

# Rättsvetenskapen och lagstiftningsarbetet

Av professor KAARLO TUORI

1. Jag skall närma mig diskussionens tema genom ett schema av rätten som jag under de senaste tio femton år har försökt att utveckla i mina rättsteoretiska skrifter och boken *Critical Legal Positivism*. Schemat beror på två grundläggande distinktioner: en som gäller vad jag kallar för rättens två ansikten och en som beträffar vad jag kallar för rättens tre nivåer. Rätten kan granskas, för det första, som en symbolisk-normativ företeelse, som en rättsordning; det är denna rättens aspekt med vilken vi jurister såsom spontant identifierar rätten. Men rätten har också en annan aspekt som kanske är den aspekt som samhällsvetare är intresserade av. Här är det fråga om rätten som bestående av vissa specifika praktiker, rätten som samhälleliga praktiker. I det moderna samhället, som är — såsom Emile Durkheim påstod — präglad av arbetsfördelning, har det differentierats vissa praktiker som har specialiserat sig i rättens, dvs. rättsordningens, produktion och reproduktion. De viktigaste rättsliga praktikerna är lagstiftande, lagskipning och rättsvetenskap. Det som är särskilt viktigt att lägga märke till är att också rättsvetenskapen hör till de rättsliga praktiker som producerar och reproducerar rätten som rättsordning, dvs. själva objektet för rättsvetenskapen. Rättsvetenskapen har ett egendomligt förhållande till sitt forskningsobjekt, ett förhållande som skiljer den från andra vetenskapsgrenar. Rättsvetenskapen, särskilt rättsdogmatiken, påverkar omedelbart med sina egna forskningsresultat — såsom rättsdogmatikens tolknings- och systematiseringsståndpunkter — sitt forskningsobjekts utveckling.

2. Det finns en ständig växelverkan mellan rättens två aspekter. Rätten som rättsordning kunde varken uppstå eller bestå utan de rättsliga praktiker som svarar för dess ständiga produktion och reproduktion och som s.a.s. utgör rättsordningens ontologiska stöd. Rättsordningen, rätten som en symbolisk-normativ företeelse, är enligt min analys ett mångskiktigt fenomen. Den består inte bara av språkligt formulerade, uttryckliga normer utan inkluderar också s.a.s. djupare nivåer, som både möjliggör och begränsar det som sker på rättens synliga yta. De här nivåerna har jag kallat för rättskulturen och rättens djupstruktur. Rättens inre dynamik består av vissa relationer mellan de här nivåerna, dvs. yttnivån, rättskulturen och rättens djupstruktur. Här har vi en annan viktig funktion av de rättsliga praktikerna i förhållande till rätten som rättsordningen; det är de rättsliga praktikerna som förmedlar relationerna mellan rättens nivåer.

På detta sätt är rätten som en rättsordning beroende av rättsliga praktiker. Men å andra sidan kunde man inte tala om specifika rättsliga praktiker utan rättsnormer, rättsliga regleringar, som t.ex. ger rättskipningen eller lagstiftandet deras rättsliga karaktär. Dessa praktiker och deras resultat är så kallade institutionella fakta som inte kunde existera utan de rättsliga normer som definierar dem som rättsliga företeelser. Rättsvetenskapen är en rättslig praktik, vid sidan av lagstiftandet och rättskipningen, men en rättslig praktik med vissa särdrag. Rättsvetenskapens resultat, t.ex. rättsdogmatikers uttalanden, äger inte en omedelbart bindande verkan; en sådan verkan får de bara medelbart, genom de andra rättsliga praktikerna. Ett annat särdrag består av en lägre institutionaliseringsgrad i jämförelse med lagstiftandet och rättskipningen. Rättsvetenskaplig forskning bedrivs huvudsakligen på universiteten, på de rättsvetenskapliga fakulteterna, men de äger inte en motsvarande rättslig monopolställning som riksdagen och regeringen i lagstiftandet eller domstolarna i rättskipningen.

