

# Världsbilder, rättsvetenskap, juridik och hållbar utveckling

Av professor STAFFAN WESTERLUND

*“You sure you know what you’re doing?”  
“What’s to know?”<sup>1</sup>*

## Inledning

1. Under mer än ett decennium har jag haft anledning arbeta och/eller samtala med sådana domare, som också är verksamma — för att inte säga ansvariga — som lagkonstruktörer. Ibland har situationen varit sådan att det fanns anledning att fråga rent ut om deras beläsenhet på sitt (tillika mitt) område.<sup>2</sup> Vanligen har jag då fått det på åtminstone vissa sätt förbluffande (fast kanske ändå inte) svaret, att de över huvud taget inte hade läst in sig på de nyare kunskaperna på området. Flera såg heller inget problem med det. Eller som en av dem sade, det behövs inte, ty likvärdigt var nämligen, enligt högst densamme, “learning by doing”.

Konversationer av detta slag jämte observationer av kvaliteten på ett antal års miljölagstiftning har lett till denna artikel.<sup>3</sup> Den utgör en betraktelse, inkluderande analys, av inställningen till ny kunskap och av paradigmpromblem i juridiken och rättsvetenskapen. Den lägger därvid särskild vikt vid hur lagkonstruktörer och andra jurister förhåller sig till kunskap och vetenskapliga resultat. I uttrycket “förhålla sig” ligger två saker. Dels att medge att kunskap, slutsatser och teorier har framförts. Dels att — om man inte accepterar det framförda — upplysa och argumentera om varför. Om någon inte förhåller sig till exem-

<sup>1</sup> Replikskifte mellan Cybill Shepherd och Bruce Willis i ‘Moonlighting’.

<sup>2</sup> När man som forskare, tillika professor, ser och hör hur sådana som skriver utredningsdirektiv och lagar resonerar som om de trodde något annat än vad dagens (ofta forskningsbaserade) kunskap utvisar, är ställandet av en sådan fråga närmast ett tjänsteåliggande. Miljörättsvetenskapen har under åren gått ganska djupt in på många av de slags frågor, som miljölagstiftarna har att brottas med. Till en betydande del har forskningen hämtat upp de modernaste rättsliga och rättstekniska lösningarna i världen, undersökt dem och även utvecklat teori för huruvida, och i förekommande fall hur, sådana skulle vara ändamålsenliga i den svenska rättsordningen. På senare år har särskilt dels EG-rättens miljöregler, dels och framför allt hållbar utveckling med basen i Rio 1992 utgjort ramar för forskningen. I synnerhet det sistnämnda har i sin tur avsatt en hel del utvecklad teori med särskild inriktning på användbarhet i lagstiftningshänseende. Miljörättsvetenskapen har även i betydande omfattning behandlat internrättsliga frågor (av rättsdogmatisk karaktär) och analyserat dessa utifrån olika perspektiv. Mycket av de resultaten är användbart för att minimera risken för (av lagstiftarna själva) oönskade felaktigheter i ny lagstiftning.

<sup>3</sup> Jag har fått mycket värdefulla synpunkter på olika manuskriptversioner. Karaktären på artikelns ämne är sådan, att jag inte nämner mina bispringare vid namn. Men jag försäkrar att jag har haft mycket stor nytta av råden, oavsett hur resultaten därav ter sig i denna slutliga text.

pelvis en viss teori, beror det antingen på att hon inte känner till teorin (då föreligger ett kunskapsproblem) eller att hon inte kan eller gitter redovisa ett ställningstagande till denna. Kunskapsbrister löser man genom utbildning och liknande. Ren negligering av sådant som inte är förenligt med den ståndpunkt man ställer sig bakom är inte bara vetenskapligt ohållbart utan också ett hinder för sakligt samtal.

Det är naturligt att en sådan uppsats skrivs utifrån miljöretten, eftersom dennas problematisering knyter an till en naturvetenskapligt prövbar världsbild som i allt väsentligt inte är kompatibel med sådana världsbilder, utifrån vilka det mesta av dagens (svenska) juridik skulle kunna förklaras. Det hela blir inte mindre spännande av att det är denna (för rätten) nya världsbild, som egentligen redan ska ha blivit rättsligt relevant till följd av inriktningen på hållbar utveckling. Detta kräver i sin tur ett utvecklat juridiskt tänkande. Som jag kommer att ge exempel på, är dock svenska domares och andra juristers utbildning i allt väsentligt opåverkad härav. Vad beror i så fall det på, och kan okunskap utan nackdelar ersättas med "learning by doing"?

I sökandet efter orsaker leder spåren förbi juristutbildningen tillbaka till rättsvetenskapen själv och dess förhållanden till paradigmproblem och paradigmskiftet. En rimlig tes är att om de som har juristutbildats i viktiga hänseenden saknar relevanta kunskaper, och om juristutbildningen inte ger sådana i tillräcklig utsträckning, så är detta ytterst rättsvetenskapens fel. Forskningen ska lägga grunden för relevanta kunskaper. Om då rättsvetenskapen har en uppfattning om vad som är relevanta kunskaper, som inte är kompatibel med rimliga världsbilder, omvärldsbilder och problembilder, är detta ett tecken på rättsvetenskapliga paradigmproblem.

2. Rättsordningar, och den rätt de består av och ger uttryck för, är skapade av människor. Rätten har funktioner. Dessa funktioner har uppställda eller underförstådda ändamål. De kan medföra effekter av olika slag — även utanför ramen för ändamålen (bieffekter). Effekterna i samverkan med andra förhållanden kan i sin tur leda till konsekvenser.

En rättsordning tillkommen under en världsbild där naturresurser är ousinliga och/eller alltid substituerbara, och som har som ändamål att befrämja hälsa och välfärd samt att till den änden (eller som ett ändamål i sig) befrämja ekonomisk tillväxt, kan på sätt och vis betecknas som ändamålsenlig. Men bara om världsbilden håller! Om världsbilden förändras till sin motsats men rättsordningen behåller tidigare syfte (alltså att befrämja hälsa och välfärd och ekonomisk tillväxt), så måste rättsordningen omprövas. Den hade ju utformats utifrån vad man *tidigare* trodde om verkligheten. Om verkligheten inte stämmer med den bild som låg till grund för utformningen, är rättsordningen med största sannolikhet *inte* ändamålsenlig.

Jämför med vetenskapen och dess paradig. Det som äldre tiders astronomer såg och förklarade på logiska och ofta komplicerade sätt kunde ses även efter Kopernikus — men ändå inte. Efter den nya världsbilden, där inte längre Jorden var i centrum, kunde — och måste — det man hade iakttagit, och iakttog, förklaras på andra (vanligen enklare och i vart fall effektivare) sätt än tidigare.<sup>4</sup> Den nya världsbilden medförde ett nytt paradig.

En ytterligare tes i denna artikel är att både juridik och rättsvetenskap har svåra paradigmproblem, och att miljörettens bemötande är ett tydligt exempel härpå. En närmare begrundan av detta kräver att vi förstår vad som är världsbilder och andra bilder av rättsvetenskaplig betydelse i och för frågor, som utgår från hållbar utveckling. Det sistnämnda har ju numera blivit *miljörettsvetenskapens* kärna och borde även vara miljöjuridikens dito.

### Världsbilder och andra bilder

3. Fyra slags bilder ska här presenteras. Jag börjar med *världsbilder*.

Om världen och världsbilden skiljer sig åt, är det givetvis inte världen det är fel på, utan världsbilden. När världsbilden bättre har anpassats till världen än tidigare, har detta vanligen berott på vetenskap men det har också inverkan på vetenskapen. Sådana skiften kan betraktas som framsteg.

Vi måste få anta att juridiken och den normala rättsvetenskapen är sprungna ur en världsbild. Visserligen kunde en alternativ hypotes vara att de har växt fram utan egentligt avseende på olika världsbilder, eller att de med tiden har förlorat samband med en viss världsbild. Oavsett detta kan vi anta att juridiken har sitt ursprung i, eller i vart fall är starkt påverkad av, olika *problembilder*. Dessa kan i sin tur tänkas vara påverkade av *omvärldsbilder* men också av juridikens, rättsvetenskapens och/eller problemlösarens *självbilder*. Jag går först igenom dessa bildslag för att därefter ta upp en nu aktuell världsbild.

4. Med *problembild* menas här den bild som någon har av vad som är ett problem, hur problemet är och/eller vilket eller vilka problem man har att lösa; alltså hur man uppfattar eller förstår problemet. Den som exempelvis vill hantera och reglera relationer mellan människor har därmed ställt upp ett problem. Samma gäller den som vill åstadkomma hushållning med allmänningar, ordna med rådandet över mark och över lös egendom eller reglera rätten att utnyttja naturen, etc. Sådant är också problem. Att problemen löses kan ingå som en förutsättning för civilisation, eller uttryckligt ställas upp som ett mål.

<sup>4</sup> Kuhn, T. S: De vetenskapliga revolutionernas struktur, andra utökade upplagan, Thales 1992, nytryck 1997, s. 100, jfr 102 f.

Relationsproblematik kan utsträckas till förhållandet mellan köpare och säljare, kompositör och filnedladdare, över- och undersåtar, den offentliga makten och de enskilda etc.

Också religiösa problembilder förekommer.

5. Inte bara världsbilder kan förklara eller inverka på problembilder i juridiken och den normala rättsvetenskapen. Vi behöver ytterligare ett begrepp, nämligen *omvärldsbild*.

Före transistorn, och därmed före datorn, präglades de industrialiserade samhällena av helt annan teknik än den digitala. Företag som inte införlivade den omvärldsbild, där det digitala tekniksprånget framstod som avgörande, fortsatte med t.ex. mekaniska räknemaskiner och slogs därför ut. Det var inget fel på deras maskiner. Det var bara det att de inte hade någon plats på den marknad, som den förändrade omvärlden hade utvecklat. Man hade inte hängt med i utvecklingen, åtminstone delvis på grund av att man inte bytte omvärldsbild.

Kärntekniken ställde mycket av normalt krigförande på huvudet, men också mycket av geopolitiskt tänkande. Genteknikens utveckling är ett annat exempel som pekar på en omvärldsförändring. Om man ser på omvärlden som om den inte alltmer präglades av genteknik, är det fel på omvärldsbilden.

Juridiken och rättsvetenskapen måste följa omvärldsutvecklingen och återkommande ompröva sina omvärldsbilder. Det är ju i dessa, eller med beaktande av dessa, som många av juridikens problemställningar bäst hämtas. Huruvida och i förekommande fall hur juridiken sedan, med adekvat vetenskap om omvärlden, ska utveckla sig beror av vilka problem som ska lösas. Miljöproblemen genereras sålunda av hur omvärlden är beskaffad.

Vi har alltså nytta av begreppen världsbild, omvärldsbild och problembild. *Världsbilden* återspeglar ett helhetsbetraktande. *Omvärldsbilden* återspeglar ett slags betraktande inifrån och den kan ändras trots bibehållen världsbild. Om däremot världsbilden ändras, lär omvärldsbilden behöva omprövas och kanske omförstås. *Problembilden* har jag berört men återkommer till längre fram. Dessförinnan ska en fjärde bild tas in i sammanhanget, nämligen *självbilden*.

6. Med självbild menar jag en bild som någon gör av sig själv och sina uppgifter etc. Denne någon kan vara en person. Men den kan också vara en vetenskap eller något annat liknande.

Självbilder kan beskrivas internt i, eller av, disciplinen själv (och dess företrädare). Självbilden kan studeras utifrån, och/eller baserat på observationer utifrån (t.ex. av rättssociologer).

Rimligen kan självbilder påverkas av omvärldsbilden. Men det sker nog inte automatiskt.

Anta att en viss typ av brottslighet ökar — t.ex. organiserad ekonomisk brottslighet inklusive hot, utpressning och övergrepp i rättsak — samtidigt som juridiken håller fast vid en självbild av att vara väktare gentemot nya polisiära metoder, och detta av traditionsskäl. I så fall får den nya brottsligheten ett allt större övertag över samhället och medborgarmajoriteten, och det främst som en följd av att juridiken behåller sin gamla självbild, den förändrade omvärldsbilden till trots.

Eller anta att rovdjursstammen är i utdöende, men juridiken skulle hålla fast vid en tänkt uppgift att skydda dem som i nödsituationer skyddar sin egendom, i stället för att lägga ett ansvar på ägarna att skydda rovdjuret från sådana oemotståndliga frestelser som exempelvis utegående, herdelösa får utgör.

Eller anta att en befolkning successivt (och ackumulativt) *alltmer* bestrålas, men juridiken håller fast vid ett proportionalitetstänkande där den enskilde strålendes stora egennyttas vägs mot obetydligheten i just dennes bidrag till strålmiljön och därför tillåts.

Dessa exempel illustrerar hypotetiska juridiska självbilder som vore opåverkade av vad som vore adekvata omvärldsbilder och som just därför kan motverka omvärldsproblemlösningar. Huvudorsaken kan i sådana fall vara att de juridiska självbilderna en gång i tiden har utvecklats under *andra* omvärldsbilder än de, som nu vore adekvata, och att självbilderna därefter består, omvärldsbildsförändringarna till trots.

Självbilder kan för övrigt vara normativa ("detta är vår uppgift") men också mera oreflekterade ("sådan är juridiken, det bara är så").

7. Dagens *aktuella världsbild* innehåller bl.a. följande.

Jordens befolkning var i början av 2005 omkring 6,3 miljarder.<sup>5</sup> Jordens medeltemperatur är i stadigt ökande. Svensk elenergianvändning är i stadigt ökande. Den globala biologiska mångfalden är i många hänseenden stadd i fortsatt minskning och dessutom på olika sätt föremål för svåra rubbningar på grund av mänskligt handlande (flyttande av arter etc.).

Naturbasen växer inte med folkmängden utan minskar i takt med irreversibla degraderingar av naturbasen i fråga. Att så är fallet följer givetvis av naturlagarna.

Naturen är basen för allt annat och kan inte ersättas av vare sig ekonomi eller social välfärd — de två sistnämnda förutsätter nämligen det första.<sup>6</sup> Jorden med sin atmosfär m.m. är ett ekosystem, betecknat som biosfären, som till råga på eländet inte är utbytbar för männi-

<sup>5</sup> När Georg Borgström i sin bok *Jorden vårt öde* (1953) räknade med den framtida befolkningsökningen, antog han att Jorden år 2000 skulle ha haft 3 668 miljoner — alltså en underskattning med långt mer än 2 miljarder.

