktigast av dessa faktorer är kanske att den roll man spelar såsom tjänsteman på ett departement eller vid deltagande i utredningsarbete i regel är betydligt mer begränsad i förhållande till slutprodukten än den roll man såsom rättsvetenskapsare spelar i förhållande till sina egna rättsvetenskapliga alster.

I denna del kan för det första framhållas att lagstiftningsarbete mycket sällan är förutsättningslöst i samma utsträckning som rättsvetenskapligt arbete.² Exempelvis gäller t.ex. för utredningsarbete att direktiven drar upp vissa ramar som man bör hålla sig inom och inom departementen finns naturligtvis ytterst den rent politiska dimensionen med ministern och regeringen som ytterst ansvariga.

För det andra är lagstiftningsarbete i regel ett lagarbete. I såväl utredningsarbete som arbete inom ramen för departementen är det alltid flera personer inblandade på olika nivåer och med olika beslutsfunktioner. Detta leder naturligtvis till att identifikationen mellan person och produkt är långt ifrån lika tydlig som inom den rättsvetenskapliga världen (där kritik av en produkt närmast är att likställa med kritik av en viss person).

Det här innebär sammantaget att det är närmast givet att man inom ramen för arbete i ett departement eller i en utredning i viss mån får acceptera dels att den roll man spelar är begränsad, dels att arbetet leder fram till produkter som man personligen kanske inte kan ställa sig bakom fullt ut. Detta kan naturligtvis smärta, särskilt om man är av den uppfattningen att den egna forskningsverksamheten, det egna tänkandet och de resultat som man uppnår är det nav runt vilket världen kretsar (vilket är en uppfattning som kanske inte är alldeles ovanlig i rättsvetenskapliga kretsar), men en sådan acceptans tror jag i praktiken är en förutsättning för allt deltagande i lagstiftningsarbete.

De här begränsningarna av den roll man har innebär förstås å andra sidan att arbetet blir mindre — för att uttrycka sig väldigt starkt — ”korrumperande” än det annars skulle ha varit; man är s.a.s. inte ”lagstiftaren”, utan en kugge i ett större maskineri som bidrar till att skapa lagstiftning på ett visst område. Om man till detta lägger att den rättsvetenskapliga rollen bygger på att man personligen kan stå för sina argument och slutsatser — vilket i högsta grad är integritetsbefrämjande — så är det svårt att se att varje form av aktiv medverkan i lagstiftningsarbetet bör förkastas med hänsyn till riskerna för rättsvetenskapens integritet.

² I det sagda ligger inget påstående om att rättsvetenskapligt arbete skulle vara fullständigt förutsättningslöst.

5. Sammanfattande synpunkter

För att sammanfatta det sagda kan man, måhända litet vårdslöst, säga att jag har anfört vissa skäl hit och dit, men egentligen inte på ett tydligt sätt tagit ställning. I det avseendet har jag möjligen varit Rodhe trogen. För den som är villig att tro att jag agerar någorlunda övertänkt och i linje med mina övertygelser kan emellertid vissa slutsatser dras av det faktum att jag, liksom många andra rättsvetenskapare, redan befunnits vara skyldig till, och är dömd för, medverkan till lagstiftning.