Kapitel 10

Juridik som makt,

JURIDIK SOM MOTSTÅND

Mikael Baaz (PhD, LLM, MA, BSc)

Senior Lecturer, Peace and Conflict Studies

Senior Lecturer, International Relations

Senior Lecturer, International Law

Deparment of Law

School of Business, Economics and Law

University of Gothenburg

Tel: + 31 7865804

E-mail: mikael.baaz@law.gu.se

Inledning

I mars 1997 beslutade den svenska regeringen att förlägga EU-toppmötet under det kommande svenska ordförandeskapet i Europeiska Unionen det första halvåret 2001 till Göteborg. Tiotusentals aktivister förväntades demonstrera sin syn på EU:s politik vad gäller ett demokratiskt samhälle. Tre månader innan mötet ägde rum stod det klart att toppmötet skulle få en mycket speciell prägel. EU:s stats- och regeringschefer skulle inte bara möta varandra utan också hålla ett arbetsmöte med den nyvalde amerikanske presidenten George W. Bush. Mötet skulle således inte bara handla om inomeuropeiska frågor, vilka i sig är oerhört centrala, inte minst vad gäller *makt*(fördelning),[1] utan också om den globala utvecklingen i sin helhet. Således var en ökad politisk aktivitet från olika nya sociala (rättvise)rörelser med intresse för dessa frågor att vänta.

EU-toppmötet i Göteborg den 14-16 juni 2001 präglades av massiva och fredliga demonstrationer. Ett stort antal seminarier och olika kulturella aktiviteter samlade över 50 000 deltagare. För många av aktivisterna var inte de avgörande frågorna om huruvida man var för eller emot EU eller för eller emot globalisering. För aktivisterna, som trots sin heterogenitet fortsättningsvis benämns *den globala rättviserörelsen*, är utgångspunkten att regional liksom global integration är en realitet som det vare sig är önskvärt eller möjligt at önska bort. Vad frågorna handlar om är snarare vilket Europa eller vilken globalisering som bör eftersträvas, *Maktens* eller *Motståndets*; eller, som den globala rättviserörelsen uttrycker det, *För ett annat Europa* eller *En annan värld är möjlig* (Abrahamsson 2003:200).

Mest känt är emellertid toppmötet i Göteborg för att de kom att präglas av de mest våldsamma konfrontationerna mellan aktivister och polisen i svensk historia. De första oroligheterna började dagen innan toppmötet. Enligt polisens utvärdering så gav ”en samlad bedömning av underrättelser och spaningsiakttagelser vid handen att brottslig verksamhet vid handen att brottslig verksamhet pågick på Hvitfeldtska gymnasiet”, en av aktivisternas konferens- och logilokaler. En husrannsakan genomfördes. På förmiddagen den 14 juni omringade polisen skolan med hjälp av 200 fartygscontainers. Ingen tilläts komma in på skolområdet, ingen av de runt 500 personerna som fanns inne på området fick inte heller lämna det. Situationen var stundtals kaotisk.

Kravallerna på Avenyn den 15 juni är emellertid troligen den enskilt mest kända händelsen under toppmötet. På morgonen samlades flera tusen personer för att lyssna på

[1] ”Makt karakteriseras av att en aktör underordnar sig genom att överlåta beslutet eller avsikten för sitt handlande. Makt ökar genom att fler handlingar överlåts och makt består genom att överlåtelsen reproduceras i aktörens kontinuerliga underordningshandling”.

olika tal på Götaplatsen. Efter talen valde en mindre del av åskådarna att delta i en demonstration, känd under namnet *Antikapitalistmarschen*, initierad av Rättvisepartiet Socialisterna. Marschen gick längs den på Götaplatsen utmynnande Berzeliigatan i riktning mot Svenska mässan. Många av dem som kom att delta i Marschen anslöt sig spontant efter uppmaning från en av talarna på Götaplatsen. Flera hundra ”svartklädda” aktivister, varav många danskar och tyskar, anslöt till demonstrationen – som inte var tillståndsgiven. Arrangörerna var dock i dialog med polisen och en muntlig överenskommelse, vilken inkluderade att demonstranterna skulle stanna vid en poliskedja några hundra meter bort, träffades. Demonstrationståget stannade vid den plats som överenskommits. Polisen gick då in i demonstrationståget med syftet att urskilja vad man kallade för det ”Svarta blocket” som stod bakerst i tåget. Konfrontationer uppstod och de svartklädda demonstranterna drevs upp mot Avenyn, där polisen tappade kontrollen. Ett hundratal demonstranter ur det Svarta blocket gick då bärsärkargång och orsakade skador längs Avenyn till ett värde av flera miljoner kronor.

Oroligheterna fortsatte på kvällen den 15 i samband med en *Reclaim the city-fest* på Vasaplatsen. Högerextremister angrepp festen. Dessa tvingades emellertid retirera och skyddades av polisen. Stämningen lugnades ned. Trots detta valde polisen att avbryta den. Bråk uppstod och flera demonstranter skadades i samband med detta. En polisman skadades också. I väntan på ambulans uppfattade kollegor till den skadade polismannen situationen som allvarlig och avfyrade flera varningsskott. En kort stund efter varningsskotten sköt polisen också Hannes Westerberg med två skott vilka träffade honom framifrån i högra sidan. Westberg fördes till sjukhus med livshotande blödning, men överlevde utan andra fysiska men än att ha förlorat sin ena njure. Det var första gången sedan Ådalen 1931 som polisen avfyrade skott mot demonstranter i Sverige.