<sup>6</sup> I Westerlund, S: *En hållbar rättsordning* (Iustus 1997) har jag utvecklat detta, samt senare i *Miljörättsliga mikrotreser* (publicerade på [www.imir.com](http://www.imir.com)) satt in det i ett teorisammanhang. Jag ska därför inte i denna text upprepa vad de elementära analyserna av begreppet 'hållbar utveckling' har lett till.

skan.<sup>7</sup> Jorden är den planet och därmed klot som många en gång trodde var platt, och som även därefter många trodde var centrum i universum. Varje allmänbildad person, och varje vetenskap, omfattar dock idag en världsbild där Jorden är just ett klot, som kretsar kring solen. Varje världsbild som inkluderar detta, men som å andra sidan inte inbegriper att Jordens resurser (naturbasen) är ändliga, är i allmänbildningshänseende idag lika orimlig som världsbilder, där Jorden är platt.

Den aktuella världsbildens rimlighet, i meningen grad av realism, kan prövas naturvetenskapligt. Men för juridiken och rättsvetenskapen har världsbilden större betydelse än bara att den är naturvetenskapligt prövbar. Den ligger nämligen också bakom den inriktning på hållbar utveckling, som alltmer präglar eller avses prägla internationell och nationell rätt.

### Att se och verkligen se — paradigmtanken

8. En världsbild, i den mån den kan ha betydelse för bl.a. vetenskapen, kan vara grunden för ett paradigm, och ibland kanske tvärtom. Men även andra bilder kan få eller ha sådan betydelse, att man kan tala i termer av paradigm. Detta är ännu en tes i och för denna artikel. Man använder för övrigt också paradigmbilden när det gäller tankestyrande grundsyner i en del andra sammanhang än ren vetenskap. Jag menar att detta även är relevant för juridik och rättsvetenskap och jag börjar med att lyfta fram paradigmtankens elementa.

Någon gång kanske det inträffar att man får en annan bild än tidigare av världen, eller vad det nu kan vara. Därefter ser man sådant, som man kände till också tidigare, på ett helt annat sätt. Och mer än så, man är oförmögen att så att säga backa tillbaka i sitt tänkande. Det går bara inte. Det gamla synsättet klarar man helt enkelt inte av att återvända till.

Ungefär så kan ett paradigmskifte beskrivas i ett subjektivt perspektiv. Paradigmtanken förutsätter bl.a. att det sätt, som vetenskapare — och egentligen vi alla — uppfattar det ena eller andra, beror av vars och ens världsbild, tankemönster eller något i den vägen. Ett slags tolkningsmönster för det man ser, alltså.

Typiskt för s.k. *normalvetenskap* är att den inte ifrågasätter sitt rådande paradigm. I stället strävar den efter att få observationerna och analyserna — och problemlösningarna — att passa in i paradigmet.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Jfr inledningen i "The Johannesburg Principles on the Role of Law and Sustainable Development adopted at the Global Judges Symposium held in Johannesburg, South Africa, on 18–20 August 2002": "We affirm our commitment to the pledge made by world leaders in the Millennium Declaration adopted by the United Nations General Assembly in September 2000 'to spare no effort to free all humanity, and above all our children and grandchildren, from the threat of living on a planet irredeemably spoilt by human activities, and whose resources would no longer be sufficient for their needs'."

<sup>8</sup> Vad Kuhn (not 4) kallar paradigmskydd vetenskap, a.a. s. 32.

Avvikelser, anomalier, presumeras då bero på forskarfel eller andra misstag, snarare än att det skulle vara något fel i paradigmet.<sup>9</sup>

Om anomalierna blir så många och påfallande, att det är besvärande att hålla fast vid paradigmet, är det vanliga i vetenskapen att man ändå försöker rädda paradigmet, även om detta sker till priset av alltmer krystade tilläggsteorier och/eller resonemang.

Så händer att någon vetenskapare helt enkelt får nog av alla anomalier och problemen med att hantera dem, eller får en aha-upplevelse,<sup>10</sup> eller gör en upptäckt,<sup>11</sup> med resultatet att det etablerade synsättet och observationerna m.m. ställs i ett nytt ljus.

Detta är en idealbild av paradigmskiftena. Ofta är skeendet mycket mer utdraget.<sup>12</sup> Dess karaktär tycks ändå vara likartad. Vi kommer att känna igen denna när vi längre fram behandlar miljörettens bemötande.

9. Dessa slags övergångar beskrivs som revolutioner. Men trots detta förändras vanligen inte forskarsamhällets uppfattningar med en gång. Kuhn menade, som redan nämnts, att många strävar efter att hålla fast vid det gamla. Under kortare eller längre tider kan då konkurrerande paradigmer råda inom disciplinen. De som har "drabbats" av det nya paradigmet vänder dock den äldre normalvetenskapen ryggen och deltar i stället i utvecklandet av den nya motsvarigheten — det som blir det nya paradigmet normalvetenskap.

De som omfattar den nya synen, det nya paradigmet, hölls inte omedelbart i ära av dem, som så att säga håller sig kvar i det gamla. Enligt den rådande normalvetenskapen har de ju "fel". Det som det nya paradigmet alstrar i form av vetenskapliga resultat är sällan kompatibelt med hur företrädare för det äldre paradigmet tänker.<sup>13</sup> Däremot kan observationer gjorda av det äldre paradigmet tänkas komma till nytta också i den nya normalvetenskapen, men observationerna förstås då på ett vanligen radikalt annorlunda sätt än det, som de äldre forskarna applicerar.

Så småningom, och förutsatt att det nya paradigmet visar sig mera hållbart än det äldre, blir det nya det dominerande och normalvetenskapen blir därefter anpassad till detta nya. Processen inom de utvecklade naturvetenskaperna leder vanligen till att det sedan inte längre finns tävlande skolor<sup>14</sup> — fram till nästa paradigmskifte.<sup>15</sup>

Kuhn lade naturvetenskapshistorien till grund när han skrev om paradigm och vetenskapliga revolutioner. Därefter har paradigm-tankar applicerats på likartade skeenden inom andra vetenskapsområden

<sup>9</sup> Kuhn s. 40 och 71 f.

<sup>10</sup> Kuhn bl.a. s. 104 och 165.

<sup>11</sup> Kuhn s. 19 f och 74 ff.

<sup>12</sup> Kuhn t.ex. s. 76 f.

<sup>13</sup> Kuhn kap. 12.

<sup>14</sup> Kuhn s. 169.

<sup>15</sup> Så är kanske inte fallet inom samhällsvetenskaperna, jfr Gilje, N och Grimen, H: *Samhällsvetenskapens förutsättningar*, Bokförlaget Daidalos AB (1992) s. 108.

och även därutanför. Och, skrev Kuhn i sitt tillägg till sin grundläggande bok, det är inte märkligt.<sup>16</sup> Förebilden hade han nämligen hämtat *utanför* naturvetenskapen.

Att paradigmatänkandet kan förklara mycket även i samband med juridik och rättsvetenskap vill jag visa nedan.

### Hållbar utveckling som rättsligt paradigm

10. *Konkurrerande rättsliga paradigm* är ingen ny företeelse. De fyra slags bilder, som nämnts tidigare, har potentiell betydelse i samband med juridik och rättsvetenskap. De kan förmodas ha betydelse för normaljuridiken och normalrättsvetenskapen. Om så är fallet, kan ett bildskifte ge dem problem.

För att ta rättsvetenskapens självbilder som exempel, så tycks än idag sådana självbilder, som (med enorma förenklingar) förefaller kunna gå tillbaka till bl.a. (men inte bara) Hägerström och Ross,<sup>17</sup> där rättsvetenskapen för att vara "vetenskap" måste vara lik naturvetenskapen,<sup>18</sup> än idag brytas mot självbilder av rättsvetenskapande som mer än bara ett slags domstolssociologi.<sup>19</sup>

Flera samhällsvetenskaper såsom ekonomi, statsvetenskap och rättsociologi ser sig som sysslade med sådant, som även miljövetenskapen berör. Som betraktare utifrån har jag exempelvis intrycket av att en vanlig självbild hos statsvetenskapen är att politik och dess genomförande, men också beslutsprocesser och inflytandefrågor, är vad man kan forska om. Empiri tycks då bli mycket framträdande. Politiken och dess genomförande (implementering) ägnas stor uppmärksamhet, men mest empiriskt (dvs. i backspegeln), ofta utan att utvidga implementeringsforskningen till huruvida det som politiken syftar till verkligen uppnås i fysiskt hänseende.<sup>20</sup> *Demokrati* och dess former före-

<sup>16</sup> A.a. s. 168.

<sup>17</sup> Denna artikel skrivs av en avfalling från den rosska prognosteorin. Min avhandling *Miljöfarlig verksamhet* (Norstedts 1975) byggde i betydande omfattning, hävdade jag, på Ross' synsätt (s. 5 f). Jag ska inte roa läsaren med under vilka omständigheter jag i ett slag begrep bristen, för att inte säga misstaget, som angreppssättet byggde på. Om man med något slags förment vetenskaplig framgång ska bygga på en sådan teoriram, måste man skala av lager efter lager av sådana frågor, som (gissar jag, byggt på ett slags allmänbildning) genom många kulturers sekler har haft att göra med rätt, rättvisa, rättskänsla och rättens potential att bära civilisation. Om teoriramen idag hade framfört som ett nytt paradigm, skulle den nog med ett gapskratt ha kastats ut från många seminarierum helt enkelt av den anledningen, att antalet frågor som den kan hantera är betydligt färre än vad många konkurrerande "paradigm" kan. Ett framgångsrikt paradigm kännetecknas inte av att det *reducerar* antalet besvarbara frågor. Märk dock: Betydligt mer nyanserad läsning om dessa slags teorier finns hos Strömholm, S: *Rätt, rättstillämpning och rättskällor*, (Norstedts, 2 upplagan 1984), kap. 6. Det problem jag har mött är att dessa slags teorier inte på långa vägar tycks tillräckliga för att hantera mänsklighetens dilemma så som detta är uttryckt i inriktningen på hållbar utveckling.

<sup>18</sup> Och allt annat är metafysik eller något i den stilen.

<sup>19</sup> En mycket roande och stimulerande bok mot bl.a. Hägerström och Ross är Høiland: *Den forbudte retsfølelse — om lov og moral*, Munksgaard, 1992.

<sup>20</sup> Det kan förefalla som att också folkrättsforskningen ofta stannar upp vid huruvida en folkrättslig regel eller princip har kommit in i nationella rättsordningar i stället för att gå vidare och undersöka huruvida de resultat *i sak* som skulle uppnås

faller<sup>21</sup> vara ett kärnbegrepp runt vilket mycket av analyserandet utförs. Kanske är inriktningen på demokrati lika fundamental inom statsvetenskapen som hållbar utveckling är för modern miljö rätt, miljövetenskap och vad vi tills vidare kan kalla hållbarhetsvetenskap.

11. I den moderna miljö rätten har *hållbar utveckling* fundamental betydelse. Den miljö rättsliga problembilden är i utgångsläget kopplad till just detta. (Inte alla delar den bilden, ett förhållande som emellertid inte behöver diskuteras här.) Min tes är i vart fall att *om* denna problembild anammas, samt *om* den är anpassad till en världsbild där Jordan är en biosfär med begränsade resurser där tillskottet av användbar energi i princip uteslutande kommer från solen, så står rättsvetenskapen och juridiken — eller har redan ställts — inför ett paradigmproblem.

Jag ska nu utveckla dessa två bilder — *problembilden* utgående från hållbar utveckling och *världsbilden* utgående från biosfärssynen och termodynamiken.

Alla vet förmodligen att efter Rio-konferensen 1992 och dess grundläggande förarbete, kallat Brundtlandrapporten (och dessförinnan World Charter for Nature 1980) så ingår hållbar utveckling i den internationella rätten. Detta har dels fått uttryck som bl.a. en princip, dels fastslagits som något som ska uppnås i sak. I svensk rätt torde motsvarande få anses ha skett i och med miljö balken. Också EG-rätten har inkorporerat hållbar utveckling.

*Sustainability* har som följd därav blivit ett rättsligt begrepp. Jag använder fortsättningsvis termen *hållbarhet* för detta begrepp. Hållbarhet är ett element i hållbar utveckling. Det andra elementet är *utveckling*. Därmed har vi alltså tre begrepp i sammanhanget, nämligen (1) hållbarhet, (2) utveckling samt (3) hållbar utveckling.

12. Två ytterligare begrepp som återspeglar problematiken med att *leva över tillgångarna* är *ekologiska fotavtryck*<sup>22</sup> och *skuggareal*.<sup>23</sup> Det senare begreppet används bl.a. för att ange eller uppskatta hur mycket ett land egentligen använder av naturbasen och biosfären i förhållande till sitt eget område (areal). Alltså hur landets invånare lever, hur mycket resurser de använder, och hur detta förhåller sig till vad landets areal presterar. Många — antagligen alla — i-länder till följd av förhållandet mellan import och export m.m. lever över sina egna om-

verkligen uppnås. Se för ett exempel Malla, K.B: *The Legal Regime of International Water Courses, Progress and Paradigms Regarding Uses and Environment Protection*. Stockholms universitet 2005.

<sup>21</sup> Fortfarande i mina ögon som utomstående betraktare.

<sup>22</sup> Ecological footprint, se t.ex. *Ecological Footprinting Final Study*, Directorate General for Research, PE 297.571/Fin.St. Uttrycket "footprint" användes tidigt, som i Cahn, R: *Footprint on the Planet. A search for an Environmental Ethic*. Universe Books 1978.

<sup>23</sup> 'Shadow area' är den etablerade termen.

rådestillgångar. Det betraktar jag som ett notoriskt faktum. Deras skuggareal är då större än det egna territoriet.

Om ett lands invånare vill leva över sina egna områdestillgångar, och inget annat land hos sig "låter" nämnda invånare etablera en skuggareal (jfr kolonialisering) har landet två alternativ: (1) etablera en skuggareal in i framtiden, eller (2) skära ner sin resursanvändning till vad det egna området kan bära upp (*sustain*). När resurser tas från *framtidens* människor, i stället för från samtidens människor, aktualiseras ett konfliktperspektiv *vertikalt* i tid (diakront).