**3.** Således har vi tre huvudsakliga rättsliga praktiker som har specialiserat sig i rättsordningens ständiga produktion och reproduktion: lagstiftande, rättskipning och rättsvetenskap. Men det råder också en viss arbetsfördelning mellan de här praktikerna; och det är denna arbetsfördelning som jag näst skall vända mig åt. Denna arbetsfördelning och rättsvetenskapens roll kan man analysera åter genom en ny distinktion som beträffar rättens så kallade rationalitetsdimensioner. Som Max Weber har lärt oss, är "rationalitet" i allmänhet och "rättens rationalitet" i synnerhet ett mångtydigt begrepp. Vi kan analysera rättens rationalitet i tre dimensioner som kan kallas för rättens objektrationalitet, interna rationalitet och normativa rationalitet. I denna distinktion hänvisar objektrationaliteten till rättsliga regleringars förhållande till sina regleringsobjekt, till deras förmåga att uppnå sina samhälleliga målsättningar. I Webers terminologi förutsätter objektrationaliteten en målrationell synvinkel, en instrumentalisk inställning till rätten. Den interna rationaliteten avser rättsordningens konsekvens och koherens. Konsekvensen är en logisk egenskap: rättsordningen är konsekvent då den inte innehåller logiska motsättningar, då enskilda rättsnormer inte motsätter varandra logiskt. Koherensen är en mera krävande egenskap som ansluter sig till de principer och värden som ligger i bakgrunden till enskilda regleringar. Och till sist i rättens normativa rationalitet är det fråga om rättens legitimitet. Jag skall dock i detta inlägg inte komma in på legitimitetsproblemet utan inkränka mig till rättens objektrationalitet och inre rationalitet.

**4.** Man kan påstå att det är objektrationaliteten som spelar huvudrollen i lagstiftningen och lagberedningen och att det är rättens objektrationalitet som de politiskt sammansatta lagstiftningsorganen — riksdagen och regeringen — samt ämbetsmännen som bär ansvaret

för lagberedningen främst är intresserade av. Både den typiska politiker och den typiska byråkraten — ämbetsmannen — antar en målrationell, instrumentell synvinkel på rätten. Det är de andra rättsliga praktikerna, dvs. lagskipningen och rättsvetenskapen, som bär huvudansvaret för rättsordningens interna rationalitet, för dess konsekvens och koherens. Detta är förstås en generalisering: det finns skeden i lagberedningen där man också försöker sörja för rättens interna rationalitet. Det är kanske här som vi kan se justitiedepartementets specifika uppgift i förhållande till det lagberedningsarbete som pågår i andra departement. Vad gäller skillnaderna mellan olika rättsområden, är det speciellt de traditionella kärnområdena av rättsordningen — allmän civilrätt, allmän straffrätt och processrätt — som i departementens ömsesidiga arbetsfördelning hör till justitiedepartementet, där rättens interna rationalitet redan i lagberedningsskedet är en viktig synvinkel. Men allt i allt är det dock objektrationaliteten som dominerar den inställning till rätten som är typisk för lagberednings- och lagstiftningsarbetet.

5. Det är kanske bevarandet och främjandet av rättens interna rationalitet, rättsordningens konsekvens och koherens, som utgör rättsvetenskapens, och särskilt rättsdogmatikens, viktigaste uppgift i de rättsliga praktikernas ömsesidiga arbetsfördelning. Man har ofta karakteriserat rättsdogmatikens funktioner som tolkning och systematisering. Rättsdogmatiken uppfyller sin systematiseringsuppgift genom att utveckla så kallade allmänna läror inom olika rättsområden, allmänna läror som består av det ifrågavarande rättsområdets grundläggande begrepp och allmänna rättsprinciper. Allmänna läror, som är en väsentlig beståndsdel av juristernas rättsliga expertkultur, spelar en väsentlig roll i upprätthållandet av rättens interna rationalitet. Det finns dock exempel där lagstiftaren har gett de allmänna lärorna sin formella välsignelse; historiskt sett är Tysklands BGB kanske det mest kända exemplet. Inom vissa rättsområden har lagstiftaren bekräftat allmänna läror också efter de stora lagkodifikationernas tid som ju slutade med BGB. Här kan man peka på straffrätten där lagstiftarens aktivitet också inom allmänna läror har sin bakgrund i den straffrättsliga legalitetsprincipen. Men också när lagstiftaren formellt beslutar om allmänna läror, beror detta beslut på rättsvetenskapens föregående arbete. Det som t.ex. BGB kodifierade var den tyska pandektjurdikens 1800-tals prestationer. Och Finlands straffrättsliga reformprojekt, där även de allmänna lärornas förnyelse ingår, har sysselsatt akademiska straffrättare i mera än 25 år. Vad gäller rättsvetenskaparnas roll i lagberedningen i allmänhet, är det just bevarandet av rättsordningens konsekvens och koherens som torde vara deras viktigaste insats.