Hannes Westberg fälldes så småningom i Göteborgs tingsrätt för våldsamt upplopp och våld mot tjänsteman. Enligt domen framgår att brottets straffvärde bedöms vara 18 månaders fängelse. Men i enlighet med rättspraxis lindrades hans straffpåföljd, dels på grund av låg ålder och dels på grund av att han i samband med att begick brottet blev skjuten av polisen och allvarligt skadad. Westberg dömdes slutligen till åtta månaders fängelse och att utbetala 10 000 kronor i skadestånd till den polis mot vilken han kastade en gatsten och fällde honom till marken. Rätten var inte enig, rättens ordförande rådman Göran Lundgren, ansåg att straffet borde vara skyddstillsyn, inte fängelse. Domen överklagades inte och Westberg fick sitta av sitt straff, i praktiken fem månader och tio dagar. Trots straffrabatten var domen sträng, mycket sträng.

Under de dramatiska dagarna i Göteborg frihetsberövades inte mindre än 1115 personer. Så småningom åtalades ett sextiotal demonstranter, *den sammanlagda påföljdstiden för de som slutligen dömdes till ansvar är närmare 50 år i fängelse*. Vilket enligt Erik Wijk (2002) är i runda tal tio gånger högre än vid tidigare upplopp (se också ”Göteborgskravallerna och rätten”). Inga poliser dömdes trots ett stort antal anmälningar från åtalade och andra demonstranter, som ansåg sig utsatta för polisvåld och/eller olaga frihetsberövade. Justitieombudsmannen (JO) beslutade så småningom om att åtala Håkan Jaldung, ansvarig polischef under toppmötet, för olaga frihetsberövande i samband med den ovan nämnda insatsen mot Hvitfeldtska gymnasiet. Även om det krävdes behandling i Hovrätten så friades Jaldung med motivet att ordergången mellan den centrala polisledningen och insatschefen på plats varit otydlig och att han därför inte kunde hållas ansvarig. JO avstod från att överklaga domen med hänvisning till en begäran till regeringen om en översyn av den berörda 23:e paragrafen i Polislagen (1984:387). Denna översyn har skett ännu (januari 2009). Sammantaget, Makten hade tydligt visat sitt ogillande gentemot Motståndet, *medlet som användes var juridiken*. Till yttermera visso, Motståndet förlorade, genom sin (valda) strategi, stöd hos vanligt folk, vilket generellt är skeptiska mot såväl icke-parlamentariska som våldsamma aktioner (UTVECKLA).

Internationellt, inte minst i USA, har mer traditionella sociala rörelser, såsom medborgarrätts-, kvinno-, homo-, miljö-, arbetar-, anti-apartheid- och fredsrörelser har använt sig av (den nationella) rätten för att uppnå och befästa sina positioner. I flera fall har sedan de olika rättssystemen integrerat och använt dessa kunskaper och därigenom har dessa rörelser bidragit, åtminstone indirekt, till social förändring. Av hävd har således mer traditionella sociala rörelser haft en relativt positiv bild av den juridiska diskursen och hyst en tilltro till juridiken och rättsystemet som ett medel för att uppnå social förändring. Detta sakernas tillstånd har i viss mån gällt även i Sverige, dock i mer begränsad omfattning än i andra länder. Denna nationella skillnad kan förklaras med hänvisning till den *svenska modellen*, kännetecknad av att rörelserna blivit en bärande del av samhället. Rörelserna i Sverige förvandlades successivt *från progressiva motkrafter till politiska medkrafter*. Den svenska fackföreningsrörelsen exempelvis anammade genom Saltsjöbadsavtalet 1936 industrisamhällets storskalighet i utbyte mot att de kunde få del i dess vinster. Härigenom skapades en ohelig allians mellan stat, kapital och fackföreningsrörelse. *Makten*, representerad av såväl staten som kapitalet, kom inte att utmanas, vare sig politiskt eller, för den delen, juridiskt av Motståndet.

De nya sociala rörelserna i Sverige, inklusive den globala rättviserörelsen, är på grund av de äldre rörelsernas valda strategier mer tveksamma till såväl parlamentarisk samhällsförändring som användandet av juridik som medel för motstånd och/eller social förändring än mer traditionella rörelser.[2] De ovan beskrivna händelserna i Göteborg den 14-16 juni 2001 och deras rättsliga efterspel bidrar givetvis inte till en mer positiv bild av juridiken som ett medel för *motstånd* och social förändring. Snarare uppfattas juridiken som formell, rigid och exkluderande. Juridiken uppfattas som en del av etablissemanget – den anses tillhöra *Makten*.

Syftet med föreliggande kapitel är att söka nyansera/kontrastera denna bild och belysa att juridiken, rätt använd, kan tjäna som motståndsstrategi *och därigenom som* instrument för social förändring *för såväl traditionella som nya sociala rörelser (hädanefter endast sociala rörelser)*. För att lyckas med denna intention erfordras emellertid en diskursiv problematisering (*dekonstruktion* och *rekonstruktion*) av fenomenet juridik i allmänhet och begreppet gällande rätt i synnerhet. Mer i detalj syftar kapitlet också till att diskutera hur olika sociala rörelser, på såväl kort som längre sikt, kan använda juridiken (*legalstrategi*) för att uppnå sina politiska mål och därigenom bidra till social förändring. Mer konkret avhandlas i kapitlet följande frågeställningar: Vad är juridik och vilken är juridikens samhälleliga roll? Vad innebär begreppet ”gällande rätt” Hur kan sociala rörelser förhålla sig till juridiken på kort sikt? Kan juridiken användas som ett verktyg för att uppnå önskad social förändring? Vilken legalstrategi kan användas? Slutligen, diskuteras också hur juridiken långsiktigt och mer utopiskt kan användas av sociala rörelser för att uppnå social förändring.