Det diakrona perspektivet — som alltså aktualiserar intressekonflikter *mellan generationer* — blev relevant i miljöpolitiken i och med att man satsade på hållbar utveckling.<sup>24</sup>

En sådan satsning måste nödvändigtvis förstås som att utvecklingen som helhet måste vara ekologiskt hållbar. "Nödvändigtvis" — helt enkelt därför att naturen är *basen* och en *nödvändig förutsättning* för människans levande och utveckling. Redan av detta följer — och detta är inte politik utan naturvetenskap — att ekologisk hållbarhet inte kan bytas ut mot något annat utan att den hållbara utvecklingen kommer att upphöra. Utveckling är ju beroende av naturbasen. Om man då förbrukar naturbasen, så förbrukar man en nödvändig förutsättning för utvecklingen.

13. Efter att ha konstaterat detta, samt erinrande om Rio 1992, kunde det synas naturligt att nu övergå till juridiska analyser av vad detta innebär. Men ett speciellt hinder har visat sig. Att ta itu med det är denna uppsats huvudsyfte.

Vetenskapliga samtal pågår ständigt. Det är en av vetenskapens idéer. Det antas gälla även det rättsvetenskapliga samtalet. När vetenskapen utvecklas, till följd av sitt sökande efter ny kunskap och ökad förståelse, så utbryter samtal — ibland synnerligen intensivt sådant — om det som man tror sig se och förstå. Motsvarande händer om problembilden utvecklas. Då uppstår ju frågan hur problemet kan lösas, givet att den nya bilden är bättre än den tidigare. Men samtalet kan också gälla huruvida det är den äldre eller den nyare problembilden som ska tillmätas betydelse.

Något fullt utvecklat samtal har ännu inte uppkommit i Sverige när det gäller miljövetenskapens rön och teorier. Samma gäller beträffande rätten och hållbar utveckling. Däremot samtalsproblem. Dessa uppvisar de vanliga tecknen på vad som förekommer vid paradigmskiften, som Kuhn beskrivit dem. Jag tror att problemen främst härrör ur bildkonflikter, och jag ska försöka visa på detta i det följande. I mångt och mycket är det förhållandet mellan hållbar utveckling och rätten som är kritiskt.

Som rättsligt begrepp emanerande ur Brundtlandrapporten och Rio 1992 innefattar 'hållbar utveckling' mer än ekologisk hållbarhet,

<sup>24</sup> Detta är ett huvudämne i min bok *En hållbar rättsordning* (not 6).

nämligen också social och ekonomisk hållbarhet. Vi har redan (se 7. ovan) konstaterat att naturen är en nödvändig förutsättning för människan och hennes levande. Begreppet ekologisk hållbarhet relaterar till naturbasen inklusive dess levande resurser och miljöförhållanden. Därmed är ekologisk hållbarhet en nödvändig förutsättning för att de två andra slagen av hållbarhet ska kunna uppnås och upprätthållas.<sup>25</sup>

Problembilden är i grova drag följande: Ett genomförande av hållbar utveckling innebär *till en början* att man måste uppnå och bibehålla ekologisk hållbarhet — skälet för detta har framgått ovan — samt *därtill* (därutöver) att man (inom ramen för ekologisk hållbarhet) ska uppnå och bibehålla social och ekonomisk hållbarhet.

Detta är det problem som följer av en inriktning på hållbar utveckling, men som däremot inte blir aktuellt om man struntar i hur det går med miljön och framtida generationer.<sup>26</sup>

En god miljö- och hållbarhetsinriktad lagstiftning präglad av den problembilden måste därför fullt ut klara den ekologiska hållbarheten, men göra detta på ett sätt, som maximerar förutsättningarna för de andra två hållbarheterna. Med andra ord ska lagstiftningen klara att sätta, och/eller ge genomdrivbar kraft åt, alla de ramar, och ställa till förfogande de verktygsuppsättningar, som är tillräckliga för att ekologisk hållbarhet *verkligen* ska uppnås och därefter bibehållas. Inom dessa ramar — men alltså inte utanför — ska sedan lagstiftningen maximera förutsättningarna för att verkligen uppnå och bibehålla social och ekonomisk hållbarhet.<sup>27</sup>

Den funktion som miljörätten då har att fylla är att utveckla sig, och rätten, så att i alla de hänseenden, där social och ekonomisk hållbarhet kan vara direkt eller indirekt beroende av naturbasen och miljön samt av *på vilka sätt* som den ekologiska hållbarheten upprätthålls, miljörätten också inkluderar detta.

<sup>25</sup> Ett engelskt ord för upprätthålla är som bekant just "sustain".

<sup>26</sup> Artikelns kunde här vika in på ett sidospår genom en diskussion om huruvida det är "lovligt" inom juridik och rättsvetenskap att bry sig om mänsklighetens väl och ve. Vad gör det — rättsvetenskapligt sett — om det blir överbefolkning och världssvält någon gång i framtiden, så länge som detta åstadkoms rättssäkert, med iakttagande av äganderätten och särskilda hänsyn till den trygghet som gynnande förvaltningsbeslut ska ge, samt — tillägger nog en och annan ekonom — på kostnadseffektivast möjliga sätt? Jag avstår från det spåret. Artikelns utgångspunkt är stället från det faktum att hållbar utveckling har ställts upp som världspolitisk inriktning och jag väljer därmed samma utgångspunkt som Decleris, såsom när han i Global Judges symposium 2002 sade: "Concerning its authority, sustainability is not merely a philosophy or ideology or a scientific theory one can adopt or reject at will. Since Rio, it is the Fundamental Global Law, our 'Grundnorm' which is both authoritative and enforceable. Legal argumentation to this effect may vary depending on the particular legal culture, but the obligation of the Courts to impose the fundamental rule of sustainability is the same worldwide."

<sup>27</sup> Detta är en huvudsak i Inga Carlmans utveckling av adaptiv miljöplanering; Carlman, I: *Adaptiv miljöplanering nästa*. I Michanek & Björkman (red): *Miljörätten i förvandling — en antologi*. Iustus förlag 2003, samt *The Rule of Sustainability and Planning Adaptivity* i *Ambio* Vol. 34, No 2, March 2005 s. 163–168.

14. Juridikens och rättens självbilder kan ha en klart intern karaktär. Ett uttryck härför skulle kunna vara rättsliga principer och juridikens allmänna läror.

I anslutning till FN-konferensen i Johannesburg 2002 samlades domare från ett antal länder (icke Sverige) för att överlägga om hur de kunde bidra i arbetet på hållbar utveckling. Michael Decleris höll där ett anförande.<sup>28</sup> Dessförinnan hade hans arbete *The Law of Sustainable Development, General Principles* publicerats.<sup>29</sup> Det arbetet ger uttryck för en annan juridikens och rättens självbild än den i Sverige dominerande. Vad han skriver ger också uttryck för en omvärldsbild som har förändrats starkt i och med inriktningen på hållbar utveckling, samt för en världsbild där Jorden och dess för mänskligheten nödvändiga resurser är begränsade och sårbara.

Decleris ställer juridiken, rätten och inte minst domarrollen i relation till detta. Han talar om paradigm och går också in på rättsvetenskapen. Dessutom återvänder han till, eller återuppväcker, äldre juridiska självbilder vad gäller rättens nytta för människan och mänskligheten. Dessa bilder tolkar han i ljuset av den nya världsbilden och omvärldsbilden.<sup>30</sup>

Hans skrift ger tydliga uttryck för att det är en världsbild som har inverkat på idén — och principen — om hållbar utveckling. Alltså Jorden som en biosfär med ändliga resurser nödvändiga för människorna generation efter generation (det är världsbilden). Han ger vidare uttryck för en omvärldsbild av Jorden som alltmer belastad och degraderad. Problembilden är likaledes tydlig: hållbar utveckling ska uppnås och bibehållas. Och så ger han uttryck för en omsyn, omförståelse, av rättens gamla idéer, nu betraktade utifrån världsbilden och omvärldsbilden — alltså en nyare rättens självbild påverkad av nämnda bilder.

Hans framställning återspeglar den miljörettsvetenskapliga problematiseringen av hållbar utveckling på ett helt annat sätt än vad i Sverige traditionella (normala) juridiska och rättsvetenskapliga angreppssätt gör. Han arbetar utifrån en bildkedja som börjar i en världsbild, fortsätter i en omvärldsbild följd av en problembild (att uppnå hållbar utveckling) och avslutas i ett ställningstagande om vad som numera är, eller bör vara, rättens självbild.

Decleris skiljer mellan “Old Environmental Law” och “Law of Sustainable Development”<sup>31</sup> och menar att däremellan ligger ett paradigmskifte. Det nya, menar han, utgår och måste utgå från ett systemtänkande och detta på grund av världsbilden av Jorden som en biosfär vars resurser inte är ousinliga. Det nya måste vidare utgå från inrikt-

<sup>28</sup> Återgivet på [www.unep.org/dpdl/symposium/Documents/Country\\_papers](http://www.unep.org/dpdl/symposium/Documents/Country_papers).

<sup>29</sup> Utgivet av Europakommissionen; Environment Directorate-General. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000; kan hämtas på [europa.eu.int/comm/environment/law/pdf/sustlaw.pdf](http://europa.eu.int/comm/environment/law/pdf/sustlaw.pdf).

<sup>30</sup> A.a. s. 20.

<sup>31</sup> A.a. s. 7.

ningen på hållbar utveckling och han ser Agenda 21 som ett handlingsprogram grundat på systemtänkande.<sup>32</sup> Den globala förändringen, "global change", är central i hans omvärldsbild. Rättigheter för framtida generationer, men också rättvisa inom en och samma generation, ingår i vad han anser självklara och/eller grundläggande mål.

Senare utvecklar han också att hållbar utveckling numera ingår i the Rule of Law.<sup>33</sup> Han identifierar ett antal miljörättsliga principer, samt ser inriktningen på hållbar utveckling som ett modernt, av världsbilden färgat, uttryck för sådana värden som den klassiska rätten syftade till att tillgodose.

Decleris omfattar med andra ord en ekologisk världsbild och en omvärldsbild präglad av de negativa förändringar som biosfären har undergått och undergår. På grundval av detta samt vad som överenskommits i Rio 1992 har han anammat den problembild som inriktningen på hållbar utveckling för fram. Utifrån detta har han uppenbarligen utformat vad han hävdar vara den numera riktiga självbilden för rätten i och för hållbar utveckling.

I Johannesburg 2002 framförde han, som redan antytts, motsvarande tankar i anknytning till nätverket *Global Judges*. Han är inte ensam bland Jordens domare om inställningen. I mötet i Johannesburg hävdades nämligen med starkt eftertryck domarnas uppgifter när det gäller hållbar utveckling.<sup>34</sup> Decleris binder samman rättens klassiska

<sup>32</sup> T.ex. s. 8; detta är en grund och ett genomgående tema i hans skrift.

<sup>33</sup> Vid det tidigare nämnda Global Judges Symposium i Johannesburg 2002. Här några utdrag (hämtade från [www.unep.org/dpdl/symposium/Documents/Country\\_papers/MICHAEL\\_DECLARIS.doc](http://www.unep.org/dpdl/symposium/Documents/Country_papers/MICHAEL_DECLARIS.doc)): "Once judges become conscious that sustainability is a part of the Rule of Law, as they did with Human Rights in the past, they will find the proper ways to shape the desirable state of things." — "By this term [Legal culture, min anm.] we refer to the system of basic legal values, fundamental principles and assumptions guiding legal thinking in the jurisprudence of the Courts and in Legal Science. Contemporary legal culture is dominated by the idea of the Rule of Law (or the Rechtsstaat in continental terminology). This is the outcome of a long cultural evolution, which started with the concept of Politeia in Ancient Greece, was revived in the Anglo-Saxon idea of Constitutionalism (Limited government) and was expanded with the inclusion of the Doctrine of Human Rights developed in the United States and in Europe. Our position is that after the Stockholm and Rio Declarations, the concept of the Rule of Law has been expanded so as to accommodate environment and sustainability, both crucial aspects of Public Order today. In terms of rights, both should be conceptualized as extensions (offsprings) of the fundamental right to life and health." — "However, it is only the historical and theoretical foundation which gives sustainability the right place within the broader concept of the Rule of Law. This idea was born in Ancient Greece as the "Politeia" not founded on power but designed by wise legislators (Aesyttnites). The two pillars of Politeia were Nomos and Justice. The purpose of Politeia was the respect of human life and dignity, virtue and happiness. On the other hand, order, nature, measure and frugality were the predominant social values."

<sup>34</sup> Ur The Johannesburg Principles on the Role of Law and Sustainable Development adopted at the Global Judges Symposium held in Johannesburg, South Africa, on 18–20 August 2002: "We emphasize that the fragile state of the global environment requires the Judiciary as the guardian of the Rule of Law, to boldly and fearlessly implement and enforce applicable international and national laws, which in the field of environment and sustainable development will assist in alleviating poverty and sustaining and enduring civilization, and ensuring that the present

syften, politirätten och den hållbara rätten. Men det sätt på vilket han gör detta är fullständigt oförenligt med sådana intresseavvägningar, som vanligen lyfts fram i svensk juridisk litteratur (jag återkommer till detta nedan). Decleris koppling bakåt ställer dessutom på ett intressant sätt politirätten och miljöproblematiken i en annan dager än den som råder i bl.a. svensk konstitutionell rätt och förvaltningsrätt.

15. Decleris världsbild är samma som jag byggde *En hållbar rättsordning* på. Han har naturligtvis rätt vad gäller vad som beslutades 1992 (det är bara att läsa innantill i dokumenten därifrån). Hans betoning av systemtänkande har satt sådant som helhet, integration och samordning i ett klarare ljus än vad jag har vägletts av tidigare. Hans argument för att hållbar utveckling nu är en del i rättsstatligheten går längre än vad jag har tänkt tidigare, men jag mistänker att jag alltför länge har knäat under en svensk, av rättspositivistisk gråsten fylld, ränsel. I *En hållbar rättsordning* illustreras just detta när jag ställde legalitetsprincipen (och därmed Rule of Law) mot hållbar utveckling.

Vad gäller sätten att uppnå hållbar utveckling, samt att dessa måste bygga på systemtänkande och därför på att ett kontrollsystem (styrsystem) behöver vara lika komplext som det som ska styras, är Decleris uppfattning den mest plausibla hittills. Den som hävdar annat har en avsevärd bevisbörda att bära. Den moderna miljörättsliga metodiken får här en god hjälp med att ordna upp och utveckla de teoretiska frågorna och — särskilt — styrmedelsteoriutvecklingen.

### Svenskt perspektiv

16. Jag har nu redovisat ett uttryck för ett annat juridiskt och rättsvetenskapligt paradigmen än de som rådde före inriktningen på hållbar utveckling. Det har jag gjort via olika slags bilder, och en bekantskap med paradigmatanken som sådan, samt den världsbild där Jorden är en biosfär med ändliga resurser, vilket i sin tur har lett bl.a. världssamfundet till att gå in för hållbar utveckling. Denna utveckling har i allt väsentligt skett utanför Sverige.<sup>35</sup>

generation will enjoy and improve the quality of life of all peoples, while also ensuring that the inherent rights and interests of succeeding generations are not compromised”.

<sup>35</sup> Den hittills mest väsentliga svenska miljöretsreformen var den, som ägde rum i slutet av 1960-talet och början av 1970-talet, börjande med miljöskyddslagen och avslutad med lagen om hälso- och miljöfarliga varor. Beskrivet med dagens terminologi infördes då integrerad miljöprovning av föroreningspunktkällor (främst industri) byggd på försiktighetsprincipen (tydligt återspeglad i både miljöskyddslagen och lagen om hälso- och miljöfarliga varor genom dels principen att redan risken för en olägenhet skulle vara tillräcklig för att utlösa de nämnda lagarnas tillämpning och krav på försiktighet, dels principen att skyddsåtgärder regelmässigt skulle vidtas när det fanns teknik och ekonomiska förutsättningar för detta — alltså en *dämpningsprincip*, alternativt *minimeringsprincip*). Problembilden bakom denna rättsutveckling var i allt väsentligt relaterad till samtidsproblem och starkt påverkad av att miljölagstiftningen inte skulle få hindra den industriella och ekonomiska utveckling som redan pågick, men kryddad med en särskild vaksamhet gentemot det som då hade getts beteckningen *miljögifter*. Den *självbild* som framför allt Koncessionsnämnden för miljöskydd antog är svår att rättvisande beskriva, och

Jag ska nu gå över till miljörettens svenska utveckling utifrån ett forsknings- och paradigmperspektiv.

Miljö rätt kan vi se som rättsvetenskap, som teknik respektive som uttryck för politik.

Rättsvetenskap är dels vetenskap *om* rätten, dels ett slags vetenskap (eller vart fall vetenskaplig grundad tillämpningsteknik) *i* rätten. När vi ser på miljö rätt som teknik, anlägger vi ett instrumentellt perspektiv. Vi utgår nämligen från att rätten har betydelse för att bl.a. hantera människors beteende som kan inverka på förutsättningarna för hållbar utveckling.<sup>36</sup> Miljö rätt som teknik är starkt beroende av vad miljö rättsvetenskapen har kommit fram till — på samma sätt som teknologi är beroende av vad naturvetenskapen har kommit fram till. I båda fallen utnyttjar man vetenskaplig kunskap för att åstadkomma något som fungerar med avsett resultat.

En huvudfråga för miljö rätten vad gäller teknik är naturligtvis hur man utformar, och får att fungera, ett regelsystem som är tillräckligt för att hålla människornas samlade handlande innanför de gränser, som återspeglar ekologisk hållbarhet.<sup>37</sup> Tekniken bör samtidigt vara ändamålsenlig för att maximera förutsättningarna för de andra två hållbarheterna *utan att äventyra den ekologiska hållbarheten*.

Här handlar det alltså om *rättsutveckling* i och för hållbar utveckling.

17. Svensk miljö rättsvetenskap har länge varit i hög grad konsekvensanalytisk och rättsutvecklingsinriktad, samt problematiserad utifrån ekologiskt hållbar utveckling, och detta troligen mer än i andra nordiska länder.<sup>38</sup>

Trots detta ägnades i början gällande rätt störst uppmärksamhet. Behovet av rättsteknisk utveckling och harmonisering av miljö regelsystemet blev dock snart framträdande.<sup>39</sup> Utomlands användes begreppet mycket tyder på att självbilderna varierat en del mellan inte minst de olika ordförandena. Men bedömt utifrån summan av Koncessionsnämndens praxis de första fem åren, som jag studerade (*Miljöfarlig verksamhet* 1975, not 17), framträder för den tiden en självbild enligt följande. Tillåtlighetsbedömningen var relativt höggradigt objektivt i förhållande till den lagtekniska grundvalen och starkt präglad av officialprövningsprincipen. Rättstillämpningen var nydanande i förhållande till hur motsvarande regler i vattenlagens kapitel 8 hade tillämpats och i flera viktiga hänseenden klart ändamålsorienterad. Stora möjligheter skulle ges till deltagande för allmänheten i tillåtlighetsprövningarna (i allt väsentligt hämtat från vattendomstolarnas arbetssätt). Sakägares rättigheter och intressen tillmättes stor betydelse.

<sup>36</sup> *En hållbar rättsordning* (not 6), bl.a. s. 157 ff.

<sup>37</sup> Detta utgör ämnet miljö rättslig metodik; Westerlund, S: *Miljö rättsliga grundfrågor 2.0* (Åmyra Förlag 2003), kap. 30 D.

<sup>38</sup> Jfr Bengtsson s. 177. I en elektronisk bilaga till denna artikel, [www.imir.com/pdf-filer/tillart05-1.pdf](http://www.imir.com/pdf-filer/tillart05-1.pdf) redovisar jag ytterligare angående den mer forskningsstrategiska utvecklingen från 1960-talet. Miljö rättsens utveckling behandlas i Michanek, G: *Utvecklingen av miljö rätten i Sverige*. I Michanek & Björkman (red): *Miljö rätten i förvandling — en antologi*. Rättsfondens skriftserie 36 (Iustus förlag 2003).

<sup>39</sup> Gabriel Michanek skrev det första arbetet som tog upp behovet av en samlad miljö lagstiftning, en miljö balk (Michanek, G: *Den svenska miljö rättsens uppbyggnad* 1985).

pet "codification" för sådant. Det land som tidigt gick särskilt långt i detta hänseende var Nya Zeeland.

En del forsknings- och utvecklingsarbete gjordes i Sverige i liknande riktning men det lades att vila när Miljöskyddskommittén fick i uppdrag att tillskapa en miljöbalk. Bland det som skilde svensk rättsutveckling från bl.a. den nyzeeländska var att de svenska lagstiftarna först inte hade i uppdrag att införa hållbar utveckling. Samtidigt såg vi i forskningen alltmer av problematiken med att olika miljömål och miljöhandlingsprogram, i många fall framtagna i vad som sedan skulle bli ett slags Agenda 21-anda, helt enkelt motverkades av den gällande rätten.<sup>40</sup>

18. Miljöbalken blev dock inte det stora regelsystem som skulle kunna matcha inriktningen på hållbar utveckling. I stället präglas balken, och den myndighetsapparat som ska genomdriva densamma, i hög grad av sektorisering. Det är möjligt att detta politiskt också var (inofficiellt) meningen, dvs. att miljöbalken *inte* skulle vara tillräcklig för modern miljöpolitik. Märk att man inte kan väga hållbar utveckling mot sådana intressen, som är oförenliga med just hållbar utveckling, utan att man uppoffrar hållbar utveckling. "Either the environment is accorded the protection it needs and is therefore saved, or it is not protected at all and is lost".<sup>41</sup> Det enda i avvägningsväg som kan göras är om det finns två eller flera alternativa sätt att nå ända fram (jfr instrumentell proportionalitet). Då, men bara då, kan valet göras genom en avvägning mot olika intressen.

Det är dock också möjligt att miljöbalksbristerna var oavsiktliga. Om det är fallet, beror det i hög grad på att vid respektive tidpunkt tillgänglig kunskap inte utnyttjades.

Men — som utvecklas närmare i annat sammanhang<sup>42</sup> — också andra kvalitetsbrister uppkom, som skulle ha kunnat förebyggas om man hade varit påläst vad gäller traditionella rättsfrågor inom miljö-rätten.

Att skydda miljön innebär, typiskt sett, att konfrontera exploateringsintressen. Mycket av dagens ekonomi bygger på, eller förutsätter, påverkan och degradering av den miljö där också andra än exploitören ska leva och verka, att utnyttja resurser som är ändliga samt att både direkt och indirekt degradera mark, biologisk mångfald och energi. Flertalet enskilda vinstmaximerande företagare, som prioriterar sin ekonomiska framgång framför ekologisk hållbarhet för mänskligheten, får mindre möjligheter att driva sin verksamhet till låg kostnad, om rättsordningen har ett effektivt regelverk som fångar upp så

<sup>40</sup> Se den tidiga artikeln *Rätten som nödvändig faktor i genomförandet av miljöpolitik* av Gunilla Högberg Björck i *Miljörättslig tidskrift* 1993:2 s. 201 fff och — senare — min bok *En hållbar rättsordning* (not 6).

<sup>41</sup> Decleris s. 8 (not 29).

<sup>42</sup> Dels i min promemoria *Det svenska miljörettsliga underskottet* på [www.imir.com/pdf-filer/u-skott.pdf](http://www.imir.com/pdf-filer/u-skott.pdf), dels i där angivna arbete.

dant som motverkar ekologisk hållbarhet. *The Tragedy of the Commons*, allmänningens tragedi, illustrerar problematiken.<sup>43</sup> Företagsekonomi av idag och framtida generationers livsförutsättningar är helt enkelt inte kompatibla.<sup>44</sup>

Ju sämre rätten fungerar som miljöskyddsinstrument, desto bättre för dem som prioriterar sin verksamhet före hållbarheten. En effektiv kodifiering gör, allt annat lika, rätten effektivare. Genom att söndra rätten kan man för egen nytta härska över möjligheterna att tillgodogöra sig sådant som är av betydelse för miljön och hållbar utveckling.

Men den svenska utvecklingen inrymmer en del paradoxer också sett ur kortsiktig näringslivssynpunkt, som jag har utvecklat på annat håll.<sup>45</sup> Detta påtalades från miljörettsvetenskapligt håll men inga effektiva åtgärder har vidtagits för att ändra förhållandet. De kostnader i form av försämrade samhällsekonomisk utveckling som detta kan medföra är till stor del kostnader för okunnighet.

### Rättsvetenskapen och ett paradigmskifte

19. I böckerna *En hållbar rättsordning* (1997) och *Miljörettsliga grundfrågor 2.0* (2003) har jag försökt lägga ut teoriamarna för miljörett som är anpassad för hållbar utveckling. I Jonas Christensens *Rätt och kretslopp*<sup>46</sup> och Lena Gipperths *Miljö kvalitetsnormer*<sup>47</sup> ligger sådana teoriamar till grund för ytterligare miljörettsvetenskaplig utveckling. Christensen integrerar insikter om termodynamiken i sitt arbete. Gipperth ordnar upp sådana frågor, som den nyare miljörettsvetenskapen även dessförinnan har arbetat med och som rör ekosystems icke-linjära reaktioner på bl.a. människans inverkan. Hon för detta vidare till en helhetsbild av de teoretiska problemen och de därav följande principer, som en lösning på problemet med att omsätta miljörelaterade mål till rättsregler kräver.

Ingen av dessa fyra böcker utgör normalrättsvetenskap.<sup>48</sup> Jag är medveten om detta. Men vad är då sådan?

Jag har kanske funnit en väg till svaret, nämligen genom att se hur den alltmer utvecklade miljörettsvetenskapen har tagits emot, särskilt

<sup>43</sup> [http://www.garretthardinsociety.org/articles/art\\_tragedy\\_of\\_the\\_commons.html](http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html) återger den närmast kultförklarade artikeln om detta av Garrett Hardin. Ursprungligen var det en artikel 1968 i *Science* 162:1243–1248.

<sup>44</sup> Det har tänkts och skrivits mycket om möjligheterna att förena, kanske utveckla, ekonomi i perspektivet av miljöskydd och/eller hållbar utveckling. Mina första forskarår ägnades åt just sådana försök. Det var mycket lärorikt. Jag har utöver *En hållbar rättsordning* 1997 (not 6) kritiskt behandlat vissa frågor om detta i min uppsats 2000 i festskriften till Erkki Hollo; Westerlund, S: *Sustainable balancing*. I Juhla-julkaisu Erkki J. Hollo. Helsinki 2000. s. 405 ff. Se även Decleris (not 29), bl.a. s. 30.

<sup>45</sup> Det svenska miljörettsliga underskottet (not 42).

<sup>46</sup> Christensen, J: *Rätt och kretslopp*. Studier om förutsättningar för rättslig kontroll av naturresursflöden, tillämpade på fosfor. Iustus Förlag 2000.

<sup>47</sup> Gipperth, L: *Miljö kvalitetsnormer*. En rättsvetenskaplig studie i regelteknik för operationalisering av miljömål. Uppsala universitet 1999.

<sup>48</sup> Min beteckning, avsedd för rättsvetenskapliga sammanhang, för det som Kuhn betecknade som normalvetenskap.

i Sverige. Det jag nu tar upp passar väl in på Kuhns beskrivning av vad som händer inför och vid paradigmskiften. Jag kommer i sammanhanget att också ge exempel på hur *problembilderna* inom normaljuridiken och normalrättsvetenskapen inte har följt med den problembildsutveckling, som ligger inbyggd i en hållbar utveckling och den biosfärgrundade världsbild, som jag har nämnt tidigare. Vidare ska jag antyda exempel på att inte heller en del självbilder har följt med.

*En hållbar rättsordning* recenserades vid åtminstone två tillfällen och då i en positiv anda men med viss skepsis, eller om det var överseende.<sup>49</sup> Den boken behandlade — som dess undertitel anger — just paradigmfrågor inom juridiken, särskilt den svenska, med utgångspunkt i en världsbild och en problembild kopplade till hållbar utveckling.

Ungefär samtidigt med denna min bok skrev Bertil Bengtsson en uppsats om miljörätten.<sup>50</sup> Den präglades av försök att visa att det egentligen inte var så mycket annorlunda och nytt med miljörätten. Ämnets problemställningar m.m. var — menade Bengtsson — i de flesta hänseenden jämställbara med tidigare rättsproblem. I vissa hänseenden antydde han att miljörätten överdrev sin egen särart. Han tvivlade också på hurvida det var något egentligt positivt i att tillskapa en särskild miljöbalk.