Kapitlets allt annat överordnade (normativa) syfte är att söka bidra till att (åter)erövra juridiken som ett medel för Motståndet för social förändring; att bryta Maktens diskursiva monopol.

Normer och rättsregler

Mänskligt beteende styrs i hög grad av olika *normer* (Baaz 2002, ss. 216ff). Normerna har varierande ursprung och dess karaktär är olika. Vissa normer intar en särställning eftersom de erkänns som *rättsregler*. En rättsregel utmärks av att den är antagen och påbjuden i en viss auktoritativ ordning. För att så skall kunna ske krävs att människor sluter sig samman i någon form av gemenskap. Det måste till någon form av *samhällsbildning*. Inom denna samhällsbildning måste det finnas en sorts överhöghet som

[2] Med motstånd avses …

de i gemenskapen ingående individerna erkänner som legitimerad att utfärda för samhällsmedlemmarna allmänna och bindande regler (en lagstiftare). För att en norm skall räknas som en rättsregel erfordras dessutom att ett åsidosättande av den leder till en i förväg beslutad *sanktion*. Sanktionen beslutas och verkställs av organ som företräder samhällsbildningen (Hydén 1987: 9).

Trots allt tal om globalisering och regionalisering utgör den suveräna nationalstaten fortfarande den viktigaste samhällsbildningen (se exv. Baaz 2002; McGrew 2005, ss. 30ff). Rättsreglerna i en nationalstat, ett land, bildar formellt ett sammanhållet system, *ett rättssystem*, som vilar på vissa konstituerande regler. Sverige är en suverän stat, en suverän *rättsstat*. Vårt rättsystem, Sveriges rikes lag (återgiven i svensk Författningssamling, SFS), bygger på en *grundlag*, antagen av riksdagen (RD). Utifrån grundlagen kan sedan RD anta andra lagar. Regeringen, i sin tur, utfärdar förordningar och myndigheter olika typer av föreskrifter. Eventuella partstvister slits i landets domstolar (och andra dömande organ). I dessa instanser avgörs, av lagfarna domare och lekmannadomare (nämndemän), vem som skall få rätt alternativt om en person skall anses vara skyldig till ett brott eller inte. Det finns också åklagare och polis vilka åtalar respektive genomför brottsutredningar. Personer som åtalas har rätt att erhålla juridisk hjälp till sitt försvar. Parter vilka väljer att slita sin tvist i domstol har rätt till att använda juridiskt kunniga ombud, oftast advokater, för att föra sin talan.

Rättsreglerna omfattar emellertid mer än den skrivna rätten (såsom den återges i SFS och andra texter). I regel utformas lagar, andra författningar och föreskrifter som *abstrakta anvisningar* för domstolars, men också myndigheters och enskildas, handlande. Domstolar och myndigheter ger genom sin dömande verksamhet ett *konkret innehåll* åt de skrivna rättsreglerna. Av betydelse i detta sammanhang är också *förarbeten* till olika lagar, vilka anger intentionen med olika lagar. Ett centralt hjälpmedel för detta är olika metoder för *lagtolkning*. Ytterst är det om innehållet i rättssystemet – såväl den skrivna rätten som den därefter uttolkade *praxisen* – som juridiken handlar. Enligt traditionell uppfattning är det juristens uppgift att identifiera rättssystemet bland andra fenomen i samhället, samt att försöka beskriva, analysera och tolka dess ändamål, struktur och praktiska användning. Annorlunda uttryckt, juristens uppgift anses vara att fastställa vad som utgör ”*gällande rätt*”.

Juridik och begreppet gällande rätt

En vanlig uppfattning bland såväl jurister som icke-jurister är att betrakta ”gällande rätt” som en samling (rätts-)regler fastställda av lagstiftare(n) och domare(n). Att lära sig

reglerna samt att behärska olika färdigheter och tekniker för att kunna argumentera med hjälp av dessa regler anses traditionellt vara juristens främsta uppgift. Att vara jurist handlar således om att behärska *juridiken*, det vill säga de i svart på vitt fastslagna reglerna (Simmonds 1988, s. 11).

Professor Aleksander Peczenik (1995, s. 196f) förstår med begreppet ”gällande rätt”, ett system av normer som, för det första, gör anspråk på att vara riktigt, ha tvångsmonopol, vara överordnat andra slags normer och reglera alla aspekter av samhällslivet; för det andra, består av alla normer som tillhör en i stort sett effektiv författning; för det tredje, omfattar konstitutiva regler vilka är betingelser för att det över huvud taget skall vara möjligt att tala om viktiga institutionella fakta, såsom exempelvis avtal; för det fjärde, tillämpas av professionella experter (det vill säga jurister) som använder särskilda begrepp och argumentationsmetoder; och, för det femte, omfattar etiskt godtagbara principer och värden som rättstillämpningsproceduren stöder sig och/eller måste stöda sig för att uppfylla anspråk på att vara riktig. Den vardagliga liksom den aningen mer utförliga och heltäckande definitionen av begreppet gällande rätt ger för handen att rätten existerar som ett *naturligt väsen*.