20. Innan jag går vidare här, och i syfte att hålla det vetenskapliga samtalet på högsta möjliga nivå, vill jag förklara varför Bengtssons uppsats får illustrera sådant som Kuhn beskriver som det etablerade paradigmet normalvetenskapens reaktion på ett nytt paradigm. För det första är det helt klart att Bengtsson drivs (och alltid har gjort det) av välvilja, inte motvilja, gentemot både miljöfrågorna, miljörätten och miljöjurister.<sup>51</sup> För det andra är mitt eget glashus bemängt med sprickor. Under min forskartid har jag flera gånger nödgats inse, inte bara att mina dåvarande vetenskapliga uppfattningar var ohållbara utan också att jag borde ha insett det långt tidigare. Under många år har jag nämligen försökt rädda den traditionella juridiken så långt det gått, och mycket mer än så. Jag har successivt tvingats överge tidigare ståndpunkter — vanligen inte genom att retirera utan genom att anamma mer nytt än tidigare.<sup>52</sup> I *En hållbar rättsordning* har jag berättat

<sup>49</sup> Staffan Vängby i *Juridisk tidskrift* 1998–99 s. 237ff och Bertil Bengtsson i *Svensk Juristtidning* 1999 s. 93 ff.

<sup>50</sup> Bengtsson, B: *Om miljörätt och miljölagstiftning*. I Ånd og rett. Festskrift till Birger Stuevold Lassen, Universitetsforlaget, Oslo 1997. Uppsatsen är återutgiven i Bengtsson, B: *21 uppsatser. Skadestånd och försäkring. Grundlag, fastighetsrätt och miljö. Ur domarens synvinkel* (Skrifter utgivna vid Juridiska Fakulteten i Lund, Nr 148, Juristförlaget i Lund 2003) och det är denna senare utgåva som jag i det följande hänvisar till.

<sup>51</sup> Bengtsson har senare modifierat en del av det, som han gav uttryck för i uppsatsen, vilket är en viktig poäng som jag återkommer till nedan.

<sup>52</sup> Några omfattande undantag beträffande riktningen ska nämnas. Som jag redovisade i *En hållbar rättsordning* (not 6) tvingades jag överge idén att det skulle vara möjligt att utveckla i utvidgad mening samhällsekonomiska viktnormer för tillämpning i rationellt miljöbeslutsfattande med beaktande av hållbar utveckling. Jag har vidare flera gånger vacklat i uppfattningen om hurvida domstolar är

om en del av detta. Detta är en del av den vetenskapliga utvecklingen. Det följande handlar om just sådant.

Man talar om den yngre Wittgenstein och den äldre Wittgenstein. Jag skiljer nu mellan den yngre och den äldre Bengtsson. Den senare har nämligen också ändrat bilder, vilket kom till klart uttryck i hans senare bok *Miljöbalkens återverkningar*.<sup>53</sup> Detta, i förening med vad jag nyss nämnt om egna tankeutvecklingar och vad jag skrivit ovan om olika bilder, gör att jag nu ställer den yngre mot den äldre. Syftet är att illustrera olika bilder.

Den yngre Bengtsson skrev alltså 1997 års uppsats. Han hade såvitt man kan se två syften, dels att reflektera inför införandet av en miljöbalk, dels att ge vad han då ansåg vara rimliga proportioner åt miljöretten jämförd med andra rättsområden. Han eftersträvade, medvetet eller inte, att rädda det gamla rättsliga paradigmet. Han avsåg också, inte minst viktigt, att minska avståndet mellan miljörettsforskare och andra jurister. Detta inverkade på hans *problembild* som främst byggde på vad miljölagstiftning handlade om,<sup>54</sup> varvid han utgick från vad dåvarande lagar var tillämpliga på. Det är väl vad vi kan kalla en rättspositivistisk problembild. Denna prioriterade han framför de problembilder som miljörettsvetenskapen får anses ha ställt upp<sup>55</sup> kopplade till hållbar utveckling<sup>56</sup> m.m.

lämpliga eller inte när det gäller genomdrivandet av miljölagstiftning. Längre stred jag också emot Jonas Christensens idéer att införliva exergi i rättsvetenskaplig analys och problemlösning — tack och lov höll han ut och hans avhandling *Rätt och kretslopp* kom att utgöra ett mycket viktigt utvecklingssteg i den moderna miljörettsvetenskapen, något som jag har använt mig av i min uppsats *Miljön och avvägningarna*, i Michanek & Björkman (red): *Miljöretten i förvandling — en antologi* (not 27).

<sup>53</sup> Bengtsson, B: *Miljöbalkens återverkningar* (Norstedts Juridik, 2001).

<sup>54</sup> “Även om avvägningen sker på varierande sätt är det ju väsentligt att de miljörettsliga reglerna i så stor utsträckning handlar just om avvägning.” (s. 171). “Lagstiftningen hänvisar som sagt i stor omfattning till en intresseavvägning. Men det gäller inte bara här. På många håll inom förvaltningsrätten vägs allmänna och enskilda intressen mot varandra på ungefär samma vis...”. (s. 177). “Vad angår den allmänna avvägningen ... [är ett] huvudproblem ... naturligtvis den betydelse som företags- och samhällsekonomiska faktorer har i sammanhanget: kan de uppväga kraven på en långtgående inskränkning eller kontroll av företagets verksamhet? Här aktualiseras den nyss berörda konflikten mellan miljöjuristernas synsätt och den traditionella juridiska inställningen.” (s. 181).

<sup>55</sup> “De *rättspolitiska synpunkter* som framträder i miljöfrågor kan naturligtvis vara av speciellt slag genom deras särskilda inriktning på människors väsentliga levnadsförhållanden; de tar över de flesta motstående hänsyn (vartill kommer att de ofta har stöd i internationella rättskällor som konventioner och liknande). De har kommit till uttryck i *särskilda miljörettsliga principer* som anses vara vägledande — bl.a. den strävan mot en hållbar utveckling som har framträtt särskilt vid 1992 års Riokonferens ... Inte heller detta lär dock innebära att man måste använda någon avvikande metod inom miljöretten. De nämnda principerna spelar i varje fall för Sveriges del en mindre dominerande roll än man kunde tro (och önska). Grundsatsten om hållbar utveckling är så vag att den på sin höjd kan ge viss ledning för lagstiftningen, knappast i enskilda ärenden. (Fotnot). (s. 177 f).

<sup>56</sup> Westerlund: *Miljöskyddslagstiftning och välfärden* (1971) s. 13, 53 f, och 57.

Därmed gavs läsaren intrycket av svenska miljöjurister som lite aparta<sup>57</sup> och naturvetenskapers relevans för miljöretten uppfattade han inte som något speciellt.<sup>58</sup> De två stora rättsteknikskiftena inom miljöretten, miljökonsekvensbeskrivningar respektive steget från avvägningar till miljörelaterade gränser, framställde han som "speciella rättsliga företeelser".<sup>59</sup>

Och han skrev: "Kanske skulle man därför med en viss förenkling kunna säga att miljöjuridiken trots en rad speciella drag egentligen inte skiljer sig så mycket från vanlig juridik på annat sätt än att så stora värden står på spel."<sup>60</sup> Han skrev också: "Det bör gå mycket väl att diskutera miljöjuridiska frågor i samband med andra fastighetsrättsliga eller förvaltningsrättsliga problem och anlägga ett liknande synsätt, bara man tar hänsyn till ändamålssynpunkternas särskilda tyngd."<sup>61</sup> "Man borde kanske snarare betona likheten med ordinära rättsliga problem, inte minst för att reducera risken för missförstånd och olyckliga miljöbeslut; det är en fördel om kritikern och de kritiserade diskuterar på samma plan och på ungefär samma språk."<sup>62</sup>

21. När den yngre Bengtsson hade publicerat denna sin uppsats grubblade jag ganska mycket över det förhållandet, att han även framförde ståndpunkter beträffande vilka jag kommit till helt andra slutsatser, men utan att han nämnde detta och utan att förhålla sig (dvs. nämna och kommentera) till dessa. Sålunda förbigick han att i svensk

<sup>57</sup> "Kanske ändå ämnet kräver en speciell *juridisk metod*? (fotnot) Det finns en viss benägenhet hos svenska miljöjurister (fotnot: Kanske även hos uppsatsförfattaren.) att betona sådana särdrag hos rättsområdet. Man tar avstånd från det oförstående juridiska etablissemang, som fortsätter i de gamla hjulspåren utan verklig insikt om miljösituationen; man skriver helst för de invigda, i en särskild något exklusiv tidskrift (fotnot) och gärna med en speciell terminologi (fotnot); man förordar en speciell lagstiftningsmetod, som visserligen har det aktningsvärda syftet att göra lagtexten lättbegriplig för andra än jurister men ändå (eller kanske snarare just därför) klart avviker från det normala. (Fotnot). I vart fall krävs ett radikalt förändrat synsätt hos jurister i gemen." (s. 175 f) "*Doktrinen* inom miljöretten har som sagt vissa något originella inslag, med en begreppsbildning och terminologi som ibland avviker från de vanliga. Men det förefaller snarare vara ett karakteristiskt drag för Sveriges del; i övriga Norden är det svårt att finna några egentliga motsvarigheter." (s. 177).

<sup>58</sup> "Men något liknande förekommer ju också annars, t.ex. inom patenträtten, datarätten, patienträtten och även entreprenadrätten. Man kan på sin höjd säga att förståelsen för naturvetenskapliga resonemang är en speciell fördel för en miljöjurist." (s. 179).

<sup>59</sup> "Ett annat exempel är bestämmelser om olika allmänna krav på miljön, i miljöbalksförslaget kallade miljö kvalitetsnormer — låt vara att också här kan man hitta motsvarigheter när det gäller normer om produkters eller byggnaders säkerhet. Särpräglade rättsinstitut förekommer emellertid på många områden, och de utgör knappast heller ett avgörande argument för att bedöma de rättsliga problemen efter andra metoder än de vedertagna." (s. 179).

<sup>60</sup> Här nämner Bengtsson i en not även mig där jag har skrivit att det är bara vanlig juridik, fast miljöretten kräver en särskild anpassning av metoderna. Jfr min beaktelse i avsnitt 20 ovan.

<sup>61</sup> A.a. s. 180.

<sup>62</sup> A.a. s. 180. Och han fortsätter: "Och ännu mera tveksamt kan det förefalla, att man skulle sammanföra de nuvarande bestämmelserna i olika miljörettsliga författningar till ett särskilt lagverk — för Sveriges del en miljöbalk."

miljörätt det som nu kallas hållbar utveckling sattes upp som forskningsföremål så tidigt som 1971.<sup>63</sup> Samma öde röntte att redan 1975 slutsatsen drogs, att avvägningar inte är framgångsvägen för långsiktigt miljöskydd, utan det krävdes dessutom gränsregler av typen miljökvalitetsnormer och liknande.<sup>64</sup> Grundtanken med miljökonsekvensbeskrivningar, nämligen att hantera den holism-problematik som låg inbyggd i rättslig miljökontroll, tog han heller inte hänsyn till, vilket visar sig i parallellen med bedömningar av bl.a. produkters och byggnaders säkerhet (där det normalt inte är något problem med icke-linjäriteten, något som däremot särpräglar miljökvalitetsnormerna; grundtanken om helhet och MKB har dock sedan 1970-talet varit central i miljörätten).<sup>65</sup> Han förhöll sig vidare inte till de ganska omfattande försöken att göra avvägningar mera ändamålsenliga och objektiverade.<sup>66</sup> Idén om rättigheter för framtida generationer nämnde han över huvud taget inte, trots att sådant när han skrev redan ingick i den internationella rätten, Rio-konferensen (och för den delen också Stockholmskonferensen tjugo år dessförinnan) och Agenda 21.

I stället såg han den rättsliga miljökontrollen mest som ingripanden (och därmed underförstått rubbade av vad företagare och enskilda "egentligen" fick göra), samt höll fast vid en starkt förenklad syn på avvägningar, utan att förhålla sig till den forskning och de analyser som visar att en hel del av det, som många tror ska vara allmänna avvägningar, inte alls är det (såsom bedömningar av vad som är tekniskt och ekonomiskt möjligt, numera återspeglade i den juridiska standarden BAT — Best Available Technology).<sup>67</sup> Han berörde inte den forskning som visade på att en relativt hög objektiveringsgrad i tillämpningen av traditionella dämpningsregler har kunnat förekomma<sup>68</sup> — något som i sin tur indikerar utvecklingsmöjligheter när det gäller avvägningsteori. Och han betraktade hållbar utveckling som något mycket vagt. När det gällde frågan om en miljöbalk, berörde han inte trenden utomlands och i internationella organs arbete i riktning mot vad som kallas "codification" av miljölagstiftning.

Senare recenserade han, som jag nämnt, *En hållbar rättsordning*. Det var dock inte denna hans läsupplevelse som åldrade honom, nödgas jag medge, utan den övergången skedde i och med miljöbalkens infö-

<sup>63</sup> *Miljöskyddslagstiftning och välfärden* (Natur och Kultur 1971), s. 13 och 57, jfr *Miljöfarlig verksamhet* (not 17) s. 96 f och *En hållbar rättsordning* (not 6) s. 33 f.

<sup>64</sup> *Miljöfarlig verksamhet* (not 17) kap. 23.

<sup>65</sup> Westerlund, S: *Miljöeffektbeskrivningar*. Bakgrundsrapport. Naturresurs- och miljökommittén 1981.

<sup>66</sup> Huvudtema i *Miljöskyddslagstiftning och välfärden*; en av huvudfrågorna i *Miljöfarlig verksamhet* (not 17) (se särskilt kap. 7–10 och avsnitt 23.3.3); se också *Kommentar till miljöskyddslagen* (Publica 1981) kap. 6.D, *Avvägningar i miljörätten*. I Lakimieslehdestä n:o 7–8, 1984, *Lag om kemiska produkter Kommentar* (Liber 1985), *Miljörättsliga grundfrågor* (Tapir forlag 1987) kap. 22, och *Miljöskyddslagen En analytisk lagkommentar* (Åmyra Förlag 1990) kap. 6 D.

<sup>67</sup> Se t.ex. Westerlund, S., *Miljöskyddslagen En analytisk kommentar* s. 103 f.

<sup>68</sup> Westerlund, S: *Miljöfarlig verksamhet* (not 17).

rande och det därmed förändrade rättsläget, återspeglat i hans *Miljöbalkens återverkningar*, vilket jag återkommer till i 23. nedan

22. Den yngre Bengtssons och Decleris synsätt skiljer sig som natt från dag och de två skrifterna kan ställas bredvid varandra som typexempel på gammalt och nytt paradigm. För Decleris är det helt klart bl.a. att äldre juridik inte klarar hållbar utveckling, att lagen och rättsvetenskapen måste utvecklas parallellt, att kontrollsystem inte kan få vara mindre komplexa än det som ska kontrolleras, att hållbarhetsproblematiken aktualiserar helhetstänkande och (därmed) systemtänkande, att i länder där hållbar utveckling ges stöd i konstitutionen domstolarna har särskilda uppgifter att säkerställa sådant, att i länder utan sådant stöd i konstitutionen (där ju Sverige är ett) hållbar utveckling inte kan åstadkommas utan att lagen anpassas därtill,<sup>69</sup> samt att den nya miljöretten i grunden skiljer sig från den gamla.