Vissa jurister – *rättsvetare* – hoppas på att förbättra juridiken (eller samhället) genom att studera vad rätten är (*de lege lata*), vad den borde vara (*de lege ferenda*) och hur den egentligen fungerar. De söker en djupare förståelse för, vad som verkar vara, ett rättsystems oförutsebara och osäkra natur (Hydén 1987, s. 10. Jfr Lundquist 1993). Men såsom mycket av den rättsvetenskapliga forskningen kommit att bedrivas i Sverige är det emellertid en ytterst liten praktisk skillnad mellan vad rättsvetaren och den praktiskt verksamme juristen gör. Man gör i princip samma sak, nämligen *försöker fastställa vad som är gällande rätt*. Den enda skillnaden ligger i att rättsvetaren är mer omfattande i sitt arbete och gör det under längre tidsutdräkt än vad den praktiskt verksamme juristen gör. Ytterst handlar det, oavsett om det gäller rättsvetare eller praktiskt verksamma jurister, om att ha (mest) rätt om rätt.

Av tradition anses således inte juridiken, till skillnad från andra samhällsvetenskaper, sträva efter att förklara eller förstå den verklighet i vilken vi lever. Den anses inte vara uppbyggd på teorier om verkligheten och hur denna fungerar. Istället anses, vilket antytts ovan, att juridiken tillhandahåller metoder för att uttolka ett på förhand givet regelsystems innehåll och dess innebörd. Juridiken kan därmed beskrivas som en möjlig *problem- eller konfliktlösningsmetod*. Med detta skall emellertid inte förstås att konfliktlösningen med nödvändighet är rättens viktigaste funktion (mer om detta nedan).

Vilket ursprung samt vilken samhällelig eller social betydelse de olika rättsreglerna har lämnas dock av tradition utanför juridiken. Dessa fenomen studeras av andra vetenskaper som exempelvis statsvetenskap och (rätts-)sociologi (se exv. Hydén 1987, s. 11). Sammanfattningsvis, juridiken sammanfaller i princip med de arbetsuppgifter som praktiskt verksamma jurister har. Det gäller att utröna hur en viss konflikt i verkligheten skall lösas/borde lösas.

Samhälleliga konflikter kan lösas på många olika sätt. Tanken med ett utvecklat *rättssamhälle* är att de konflikter som uppstår i samhället inte skall lösas på den nivå på vilka de uppkommer. Privata vendettor, nävrätt med mera anses, med rätta, inte höra hemma i ett ”civiliserat” samhälle. Med juridikens hjälp höjs konflikten upp till ett högre abstraktionsplan – som vi kan kalla för det rättsliga – och staten tar en aktiv del i konfliktlösningen mellan olika parter. Grundidén är att det skall finnas i förväg bestämda regler som anvisar hur olika konflikter skall hanteras och lösas. I ett samhällsvetenskapligt perspektiv utgör således juridiken en *doktrin*.[3] Rättssystemet är tänkt att vara en avspegling av verkligheten. Genom att en aktuell konflikt relateras till rättssystemet kan man få ett svar på hur den skall lösas.

Problemlösningsmetoden som juristerna arbetar med går således ut på att, med utgångspunkt i en konflikt i verkligheten, söka sig fram till det auktoritativt givna svar på problemet som tillhandahålls av rättssystemet. Metoden är *dialektisk*. Juristerna har genom rättssystemet ett gemensamt referenssystem och därmed också ett etablerat sätt att strukturera och avgöra olika samhälleliga problem och konflikter. Till yttermera visso finns det strikta regler för vad som anses vara tillåten juridisk argumentation (Peczenik 1995). Dessa kan tänjas, men inte hur mycket som helst (se vidare nedan).

Transformation, från verklighet till rättslig nivå, kvalifikationen av faktiska omständigheter, tillhör juridikens innersta kunskapskärna. Denna kunskap tillägnar sig juristen genom att tränga på djupet i enskilda fall och penetrera rättsystemet i dess delar. Härigenom lär sig den juristen metoder och resonemang, vilka sedan kan tillämpas på nya fall. Metoden beskrivs bäst som en form av *exemplariskt kunskapsinhämtande*. Den juridiska kunskapen handlar främst om *förståelse*; i begränsad omfattning är det fråga om en kumulativ kunskapsprocess (jfr Lehrberg 2001).

Det hittills anförda har bidragit en uppfattning om att den juridiska metoden för problem- och konfliktlösning är *komplicerad*, *stelbent* och *opersonlig*. En uppfattning vilket

[3] Med begreppet doktrin förstås allmänt accepterade uppfattningar, eller en kunskapsmängd, eller instruktioner, eller principer som lärs ut, inom ett visst kunskapsområde eller trossystem.

föranlett att en mängd alternativa problem- och konfliktlösningsmetoder (Alternative Conflict Resolution, ADR) (se exv. Barret and Barret 2004; Fiadjoe, 2004; Meek, 2006) – såsom till exempel skiljedom (se exv. Kvart och Olsson, 1999), medling (se exv. Vindeløv 2007) och problemlösarverkstad – har kommit att utvecklas.

Dessutom, i konsekvens, bland annat på grund av den uppfattade rigiditeten hos juridiken (men också på grund av en uppfattning om att juridiken tillhör etablissemanget) har olika typer av sociala rörelser av hävd varit tveksamma vad gäller att använda juridiken och domstolarna för att uppnå sina politiska målsättningar. Tilltron till ADR har varit betydligt större. Är då tveksamheten mot juridiken, så som just beskrivits, verkligen berättigad?

Innan vi svarar på denna (delvis retoriska) fråga, låt mig kort säga något om svagheten med ADR. Den avgörande svagheten med ADR (främst kännetecknad av en strävan efter att i dialog mellan parterna genom tredjepartsintervention uppnå så kallade *vinna-vinnalösningar* på aktuella problem och konflikter) är att den bygger på frivillighet, såväl vad gäller deltagande som efterlevnad. Således kan en ADR-lösning inte implementeras utan parternas goda vilja. Implementering med tvång är inte möjlig, vilket givetvis är svaghet. Med denna korta avslutande anmärkning gjord, lås oss nu ytterligare fokusera legal konfliktlösning och begreppet gällande rätt.

Legal konfliktlösning och gällande rätt

Rivaliserande advokater och professorer kan vara oense vad som utgör gällande rätt. Många beslut från Högsta Domstolen (HD) indikerar att man tagit ställning för eller emot konkurrerande åsikter om vad som konstituerar gällande rätt. Hur kan detta vara möjligt om den gällande rätten finns, som något oproblematiskt, vilket det endast handlar om att identifiera? Om professor Rekvisit och professor Retorik är oense om vad som skall räknas som våldsamt motstånd och inte, är det då så att en av dem är illa påläst och har förbisett något lagstadgande eller rättsfall som den andre upptäckt? Vi vet emellertid att i nästan alla sådana dispyter är alla paragrafer och rättsfall kända (av båda parter). Detsamma gäller om domare Paragraf vill döma till A:sons fördel medan domare Prejudikat reserverar sig och istället vill döma till B:sons fördel efter genomförd domstolsförhandling. Om nu så är fallet, kan inte de som är rättskunniga bara se vilka regler det är som gäller, vad det är som utgör gällande rätt, och enas kring detta (utan konflikt) (Simmonds 1996, s. 13).

Om man tittar på de juridiska argument som presenteras i våra domstolar förefaller följande förklaring aningen frestande. Visserligen påstår två advokater i en

rättegång att de har olika meningar om vad som utgör gällande rätt, men vad de i själva verket gör är att de (med hjälp av retorik) försöker övertala rätten om att avgöra målet i den ena eller andra riktningen genom att införa en ny regel. I praktiken utgör således deras ”legala” argument *rättspolitiska resonemang* som avser hur gällande rätt bör ändras. I förlängningen, vad gäller akademiska tvister, när professor Rekvisits artikel om vad som utgör våldsamt motstånd inte överensstämmer med professor Retoriks artikel om samma ämne så kan detta endast bero på att de framställer rättspolitiska argument om vad som borde vara gällande rätt förklädda till juridiska argument. Om de blott begränsade sig till att redogöra för vad som är gällande rätt skulle det saknas utrymme för en dispyt mellan dem (under förutsättning att båda åtminstone besitter minimal kompetens för sysslan att finna ut relevanta regler; eller med andra ord, identifiera gällande rätt). Detsamma gäller för domare Paragraf och domare Prejudikat. Men då såväl juridikprofessorer, advokater som domare tvistar, trots att de alla är juridiskt kompetenta, förefaller det antagligt att när de tvistar om vad som är gällande rätt, i själva verket tvistar om vad som utgör den bästa tolkningen av vad som är gällande rätt, eller vad som utgör den bästa tolkningen av den bakom paragrafen liggande principen, juridisk eller moralisk.

Om vi väljer att problematisera rätten, exempelvis ur moralisk synvinkel. Om vi börjar ställa frågor om vilka syften rättsreglerna egentligen tjänar samt huruvida dessa syften är de riktiga och hur effektivt regler verkligen förverkligar dem, framträder emellertid delvis en annan bild än den som inledningsvis presenterades. *Begreppet gällande rätt existerar inte som något oproblematiskt naturfenomen*. Om vi problematiserar (den gällande) rätten så handlar det ytterst om att ifrågasätta vissa, inte öppet redovisade, grundantaganden. Om vi problematiserar idén om den gällande rätten kommer vi att erfara att den inte är en enkel återspegling av givna fakta utan en komponent i en komplicerad och vittomfattande *filosofisk position*.

Juridik som illusion – en social konstruktion

Ett första steg mot en nödvändig problematisering av rätten och idén om den gällande rätten är helt enkelt att se juridiken som *en fullödig samhällsvetenskap* och inte endast som en problemlösningsmetod.