Alltså skiljer sig synsätten åt. Men låt oss se närmare på detta i ljuset av de fyra bildtyper som jag berört tidigare. Jag har sålunda viss anledning att tro att de tvås *världsbild* är densamma, möjligen med det i så fall viktiga undantaget för systemuppfattningen. Troligen delar de också i allt väsentligt *omvärldsbild*, inklusive kunskapen om vad som överenskomms i Rio 1992. Det är antagligen inför nästa led i bildkedjan som de går olika vägar.

Decleris *problembild* är helt kopplad till hållbar utveckling och till uppfattningen att en sådan förutsätter systemtänkande och att problemlösningarna måste bygga på sådant, samt att rättsvetenskapen måste utvecklas parallellt med detta.<sup>70</sup>

Den yngre Bengtssons *problembild* kan jag bara försöka sluta mig till utifrån hans ovan nämnda uppsats som sådan. Problembilden förefaller mera handla om hur avvägningar görs mellan olika intressen, utan att hållbar utveckling skulle vara något som så att säga är överordnat. Bilden förefaller också vara ganska starkt knuten till att så lite ändringar som möjligt bör göras i det bestående regelverket. Ja, jag tror att problembilden är mycket starkt begränsad till sådant som den redan befintliga juridiska metoden och de befintliga rättsliga instrumenten skulle rätta till för.

Vad sedan gäller *självbilder* ser sig Decleris som en systemvetenskapligt tänkande jurist och domare, och till domarrollen hör enligt honom att vakta om sådana för mänskligheten och civilisationen viktiga värden som hållbar utveckling siktar till och utgör. Hans vetenskapliga tänkande har fått honom att koppla samman världsbild, omvärldsbild och problembild och lägga detta till grund för sin självbild av vad en domare har att göra, samt att förespråka att rättsvetenskapens

<sup>69</sup> Det är nog Bengtssons uppfattning också. Det var en huvudtanke i *En hållbar rättsordning* (not 6).

<sup>70</sup> T.ex. Decleris (not 29) s. 9.

självbild ska inkludera att anpassa den rättsliga metodiken till hållbar utveckling.<sup>71</sup>

Den yngre Bengtssons rättsvetarsjälvbild visar snarare den traditionelle skandinaviske rättsrealistiske eller i vart fall rättspositivistiske forskaren, dock med de extrema uttrycken för sådant bortpolerade och ersatta med ett gott mått av pragmatism och ett humoristiskt, kritiskt öga för vad den i praktik satta politiken medför. Gällande rätt med sina gamla verktyg är i huvudsak den läst vid vilken, enligt denna självbild, skomakaren alias rättsvetaren skall bli.

23. Med denna självbild oförändrad har han sedermera i sin *Miljöbalkens återverknningar* gett sig i kast med det faktum, att miljöbalken verkligen trädde i kraft och därmed ett nytt (komplext) rättsläge. Trogen sin oförändrade självbild har han gillat det nya läget och tagit itu med att utreda och reflektera över det förändrade rättsläget. Han har därvid konfronterats med bl.a. hållbar utveckling, eftersom sådan är miljöbalkens huvudsyfte (åtminstone om balken själv får bestämma sin "självbild"), samt med miljökvalitetsnormer, miljökonsekvensbeskrivningar och mycket annat sådant, som miljörettsvetenskapens frontlinjer ganska länge inbegripit. I sammanhanget modifierade den nu äldre Bengtsson också åtminstone delvis det huvudintryck, som den yngre Bengtsson hade förmedlat via 1997 års uppsats rörande miljöretten som sådan.

Det förhållandet att miljöbalken inkluderar regler och instrument, som inte ingick i tidigare gällande (svenska) rätt, gjorde dem så att säga mer legitima att analysera.

24. Om vi nu ställer den äldre Bengtsson mot den yngre, så är båda lika öppna för miljöfrågor som sådana. Den yngre lät sig dock begränsas av *då* gällande rätt och strävade efter att passa in de nya problemställningar m.m., som miljörettsvetenskapen aktualiserade, i det paradigm som tidigare gällande rätt återspeglade, för att inte säga utgjorde.

Också den äldre Bengtsson lät sig begränsas av gällande rätt, som ju emellertid hade förändrats. Med tidigare uttryckssätt har han konsekvent utövat rättsvetenskap i rätten (16. ovan). De problem han ställer upp, och som därför utgör eller i vart fall ingår i hans *problembild*, är starkt knutna till innebörd och tolkning av gällande regler, alltså samma slags problembild som jag har använt i mina kommentarer till miljöskyddslagen och lagen om kemiska produkter. Hans analyser är åtminstone i huvudsak inomrättsliga. Men de är långt ifrån minimalistiska.

Också den äldre Bengtssons och Decleris synsättet skiljer sig från varandra, men Bengtsson tar nu upp ett antal aspekter på ett sätt som kan förenas med Decleris. Den grundläggande skillnaden dem emel-

<sup>71</sup> A.a. s. 9.

lan förefaller vara betydelsen av världssamfundets inriktning på hållbar utveckling. Jag kan inte förstå Decleris på annat sätt än att denne anser att hållbar utveckling ingår i, och följer av, gällande internationell rätt samt i sådana länder nationella rätt, där konstitutionen säger så. Det första ledets uppfattning tycks Bengtsson inte dela. I vart fall ger han inte uttryck för det. Det andra ledet, däremot, berör han.<sup>72</sup> Gemensam syn hos dem är att de länder, som saknar konstitutionellt stöd för hållbar utveckling (Sverige är ett sådant land), måste lagstiftningsvägen införa regler om och för sådan utveckling. Sedan skiljer de sig åter åt, därför att Bengtsson gör halt ungefär där och begränsar sig sedan till att utgå från den lag (och inte bara dess inledningsparagraf) som finns i Sverige, medan Decleris utgår från den internationella rätten och dess förhållande till hållbar utveckling.

Därutifrån diskuterar Decleris anspråken på rätten i och för genomförandet av hållbar utveckling. En grundsats är då viktig, nämligen den jag redan har nämnt att ett system för kontroll (styrning, hantering) av något inte kan få vara mindre komplext än det, som ska kontrolleras. Bl.a. denna grundsats leder honom till att man behöver utveckla en "science of sustainable development", samt att rättsvetenskapen måste utvecklas för att kunna hantera hållbar utveckling. Som jag nämnt tidigare, skiljer han mellan "Old Environmental Law" och "Law of Sustainable Development". Det sätt på vilket han skiljer dem åt indikerar ett paradigmskifte i rätten och i rättsvetenskapen.

Dithän gick inte ens den äldre Bengtsson. Han stannade vid miljöbalkens gränser, som han dock har tolkat frikostigt utifrån ett ändamålstänkande.

### **Kunskap och lagkonstruerande**

25. Jag inledde denna artikel med (autentiska) lagkonstruktörer som inte följde litteraturen på området utan åtminstone ibland bekände sig till maximen "learning by doing". Att konstruera lag är dock något mer än att utreda gällande rätt. För det första ligger det typiskt sett i ett lagstiftningsuppdrag att *ändra* lagen i förhållande till gällande rätt. Bakom uppdraget ligger för det andra — likaledes typiskt sett — ett syfte. Något ska uppnås eller undvikas eller liknande. Lagkonstruktörens uppgift är därmed problemlösarens — hur tillgodose syftet via lag, alternativt: hur anpassa lagen till syftet?

Därmed är kunskaper i gällande rätt inte tillräckligt. Kunskaper behövs också om lagstiftningsteknik samt om problem och möjligheter att anpassa en rättsordning till det som lagstiftningsuppdraget avser. Sådana kunskaper kommer bl.a. från forskning *om* rätten (16. ovan) och från forskning och utveckling av miljörett som teknik. En betydande del av senare svensk miljörettsvetenskap hör dit.

<sup>72</sup> A.a. s. 33 ff.

26. Den kunskap som sådan forskning och utveckling genererar ska naturligtvis utsättas för vetenskaplig granskning. Då gäller att man håller reda på självbilder och problembilder. Att avvisa ett förslag om införande av rättsverkande ("bindande") miljökvalitetsnormer med motiveringen att gällande rätt inte inbegriper sådana regler är givetvis befängt. Samma gäller förslag om införande av hållbar utveckling eller förslag till en viss lagstiftningsteknik. Sådana förslag ska i stället kunna prövas utifrån två andra frågeställningar:

(1) Rör det sig om ett rent ideologiskt förslag från en forskare?

(2) Rör det sig om ett förslag till hur ett visst problem kan hantteras?

Om det är det förstnämnda, saknas anledning till vetenskapligt samtal om förslaget. Är det i stället det senare, finns all anledning till vetenskapligt samtal. Ty då förutsätts ett *problem*, och därmed har problembilden betydelse. När man är överens om problembilden, blir samtalet rättstekniskt. Det yttersta kriteriet på huruvida ett förslag är bra eller inte är huruvida förslaget, om det skulle genomföras, leder till avsett resultat (varvid resultatets karaktär följer av problemet och problembilden). Här är *kunskap* av grundläggande betydelse ungefär som när konstruktörer ska ta fram ett flygplan, som ska klara av att landa (utan att vurpa framför TV-kameran) även i sidvind.

Detta leder fram till frågan om den kunskap som juristutbildningen ger. Dessförinnan ska jag dock ta upp frågan om vad som är relevant för att utforma en rättsordning, som åtminstone *inte motverkar* hållbar utveckling.

### Lagstiftningstekniskt

27. Att undersöka gällande rätt och utreda hur denna är under givna förutsättningar är något annat än att undersöka konsekvenserna av gällande rätt. Det är också något annat än att undersöka hur rätten kan och/eller bör ändras *förutsatt* vissa mål.

Lagkonstruktören är hänvisad till lagstiftningstekniken. Lagkonstruktören kan naturligtvis också *utveckla* denna. Den politiske lagstiftaren, manifesterad i t.ex. parlamentet, är å sin sida beroende av att lagstiftningstekniken är effektiv.

Frågan *huruvida* hållbar utveckling ska gälla är som sagt tidigare i princip redan avgjord. Nästa fråga är naturligtvis *hur* hållbar utveckling ska genomföras, ska uppnås. Ett delsvår på den frågan är att rättsordningen till att börja med måste vara sådan att den understödjer — och i vart fall inte motverkar — hållbar utveckling.

Biosfären som ett system, påverkat av människorna som samverkar i ett system av samhällsystem, är basen. Den är samtidigt föremålet för den hållbara utvecklingen. För det synnerligen komplexa system som biosfären utgör, krävs ett motsvarande komplext reglersystem (kon-

trollsystem). Detta system styrs til syvende og sidst genom, eller under inverkan från, rätten.<sup>73</sup>

Miljölagar av traditionellt slag är inte lika omfattande som det som ska regleras. De kunde i teorin på sin höjd göras tillräckliga för att kontrollera den ekologiska hållbarheten, men även så är problemen av minst två slag. Dels rör sådan hållbarhet hela biosfären, vilket redan det ställer stora anspråk på rättssystemets regler. Dels påverkas biosfären av alla människor, vilket ställer enorma anspråk på handlingsreglering.<sup>74</sup> Övergången från "Old Environmental Law" till "Law of Sustainable Development" följer av denna systeminsikt.

28. En förutsättning för att ett regelverk ska fungera ändamålsenligt är att reglernas *adressater* verkligen förstår regelverket utifrån en adekvat problembild. För adressaterna är den primära frågan *hur* regelverket ska tillämpas. Detta är deras omedelbara problem och det är vad deras problembild ska avse.

Problembilder förmedlas dels genom utbildning, dels (beroende på lagstiftningens kvalitet) genom regelverket själv. Det perfekta regelverket är naturligtvis självförklarande.

Regelverket måste *relatera* till det som ska regleras och kontrolleras, nämligen naturbasen och därmed den ekologiska hållbarheten. Regelverket måste samtidigt konstrueras utifrån insikten att det är via människan som aktör som denna kontroll ska ske.

Detta kräver bl.a. att regelverket är så pass adaptivt, så att inte kontrollen (reglerna) slår fel i förhållande till naturbasens förhållanden över tiden.<sup>75</sup>

Envar som arbetar med genomförande av hållbar utveckling måste förstå att miljölagar *är till för att* interagera med naturen och miljön. Man måste vidare förstå att andra lagar *kan* interagera med naturen och miljön. I båda hänseendena sker interaktionen via aktörers (alltså personers) beteende. Interaktionen kan vara komplicerad, såsom när andra lagar interagerar med miljölagar inom en och samma rättsordning, därigenom kanske motverkande en miljölag. Även sådan interaktion inverkar på personers beteende.

Härav följer självfallet att den som ska lösa ett problem relaterat till naturen och miljön behöver kunskaper om desamma samt om hur de påverkas, och kan påverkas, av och genom människor. Hon behöver vidare kunskaper om hur man reglerar personers beteende så att de uppställda problemen, relaterade till natur och miljö, kan lösas.

<sup>73</sup> Grundläggande tes i *En hållbar rättsordning* (not 6).

<sup>74</sup> "According to systemic models, the planning of sustained development goes hand in hand with planned implementation...". Decleris (not 29) s. 17. "... that the part, i.e. the economy, cannot determine the whole, i.e. the global system". A.a. s. 15.

<sup>75</sup> Det ovanstående lärs inte i juristutbildningen. Inte heller i domarverksamheten som sådan.

Kunskaperna bör bygga på en adekvat teoribas. Därmed kommer vi åter in på paradigmen. Kunskaperna får inte bygga på en ohållbar världsbild, inte heller en oriktig omvärldsbild. Problemlösarens problembild ska vara adekvat och inte oförenlig med världs- och omvärldsbilderna. Problemlösarens självbild ska återspegla just problemlösarens. Inte domarens, inte rättsdogmatikerns, inte särintressentens.

29. Det ideala lagstiftningsuppdraget ser ut och förlöper på ungefär följande sätt. Två rollpersoner antas inblandade, uppdragsgivaren U och lagkonstruktören L.

U (t.ex. politikerna) ställer upp ett eller flera mål som ska uppnås. Detta manifesteras så småningom i ett uppdragsdirektiv (i Sverige kallat kommittédirektiv). *U bör inte ange medlen för målets uppnående* men kan ange vilka medel som *inte* ska komma i fråga (*förbehåll*).<sup>76</sup>

Före uppdragsdirektivets slutliga utformning bör U och L ha diskuterat det hela, varvid L bör se till att U klargör vad som ska uppnås, och U bör se till att L klart och sakkunnigt informerar om vad som *inte* går att göra, givet vissa av U övervägda förbehåll.