Mot bakgrund av vad det ovan sagda torde det inte vara särskilt kontroversiellt att påstå att normer och rättsregler är *socialt konstruerade*. Faktum är att motsatsen är det. Det är ytterst få som idag argumenterar för rätten som ett naturligt fenomen. Det förekommer dock inom vissa diskurser vilka behandlar till exempel mänskliga rättigheter (se exv. Baaz 2006a). Däremot är flera implikationer vilka följer av påståendet, om rättens

ontologiska status, faktiskt mycket kontroversiella. *Om det nu är så att rättsliga fenomen är sociala konstruktioner då blir det ytterligt svårt att tala om en gällande rätt.* Att påstå att om vi förhåller oss till en gällande rätt, såsom definieras av Peczenik med flera, vilken kan uttolkas av rättskälleläran, så blir vi (såväl jurister som icke-jurister) förblindade och oförmögna att hantera den sociala konstruktionsprocess vi *de facto* hanterar och rimligen är ansvariga för, det är mycket kontroversiellt. Vi blir oförmögna att förstå, förklara och hantera de i realiteten förekommande *makt*-, lärdoms- och kommunikationsprocesserna. Den etablerade föreställningen om en gällande rätt fungerar inte som något annat än *en fasadlegitimerande slöja*, bakom vilka dolda *maktprocesser* leder till att förhärskande intressen tillgodoses och realiseras. Trots att det är möjligt att *dekonstruera* olika rättsfigurer och rättskonstruktioner – och därigenom bland annat påvisa att rättsliga företeelser ofta(st) har sitt kommunikativa ursprung utanför rättsmaskineriet, att rättsliga konstruktioner ofta tillgodoser värderingar som aldrig någonsin varit föremål för en demokratisk process/diskussion, att när juridiskt kunniga personer påstår att de fastställer/tolkar gällande rätt i själva verket ägnar sig åt en vitt rad skilda aktiviteter, att rättsliga konstruktioner inte sällan är resultatet av enskilda juristers oinitierade skapandeiver et cetera – är det för flesta inom dagens juristprofession inte anledning nog att inom ramen för sin metodologi försöka fånga den social konstruktionsprocess de i praktiken är delaktiga i och därigenom också ansvariga för (Glavå och Petrusson, 2000, s. 109f). Det är därför viktigt, hellre förr än senare, att vi accepterar rättskonstruktionernas ”riktiga” karaktär. Rättskonstruktioner är inget annat än individuella och mer eller mindre kollektiva tankeskapelser – ”*illusioner*” – utan någon självständig existens (Baaz 2002 och 2008; Glavå och Petrusson, 2000, s. 110).

En avgörande förklaring till att ”rättsideologin” (det vill säga idén om en enhetlig rättstillämpning som varit grundläggand under hela 1900-talet) fortfarande dominerar är att personer verksamma inom det juridiska fältet byggt sin profession på föreställningen, *illusionen*, om att rätten är en autonom enhet; och, för kunna beteckna sig som jurist måste man besitta förmågan att fastställa vad som är gällande rätt. Kan man inte detta är man följaktligen inte jurist. Rättsliga fenomen är värdebaserade, och har i förlängningen syftat till att genomföra det socialdemokratiska och välfärdsstatliga projektet. Idag är emellertid rätten en del av det ”postmoderna” samhället och den måste därför förändras för att kunna fylla sin samhälleliga funktion.

Att göra just detta, *frigöra sig från föreställningen om den gällande rätten*, är ett, skriver Glavå och Petrusson (2000), *ändamålsenligt steg i evolutionen av den samhälleliga och mänskliga*

ordningen. Att bidra till att så sker är att betrakta som en viktig långsiktig målsättning för olika social rörelser, inriktade på olika typer av förändringsarbete. *Det är först när rätten är genuint ändamålsenlig som den kan bidra till ett gott samhälle.*

Nödvändigheten till trots förefaller det dock ytterligt svårt att ”upphäva” idén om att det existerar en gällande rätt. En implikation av denna tröghet är att på kort sikt är olika sociala rörelser bundna av att verka i den rådande miljön och agera med utgångspunkt från den gällande föreställningsvärlden – att det existerar ett sådant fenomen som gällande rätt. *Ty även om idén om en gällande rätt är orealistisk så är den existerande.*

De sociala rörelserna behöver, mot denna bakgrund, således identifiera realistiska strategier för att uppnå sina politiska målsättningar och använda juridiken som ett skarpt verktyg i strävan efter att uppnå det ”goda samhället”. Progressiva sociala rörelser behöver utveckla en, med hänsyn till rådande uppfattningar om förekomsten av en gällande rätt, ”legalstrategi”. Denna kan användas på kort och mellanlång sikt. På lång sikt däremot kan insikten om den gällande rätten som en *illusion* också användas *emancipatoriskt* och betydligt mer långtgående; mer om detta senare, först mer om begreppet legalstrategi.

Legalstrategi

Med begreppet ”legalstrategi” avses olika sociala rörelsers, påtryckningsgruppers och organisationers användning av domstolar och andra rättsliga beslutsorgan i arbetet för att främja eller uppnå sina (politiska) målsättningar (Mathiesen 1991, s. 99). Är det lämpligt för exempelvis fredsrörelser och anti-globaliseringsrörelser, miljö- eller kvinnoorganisationer eller andra progressiva sociala rörelser att använda sig av domstolar, ombudsmän, eller mer generellt, att använda sig av jurister för att uppnå det man vill? Följande avsnitt handlar om denna mer generella problemställning.

Det är uppenbart att stora företag inom näringslivet i mycket hög grad använder jurister och rättsliga medel för att uppnå sina allmänna mål. Är detta något som olika sociala rörelser kan och bör ta efter? I litteraturen går det att identifiera i princip två uppfattningar om legalstrategi. Å ena sidan finns ett perspektiv som kan benämnas *rättsoptimism*. Företrädare för denna uppfattning hävdar att det normalt sett är mycket ändamålsenligt för sociala rörelser att anföra besvär inom förvaltning och till ombudsmän samt att gå till domstolar, både på nationell och på europeisk nivå. Den grundläggande uppfattningen är att de juridiska instanserna lyssnar på de klagomål som förs fram. Å andra finns det en uppfattning som kan benämnas *marxistisk jurisprudens*.

Grundtanken inom denna uppfattning är att det går att utveckla en speciell marxistisk, eller radikal, lagtolkning vilken skulle kunna användas av radikala jurister i olika rörelser. Den marxistiska lagtolkningen är tänkt att använda som ett alternativ till den traditionella (borgerliga) rättsdogmatiken. Detta perspektiv har framför allt kommit att förknippas med den finske juristen och rättssociologen Lars D. Eriksson (se exv. Eriksson 1979 och 2003).

Det faktum att en domstol eller annan juridisk instans lyssnar på vad man har att säga betyder dock ingalunda att saken utfaller till ens favör. Detta kan bero på flera saker, bland annat vad som skulle kunna kallas ett *juridiskt-moraliskt felslut*. Med detta förstås tendensen att se moral och juridik som samma sak och därigenom dra slutsatsen att om man har moraliskt rätt så kommer man också att få juridiskt rätt. Dock behöver inte moral och rätt vara samma sak i realiteten. Det är fullt möjligt att få fel juridiskt även om man har moraliskt rätt även utifrån mycket gemensamma moralnormer. Detta är ibland mycket svårt för lekmän att förstå. Ett annat problem är vad som kan kallas för *samhällsavskiljande*. Med detta förstås tendensen att avskilja de drag i samhället som i verkligheten griper in i de olika rättsliga instansernas arbete och som är med om att bestämma utfallet. Man måste också räkna med att det förekommer olika typer av lojalitetsband mellan olika instanser som har betydelse för utfallet. Ett ytterligare problem är vad vi kan kalla *förlustnedvärdering*. Detta innebär helt enkelt att betydelsen av en eventuell förlust i domstol nedvärderas. Politiskt kan en juridisk förlust innebära att frågan inte längre går att driva. Detta eftersom den i viss mening redan är avgjord. Generellt har samhällsmedlemmarna hög tilltro till de rättsliga instanserna. Har en domstol avgjort en fråga, tenderar vi tro att avgörandet är sant. *Detta sammantaget innebär att det inte med nödvändighet är självklart att rörelser skall driva sina politiska mål i juridiska forum. Det får avgöras från fall till fall.*

Företrädare för en marxistisk jurisprudens argumenterar, utifrån en analys av samhällets ekonomiska utveckling, att det idag går att urskilja två olika juridiska argumentationsmodeller: dels en *subsumtionslogisk modell*, dels en *målrationell modell*. Den förra är typisk för rättsstaten; man utgår ifrån en viss norm och försöker via vissa tolkningsregler ge normen ett exakt innehåll. I princip styrs tolkningen av kravet på *förutsägbarhet*. Denna modell används fortfarande, men under senare tid har den målrationella modellen kommit att bli dominerande. I denna modell kommer *beslutens sociala innehåll* i förgrunden. Det yttersta syftet är inte förutsägbarhet utan ett samhälleligt balanserat och bra resultat. *Detta innebär att juridiken har förändrats från att vara sysselsatt med*

exakta normer, som leder till förutsägbarhet, till att också, och sannolikt mest, vara sysselsatt med de mål som skall nås och medlen för att nå dem. Senare tids rättsutveckling karakteriseras av så kallade intervenerande normer. Det är just på denna punkt som den marxistiska lagtolkningen kommer in i bilden som ett strategiskt verktyg för olika sociala rörelser. Konkret innebär detta att de olika vackra ändamålsbestämmelserna inom olika lagar tas på allvar och systematiskt användas i det praktiska rättsanvändandet. Genom detta kan man påverka de enskilda rättsliga besluten i önskvärd riktning. Dessutom kan man påverka den innehållet i de generella standarder som ligger till grund för besluten (Eriksson 1979). *Om en marxistisk, till skillnad från borgerlig, ansats anammas, menar Eriksson med flera, att juridiken blir ett för sociala rörelser nyttigt verktyg.*

Problemet med den marxistiska jurisprudensen är kort, såvitt jag kan förstå, att det inte finns något marxistiskt i den. Det föreligger nämligen, enligt mitt förmenande, ingen som helst praktisk skillnad mellan en marxistisk och en förnuftig liberal jurist. *Man kan vara progressiv och radikal utan att vara marxist.* Dessutom så sätter det juridiska systemet gränser för radikaliteten. Rättsordningen accepterar inte vilka argument som helst. Om denna gräns överskrids framstår juristen som oseriös; som *en juridisk clown.* En sådan clown, vinner inga mål. Rättssystemet fungerar disciplinerande gentemot de praktiserande juristerna. Till yttermera visso erfordras en systemlojalitet av systemets aktörer. *Juristerna har ett systemansvar.* Om man som jurist inte lever upp till detta, riskerar det juridiska systemet att undermineras. Alternativet till en ”säker” och förutsägbar miljö är dessvärre oftast anarki och kaos. Av detta följer att rörelser kanske trots allt tjänar mest på att hålla fast vid de traditionella rättsstatsnormerna som betonar rättsäkerheten och minskar det godtyckliga i genomförandet av olika offentliga beslut. *Generellt sett gäller nämligen att svaga grupper gynnas av en väl fungerande rättsordning.*