Därefter inträder ett skede med en problematik, som många förefaller negligera, nämligen den professionella etiken. Den då kritiska frågan är genomförbarheten av uppdraget. Om uppdraget inte är genomförbart (dvs. om målet inte kan realiseras), och L ändå åtar sig uppdraget, kommer L att så småningom lura antingen U eller allmänheten. Ur detta dilemma kan L dra sig med heder *antingen* genom att L, så snart L får insikten därom, informerar U om att det har visat sig att målet inte kan realiseras med de förbehåll som U har ställt upp, *eller* genom att L tydligt informerar allmänheten om att det förslag som L ändå lägger fram är otillräckligt, därför att U:s förbehåll hindrar att målet kan uppnås.

30. Man kunde tycka att också *kunnande* vore en professionellt etisk fråga. Om L saknar tillräckliga kunskaper för uppgiften, är sannolikheten stor för att L inte ser genomförandeproblemen och därför kommer att svika U och/eller allmänheten. Om L:s okunnighet är ouppsåtlig, är det beklagligt. Om den är uppsåtlig, är den etiska problematiken mycket accentuerad.

Okunskap är känsliga saker. Jag antydde tidigare att man kanske kan söka orsaken till negativ kunskapsinställning "uppströms" den enskilde juristen, alltså i den akademiska utbildningen. Sådan präglas i sin tur rimligen av dem som där vetenskappar.

Jag har starkt avrått från att fördjupa texten med dokumentation på kunskapsproblem hos domare och dem som konstruerade miljö-

<sup>76</sup> U har alltså ansvar för frågan *vad* och *huruvida*, men inte *hur*. U kan därför ange målen som ska uppnås, men inte *hur* de ska uppnås. Det är ju, idealt, den kunnige L som ska utreda detta "hur". Detta med förbehållen kan man dock knappast komma ifrån. Om U inte vill att målet ska uppnås till varje pris, sätter U gränserna för *hur*.

balken, med den — förmodligen välmenta — motiveringen att den, vars kunskapsnivå kritiserats, just därför vägrar skaffa sig kunskaperna i fråga. Bortsett från vissa systemfrågor rörande miljöbalken, följer jag denna gång råden.

31. Äldre juridiskt tänkande synes prägla både tillämpning och lagstiftning på miljöområdet, oavsett att miljöproblematiken aktualiserar problemställningar som äldre juridik och rättstillämpningsmetodik inte har varit anpassad för.

Ännu 2005 finns juristutbildningar, bl.a. de i Uppsala och Stockholm, där miljö rätt som sådan över huvud taget inte ingår. Studenterna är där hänvisade till frivilliga tillval. Bortsett från Luleå tekniska universitet har inget svenskt universitet etablerat någon lärostolsprofessur i ämnet.<sup>77</sup> Det är inget krav på domare i miljö saker att de ska ha studerat miljö rätt. Inget sådant krav gäller heller för dem som ska utarbeta lagförslag inom miljöområdet.

I svensk juristutbildning förekommer egentligen ingen lagstiftningsteknik alls. Det är över huvud taget inte ett utbildningsämne. Juriststudenterna lär sig många lagar och andra regelkomplex, och hur de används, kanske också hur de ska användas. Men de lär sig ingen teori som underlag för lagstiftningsteknik och de utbildas inte i att konstruera och designa lag.

Med några fåtaliga, och begränsade, undantag förekommer heller ingen egentlig lagstiftningsforskning i Sverige.

Detta betyder att i princip inga kunskapskrav är uppställda (och kunskaper kontrollerade) vad gäller lagstiftningsteknik i Sverige. Det betyder också att det inte finns några väl beprövade kriterier för kvalitetskontroll av lagkonstruktioner och lagutformningar.

Av detta följer att lagstiftningsprojekt kan utvecklas, där sådant som systemtänkande och rättslig operationalisering av de mål och syften, som lagstiftningen ska vara verktyg för, över huvud taget inte är kända problemställningar för lagkonstruktörerna. På grund av ren och skär kunskapsbrist.

32. Kanske förklarar detta att den första svenska miljöbalken vid ett ytligt påseende såg ut som att den samlade miljöreglerna i ett system, men utan att miljödomstolssystemet behandlar resultatet som något helt regelsystem. Det är bara att se på hur svårt miljödomstolarna har haft — och har — att helhetspröva sådana verksamheter m.m., som samtidigt utgör miljöfarlig verksamhet och vattenverksamhet. Det kan inte enbart röra sig om rent trots från domstolarnas sida, utan dessa är synbarligen illa styrda genom hur miljöbalken har konstruerats.

<sup>77</sup> Luleåprofessuren är i miljö- och naturresursrätt. Miljö rättsprofessuren i Uppsala är en forskningsrådsprofessur, inrättad av Humanistisk-samhällsvetenskapliga forskningsrådet (HSFR) men inte av något universitet. Den har senare administrativt flyttats till Juridiska fakulteten i Uppsala och där med tiden frångagits sina kringresurser.

Och i så fall är orsaken naturligtvis i första hand att söka hos lagkonstruktörerna. De borde ha kunnat förutse — och förebygga — att miljödomstolarna inte skulle anstränga sig för att åstadkomma sådana helhetsbedömningar, som många trodde var ett av syftena med miljöbalken. Lagkonstruktörerna och lagrådsledamöterna var ju också domare!

Visserligen, säger kanske några, borde problemet inte ha blivit så stort med tanke på införandet av miljökonsekvensbeskrivningar (MKB). De är ju ett särskilt processuellt instrument för att ge bl.a. just domarna information om, och analys av, *alla slags miljökonsekvenser* av ett projekt och dyl. Vad mer kan begäras för att domstolarna ska kunna göra helhetsprövningar?

Intressant i sammanhanget är då att inte ens MKB-reglerna har assimilerats särskilt väl i det svenska miljödomstolssystemet.<sup>78</sup> Kanske är det därför. Kan det rentav vara den bristfälliga konstruktionen av MKB-reglerna som har medverkat till den bristande assimilationen?<sup>79</sup>

### Juristkunskaperna

33. Är det juridiken som är kunskapsföraktande ledande till “learning by doing” eller är det juristerna?

Frågan är relevant eftersom de jurister jag har träffat, som bekänner sig till “learning by doing”, är hederligt folk. Gemensamt för dem är att de har genomgått en universitetsutbildning om normalt 4½ år. Dessförinnan har de genomgått gymnasium. Var någonstans på denna väg mot yrket har det inträffat, som har fått dem att — som det kan synas och höras — vända kunskaper ryggen?

Misstankarna går naturligtvis också här till deras utbildning. Visst, det kan förefalla paradoxalt att utbildning som sådan skulle leda till negativa attityder mot kunskaper. En hypotes kunde vara att utbildningen i sig leder till uppfattningen att kunskaper inte behövs, utöver att kunna resonera och examinera sig fram i befintliga rättskällor inklusive rättspraxis, samt att i övrigt rättens grundfrågor är oföränderliga. En annan hypotes kan helt enkelt vara att juristerna är så hjärt-

<sup>78</sup> Westerlund, S: *Bristande läsförståelse eller domstolars trots — miljökonsekvensbeskrivningar i svenska domarsinnen*. I Andersson — Lindell (red): Festskrift till Per Henrik Lindblom (Iustus förlag 2004).

<sup>79</sup> MKB-reglerna i miljöbalkens första skepnad återspeglade illa det som skulle implementeras i svensk rätt, nämligen *Environmental Impact Assessments (EIA)* som bl.a. krävdes i EG:s EIA-direktiv och i Esbokonventionen och som hade analyserats synnerligen ingående i svensk litteratur. Miljöbalkskommittén föreslog 2004 ändringar i MKB-kapitlet. I samband med remissarbete rörande det förslaget utarbetade jag ett “nytt” MKB-kapitel, också med syfte att det (efter förbättringar) ska ingå i den generiska miljölagen. Där redovisar jag en lagstiftningsteknik som, hävdar jag, ger betydligt mera ändamålsenlig procedur och betydligt tydligare regler än de, som ursprungligen utgjorde 6 kap. miljöbalken och än de, som Miljöbalkskommittén hade föreslagit. Mitt förslag är publicerat som [www.imir.com/pdf-filer/mkb2004.pdf](http://www.imir.com/pdf-filer/mkb2004.pdf).

ligt trötta på sina lärare,<sup>80</sup> sina läroböcker och sin betygshetsande examination att de i alla hänseenden lämnar allt detta bakom sig (bortsett från vissa handböcker som de använder som ett slags manualer) när de går ut i yrkeslivet. På köpet skulle då medfölja en förnekelse av kunskapsbehov som sådant.

Visserligen kunde man mildra dessa funderingar genom konstaterandet att mycket av juridik faktiskt *är* avvägningar och kommer så att förbli. Emellertid innebär inte det förhållandet att *allt* är eller ens kan vara så. Det är nu en gång så att människan är fast i sitt ekologiska dilemma samt att människan är beroende av en naturbas. Det beroendet går inte att avväga bort. *Kunskapsproblemet* för juristerna aktualiseras därmed brutalt om de går till väga när de lagstiftar och tillämpar på miljöområdet som om det nyss nämnda inte gällde.

34. Kunskap kan i sammanhanget delas in i tre kategorier, nämligen

- (1) kunskaper om sådant som utgör rätten,
- (2) kunskaper om omvärlden,
- (3) kunskaper om rättens konsekvenser i och för omvärlden.

Kunskaper om rätten inkluderar inte bara rättsreglerna och deras tillämpning utan de olika instrument med vilka rätten kan fungera, eller som rätten kan bidra till att göra effektiva i syfte att påverka människors handlande. Eftersom rättsordningarna utgör system av principer och regler, inkluderar kunskaper om rätten också systemvetenskapliga förhållanden och faktorer. Rättstillämpare och — i än högre grad — lagkonstruktörer behöver sådana kunskaper.

Med omvärlden menas här både den fysiska och ekologiska miljön, dvs. det som är föremål för naturvetenskapen (inklusive ekologi), och de samhälleliga förhållandena (inklusive ekonomi) samt människors beteende. En omfattande allmänbildning, med en vetenskapligt skolad grundutbildning, inklusive en vakenhet för vad som händer över tiden, ingår här.

Kunskaper om rättens konsekvenser i och för omvärlden innefattar inte bara sådant som kriminologi, rättsekonomi och god rättssociologi skulle kunna studera, utan också konsekvenserna för den naturbas, av vilken människan och hennes ekonomi och samhällen är beroende.

För att vinna och sedan upprätthålla kunskaper krävs inte att man har läst universitetskurser i ett stort antal ämnen. Däremot krävs att man genom att *läsa* eller på andra, i motsvarande grad effektiva, sätt håller sig à jour med *kunskapsläget* inom respektive områden. Kunskaperna bör vara åtminstone så goda, att man är uppdaterad vad gäller rönen inom olika områden — inte så att man behöver ha tagit till sig alla dessa (det är omöjligt), men i den omfattningen att man lätt inser

<sup>80</sup> Vilket i förekommande fall kunde tänkas leda till att det inte främst är förakt mot kunskap, som präglar många yrkesjurister, utan förakt mot dem som har och/eller förmedlar kunskapen.

när man behöver fördjupa sina kunskaper om en viss fråga, när denna väl aktualiseras.

Kort sagt: *En nödvändig grundläggande kunskap är att alltid veta vad det är som man inte vet.* Likaledes nödvändigt är att ha adekvata världsbilder och omvärldsbilder. Detta ställer givetvis motsvarande krav på utbildningen.

35. Vad skulle då en granskning av svenska juristers *världsbilder* visa? Jag har inget svar, men en del motiverade gissningar.

För att bli antagen till juristutbildning har i Sverige inte krävts mer än gymnasieutbildning, oavsett vilken linje som studenten då har valt. Vissa ämnen måste dock ha ingått. I exempelvis USA kan man däremot inte läsa juridik utan att först ha genomgått tre års collegeutbildning i något annat.

Den eller de världsbilder som de svenska juristerna har med sig när de börjar sina juridikstudier bygger alltså typiskt sett på kunskaper från skolan. Därefter tillfogas de kunskaper — eller färdigheter — i "juridik" via juristutbildningen. Så i den mån det finns någon som helst koppling mellan världsbilder och rätten, och om denna koppling inte redan är väl genomförd i skolan, så är det juristutbildningen som har ansvaret för, och inflytandet på, studenternas för rättens vidkommande relevanta världsbilder.

Så kommer juris kandidaterna ut från högskolorna. De har vaccinerats mot naturrätt.<sup>81</sup> De har numera kanske utbildats problemorienterat snarare än att ha utsatts för systematiskt lärande om för juridiken och rätten viktiga saker och — därefter — om hur man kan hantera sådant. De har läst en del ekonomi inom juristprogrammet och läst ganska mycket skatterätt. De har tillfogats en viss uppfattning om rättskällor, och i synnerhet de högre domstolarnas beteenden har behandlats som en snudd på omistlig del av rätten som sådan, och inte bara av den faktiska rättstillämpningen. De har med största sannolikhet tillförts, om de inte redan dessförinnan hade den, en rättens egen världsbild, dock med lite svårförklarade förhållanden till den yttre verkligheten och med föreställningar om just allmänna rättsgrundsatser, en del (utvalda) rättsliga principer, rättssäkerhet och avvägningar etc. Kanske har utbildningen också präglats av inte så mycket rättsvetenskapliga problem eller mänsklighetens behov som av några eftertraktade yrkesvägar — domstolar respektive advokatbyråer. Och självbilderna blir antagligen därefter.

Många juris kandidater kommer med sina nyss skisserade kunskaper till domstolväsendet. De unga juristerna kan tryggt förutse att de då kommer till arbetsplatser med inte bara inarbetade rutiner, utan även världs- och omvärldsbilder som i betydande omfattning är präg-

<sup>81</sup> Huruvida de verkligen är "botade" från allt sådant tänkande ter sig dock en smula tveksamt när man åser rättstillämpning och åhör diskussioner om olika rättsprinciper.

lade av de äldre domarna. Dessa har i sin tur fått världsbilderna från sin utbildning respektive från *sina* ännu tidigare (och numera kanske avlidna) domare, ty någon mer *omfattande*, tillika systematisk, vidareutbildning har de sällan genomgått. Folkloren bland yngre jurister domineras som bekant inte av anekdoter om domstolar där notarierna möter radikala nytankar eller nyordningar, utöver sådana som följer av allt sämre finanser i domstolsväsendet.

Så blir de domare, en del tar i den egenskapen den ofta snabbare karriärvägen via departementen och blir där involverade i lagstiftningsarbete — de blir alltså bl.a. *lagkonstruktörer*. Men när och hur fick de *adekvat* utbildning och *adekvata* kunskaper för sådant? Och hur har de tillägnat sig en adekvat världsbild och en adekvat omvärldsbild. Och vilken är självbilden efter dessa slags upplevelser och erfarenheter?

36. För jurister borde juristutbildningen vara sådan, att man

- (1) får mycket djupa kunskaper och insikter i rättsvetenskap och juridik,
- (2) får en mycket god träning i det juridiska hantverket,
- (3) lär sig att förstå hur man upprätthåller och tillämpar den för rättens funktion nödvändiga kunskapen om rätten själv (t.ex. rättsförändringar genom ny lagstiftning eller annat), om omvärlden och om rättens konsekvenser i och för omvärlden.

Jag tror de flesta jurister skulle hävda att de uppfyller kraven enligt (1) och (2) och många av dem skulle antagligen hävda att de även uppfyller kraven enligt (3).

Låt oss anta att detta är en vanlig självbild. Ställ sedan detta mot dem som inte följer med i den rättsvetenskapliga litteraturen, dem som hävdar tesen om “learning by doing” och dem som producerar lagverk med låg kvalitet. Kan vi förena detta på ett rimligt sätt?

Ja, men då måste vi som sagts ovan flytta misstankarna “uppströms” bortom juristutbildningen som sådan. Och därmed ännu närmare — för att inte säga till — rättsvetenskapen själv. Det är ju vetenskapen, och dess utövare, som ytterst ansvarar för den akademiska utbildningen och för vilka kunskaper som — på föregivet vetenskaplig grund — förmedlas till studenterna.

Det torde ha framgått ovan att svensk rättsvetenskap i stort inte har varit särskilt tydligt benägen att bidra till annan utveckling än möjligen den ekonomiska. Detta har antagligen ett starkt samband med den minimalistiska synen på rättsvetenskapens objekt, som i huvudsak uppfattas som redan given rätt, redan tillämpad rätt och en del utlöpare — men då mest bara från den givna rätten. Omvärldsförändringar påverkar sällan rättsvetenskapens inriktning, såvida inte dessa förändringar återspeglas i lagändringar eller är av utpräglat ekonomisk karaktär. Nya rättsliga problembilder uppfattas helst inte som

nya utan som något som ska tämjas och stängslas in i etablerade discipliner och angreppssätt. Med undantag för några få rättsvetenskapliga discipliner har dessutom *allmänna läror* ingen framträdande plats i svensk rättsvetenskap.

Sådant smittar av sig på utbildningen och därmed i hög grad även på den rättsliga praktiken. Och när de stora miljöproblemen, för att inte säga problemen för civilisationernas förutsättningar att klara sig, tornar upp sig, möts detta med tystnad eller förnekelse snarare än vetenskaplig nyfikenhet och iver att förnya problembilder och självbilder.

### **Konklusioner**

37. Nya paradigmer är besvärliga att handskas med för dem, som är vana vid vad som gällde tidigare. Bilder måste ändras. Kunskaper måste omprövas. Rent psykologiska hinder av typen förnekelse kan bidra.

Vetenskapen har i och för sig metoder för att hantera sådant, nämligen det vetenskapliga samtalet och — ännu viktigare — de vetenskapliga kriterierna för att pröva både etablerad och ny teori. Den som är akademiskt utbildad bör ha med sig denna beredskap. Detta förutsätter dock att den akademiska utbildningen inte har varit stenhårt knuten till ett visst, oomtvisteligt paradigmer.

Att inse att omvärlden är annorlunda än vad man har vant sig vid är också att betrakta som ett paradigmerproblem. Motsvarande kan sägas om att ställas inför andra problem än sådana, som man har varit van vid att hantera, respektive att inse att problemen är annorlunda än vad man har vant sig vid. Även om man ändå klarar av att passera genom dessa skiften, kan det finnas självbilder som sinkar.

Den rättsvetenskap som bygger på skandinavisk rättsrealism klarar exempelvis inte alls av att lösa hållbarhetsproblem. Rättsvetenskapen måste först utveckla sin självbild. Den lagstiftningsteknik som bygger på hur man brukar skriva lag och på att lag är till för att jämka intressen klarar heller inte av att lösa hållbarhetsproblemen. Lagkonstruktören måste här utveckla sin självbild.

Om då självbilderna inbegriper att självbilderna helt enkelt inte ska kunna ändras, blir läget egendomligt. Kanske reagerar man då genom att avhålla sig från att lära sig något, som stör självbilderna i fråga.

38. Vi jurister kan lära mycket av paradigmskiftesproblematiken. De flesta har inte möjlighet att bli vetenskapare för att genom forskning bli kunniga. I det praktiska livet är (eller borde vara) motsvarigheten i stället fortsatt och återkommande utbildning. Sådan sker enskilt genom att man läser ny litteratur och på det sättet lär sig mer än vad man kunde tidigare. Eller så undergår man ren, uppdaterande och fördjupande utbildning.

Den som vidareutbildar sig själv arbetar faktiskt på ett sätt som liknar forskarens. Hon tar reda på vetenskapens senaste rön, teoretiskt

goda utvärderingar av olika erfarenheter, och utbildar därmed sig själv. Det är bara det att hon tar genvägar genom att läsa sådant som är resultatet av andras forskning i stället för att forska själv. Den rena utbildningen är i princip likartad den som lärosätena förmedlar och borde givetvis, också den, bygga på vetenskapligt hållbar grund.<sup>82</sup>

Det är, som har framgått, svårt att vara öppen för omprövning av sina egna tidigare kunskaper och insikter. Här har vetenskapen ett försprång eftersom just detta är dess idé. Att pröva och ompröva. Ändå upplevs paradigmskiften också där ofta som smärtsamma. Detta är mänskligt, men inte ändamålsenligt.

Den som utan att ha vetenskapliga ambitioner utbildar sig vidare, eller underkastar sig vidareutbildning, känner kanske inte samma iver att tillägna sig nya kunskaper, insikter och perspektiv<sup>83</sup> såvida hon inte anser det professionellt (för att inte säga etiskt riktigt) att ha bästa tillgängliga kunskaper på sitt område.

39. Jag har ställt uttryck för två oförenliga paradigmer mot varandra — Bertil Bengtssons och Michael Deckeris — genom att använda respektives texter. Jag antydde också att den äldre Bengtsson behandlade frågor, som den yngre inte behandlade, och att detta förde honom närmare Deckeris. Men varför inte ända dit? Som jag också påpekade, var anledningen till Bengtssons utvidgning att han följde med miljöbalkens utvidgning av vad som var åsyftat och reglerat. Deckeris däremot tog sin utgångspunkt i något helt annat, nämligen hållbar utveckling. Deras problembilder var därmed helt olika. I vart fall hämtades de på helt olika håll. Något liknande kan kanske sägas om deras självbilder — alltså bilderna av vad som var deras legitima uppgifter. Ändå är självbilderna mindre olika än problembilderna, eftersom även Deckeris ansåg sig utgå från rätten. Men rätten för Bengtsson var den svenska lagstiftningen och särskilt då miljöbalken. Rätten för Deckeris var däremot inriktningen på hållbar utveckling.

Det som gör jämförelsen mellan dessa två problematiseringar — den som utgår från vad som har lagstiftats respektive den som utgår från ett uppställt mål som relaterar till naturbasen och miljön — speciell är följande: Relateringen till viss given lagstiftning begränsar närmast per automatik delfrågorna till vad denna rymmer och aktualiserar. Relateringen till hållbar utveckling aktualiserar däremot sådant, som åtminstone ytterst är naturvetenskapligt prövbart. I det första fallet problematiseras det uteslutande *inom* rätten, i det senare fallet även (och primärt) *utanför* rätten.

<sup>82</sup> När miljöbalken infördes, genomfördes också en omfattande miljöbalksutbildning. Det var en medveten strategi från Miljödepartementets sida att inget universitet skulle blandas in i den utbildningen.

<sup>83</sup> En rättsociologisk undersökning av hur svenska domare införskaffar kunskap. — och vilka kunskaper de införskaffar — vore intressant. Men den skulle kanske inte utgöra den proportionellt sett effektivaste åtgärden för att uppdatera domarkårens miljörättsliga kunskaper. Effektivare torde vara att på något vis göra det till god domarsed att hålla sig med moderna kunskaper.

40. Lagstiftning är inte ett mål i sig, men ett medel. Medel för något. Alltså en instrumentell syn på lagstiftning och därmed också på rätten. Det gamla paradigmet undersöker då instrumentet och beskriver kanske också instrumentet utifrån hur de, som ska använder instrumentet (t.ex. domstolarna), verkligen kommer att göra det. Det nya paradigmet förutsätter däremot frågan vilka funktioner och instrument som behövs för ett visst ändamål.

41. Följande teser bygger på vad jag skrivit ovan.

I. Rättsvetenskap är dålig om den förutsätter en världsbild som inte är hållbar. Rättsvetenskapen är ointressant om den förutsätter en omvärldsbild som inte klarar en jämförelse med hur omvärlden är. Rättsvetenskapen är ovetenskaplig om den explicit eller implicit förutsätter något, som är naturvetenskapligt ohållbart. Också rättsvetenskapens problembilder är dåliga om någon av dessa omständigheter föreligger.

II. Nr I hindrar inte att rättsvetenskapen kan utövas såväl inom rätten som utanför, så länge man håller dem isär. Med detta menar jag att det är fel kritik, om den ges utifrån en inomrättslig problembild avseende forskning, där rätten har studerats utifrån. Det är på motsvarande sätt fel kritik om den ges utifrån ett externt perspektiv mot inomrättslig forskning. Emellertid, om inomrättslig forskning inkluderar rättens konsekvenser utanför rättsordningen som sådan, så har forskningen i fråga lagt till ett externt perspektiv. Slutsatserna i de delarna kan kritiseras utifrån det externa perspektivet. Likaledes, om forskningen utifrån felaktigt förutsätter att vissa internrättsliga funktioner finns i en rättsordning, kan och ska naturligtvis detta prövas och vid behov kritiseras utifrån internrättsliga kunskaper.

III. Att lagstifta är att konstruera verktyg för att kontrollera beteenden i syfte att uppnå vissa mål eller undvika vissa saker eller förhållanden. Om målen eller det man vill undvika relaterar till något som hör till den fysiska verkligheten, måste problembildens kärna vara att detta ska förverkligas i sak. Lagkonstruerandet får därför inte förutsätta något som är naturvetenskapligt ohållbart. Det får heller inte förutsätta samhällsfunktioner eller beteenden, som lagstiftningen inte också reglerar.

### **Slutord: Hinner insikter och tankar ifatt?**

42. När man läser Kuhn får man ibland intrycket av att trögheter vad gäller paradigmskiftet är något närmast lagbundet.<sup>84</sup> "Just beroende av att det är en övergång mellan två oförenliga ting kan övergången från ett konkurrerande paradigm till ett annat inte ske stegvis som ett resultat av logik eller neutrala erfarenheter. Som gestaltförändringen

<sup>84</sup> T.ex. Kuhn s 124 ff. jämfört med s. 130 och 164.

måste den ske på en gång (men inte nödvändigtvis) eller inte alls.”<sup>85</sup> Och han citerar också Max Planck: “[E]n ny vetenskaplig sanning triumferar inte genom att övertyga sina motståndare och få dem att se ljuset utan snarare genom att dess motståndare så småningom dör, och en ny generation växer upp som väl känner till den.”<sup>86</sup> Och Kuhn själv skrev: “Även om några vetenskapsmän ... kan utöva motstånd hur länge som helst, *kan de flesta av dem nås på ett eller annat sätt*<sup>87</sup> ... tills efter det att de sista motsträviga har dött ...”. “Men att säga att ... paradigmförändringar inte kan åstadkommas genom bevis, det innebär inte att inga argument är relevanta eller att forskare inte kan övertygats till att ändra åsikt.”<sup>88</sup>

Vad gäller miljörätten vägrar jag helt enkelt att acceptera inställningen att människor ska dö bort för att ett paradigmskifte ska slå igenom. Samtidigt vägrar jag — och det är väl en yrkesskada — acceptera självvald okunnighet. Det måste gå att resonera sig fram i frågan om hållbar utveckling. Den första stationen i resonemanget är ställningstagandet till huruvida hållbar utveckling, i ungefär den mening som denna uppsats bygger på med koppling till Rio 1992, ska utgöra, eller kunna studeras som, en “grundnorm” (à la Decleris) eller ett samhällsmål. Om svaret är nekande, så skils vi åt. Om svaret är jakande, kommer vi till en serie frågor vilkas svar i princip är vetenskapligt prövbara, utgående från människans beroende av naturbasen. Och om vi har kommit till den frågeserien, har vi i en mening redan bytt ett slags paradigm. Detta är centrerat kring ett *problem* (eller snarare ett problemkomplex), knutet till en *problembild*. Och att vetenskapen kan få vara problemlösande är väl inte något omstörtande påstående.<sup>89</sup>

43. Den akademiska forskningen och utbildningen, genom sina företrädare och utövare, borde naturligtvis vara så öppna som möjligt och numera dessutom mogna att hantera paradigmproblem, även i sådana samhällsvetenskapliga skepnader. Svensk rättsvetenskap lever generellt sett inte upp till detta. Merparten av denna utgörs av rättsdogmatisk forskning. I brist på adekvat rättssociologisk forskning får man väl säga att bara gudarna vet vilka självbilder som påverkar forskningen.

Det skulle för övrigt inte förvåna mig om en del läsare av denna artikel spontant tänker att paradigmproblem, sådana kan man väl inte koppla samman med rättsvetenskap och juridik. En eventuell sådan inställning skulle ställa paradigmproblematiken i skarpast tänkbara belysning.

<sup>85</sup> A.a. s. 124.

<sup>86</sup> A.a. s. 125 med hänvisning till Max Planck, *Scientific Autobiography and Other Papers*, övers. F. Gaynor (New York 1932), s. 44–49.

<sup>87</sup> Kursiveringen gjord av mig.

<sup>88</sup> Kuhn s. 125 f.

<sup>89</sup> Jfr a.a. s. 126 ff.