Mot denna bakgrund kan konstateras att (progressiva och medvetna) jurister har något substantiellt att tillföra de sociala rörelserna i deras arbete. *Juridiken är viktig för rörelserna och deras måluppfyllelse.* För det första, jurister kan driva konkreta saker inför besvärsinstanser av olika slag. Dock bör vi komma ihåg att en rättslig förlust kan fungera mycket negativt för en sakfråga. För det andra, domstolar och andra rättsliga instanser kan fungera som en arena där politiska budskap kan sändas ut till offentligheten. En rättslig förlust kan, paradoxalt nog, också bli en politisk vinst. För det tredje, juristen kan med de kunskaper han eller hon besitter i juridiska frågor, samla och systematisera information kring vissa frågor som i sin systematiserade form kan kommuniceras till offentligheten eller delar av den och få politisk betydelse. För det fjärde, juristen kan

arbeta integrerat i olika rörelser. Som en sådan medarbetare kan han eller hon använda sig av generella och specifika kunskaper om rättsregler, rättsliga institutioner med mera och föra in dessa kunskaper i arbetet när de blir viktiga för sakfrågans utveckling.

En stor risk med att använda juridiken som motstånd är att *sakfrågan blir rättsliggjord*. Detta innebär att den ursprungliga konflikten, som kan vara av politisk eller moralisk art antar en ny karaktär, nämligen en juridisk karaktär. Endast en begränsad del av alla omständigheter kring en sakfråga är juridiskt relevanta. I och med detta finns en risk att man förlorar kontakten med den ursprungliga sakfrågan och det som den gällde. Problemet i fråga begränsas till det som är juridiskt relevant. Konflikten eller sakfrågan ikläddes en särskild modell för konflikttänkande och -lösning. Problemet med denna klädedräkt (alternativt kodning eller programmering) är att den ibland är väldigt enkel, för att inte säga, för förenklad (eller med andra ord, simplistisk). Den bortser från ett flertal faktorer som kan anses vara relevanta, dock inte juridiskt relevanta. Det förhåller sig också på det viset at klädedräkten trots sin enkelhet i vissa avseenden också genuint komplicerad (exempelvis vad gäller kvalifikation för uppfyllande av rekvisit och språkbruk). Därmed är den stundtals obegriplig för icke-jurister.

Trots detta kan det lyckas för sociala rörelser att använda det juridiska systemet. Men det är ett högt spel, ibland ett alldeles för högt spel. Detta kan illustreras med den så kallade *Alta-konflikten*, vilken utspelades i Norge i slutet av 1970-talet. Sakfrågan handlade om Alta-Kautokeinovassdraget skulle byggas ut eller inte. Den norska staten var för en utbyggnad. Andra var emot. Sommaren 1979 anordnade motståndarna till utbyggnaden ett läger i Alta och genomförde en vägockupation. På hösten vidtog en hungerstrejk av en grupp samer vilka upprättat ett tältläger framför Stortinget i Oslo. Detta framtvingade ett uppehåll i anläggningsbygget samt ett löfte från regeringen om en ny behandling i Stortinget. En sådan ägde rum 1980 men resulterade inte i några förändringar (Haagensen och Midttun, 1984 s. 29).

I början av 1981 kulminerade protesterna. När det av ockupationen tidigare stoppade vägbygget åter sattes igång upprättade demonstranterna ånyo upp ett läger för att förhindra att så skedde. Den norska staten ställde bland annat upp 600 poliser och 30 hundar för att skingra demonstranterna; en maktdemonstration utan motstycke i Norge sedan 1920-talet. Lägret upplöstes och demonstranterna skingrades. Dock fortsatte återkommande demonstrationer och andra aktioner under hela 1981. Men trots en stark opinion och stora uppoffringar från civilpersoner – cirka 1 000 personer blev bötfällda på mellan 2 000 och 25 000 norska kronor – förlorade den så kallade Folkeaksjonen sin

strid (Dalland 1994). Parallellt med protesterna på plats stämde Naturvernsforbundet det norska Olje- och energidepartementet (OED) (ansvarig myndighet för utbygganden vid Alta) för fel vid handläggningen av koncessionsärendet. Stämningen gick så småningom hela vägen upp till Høyestereten (norska motsvarigheten till Högsta Domstolen), som inte ansåg att OED gjort något fel (Haagensen och Midttun, 1984 s. 29). Aktivisterna hade då inget mer att komma med och Folkeaksjonen upplöstes i maj 1982. I och med detta var Alta-frågan död. Detta då de norska medborgarna normalt sett har en hög tilltro till det juridiska systemet. Säger Høyestereten att en utbyggnad är laglig, antas den vara det. Sett i efterhand kan man konstatera att motståndarna mot utbyggnaden borde ha lämnat det juridiska spåret långt innan det hamnade i den Høyestereten. Å andra sidan vann aktivisterna tid, processen tog lång tid. Denna tidsvinst – om än en icke-planerad bieffekt – var viktig för motståndsarbetet. Denna seger var dock en pyrrusseger. Alta-frågan dog definitivt efter Høyestereten dom.

(BYT EXEMPEL. ANVÄND EXEMPLET AMERIKANSKA ANARKISTER). Björn Gillberg (mikrobiologisk genetiker och jurist) och hans stiftelse Miljöcentrum har däremot varit mycket framgångsrika då det gäller att använda juridiken som medel för att uppnå (miljö-)politiska målsättningar. Utöver att ha bidragit till debatten om myndigheters ofelbarhetssyndrom i allmänhet och debatten om atomkraft och energifrågor, skogsdöd, dioxiner, bekämpningsmedel, kvävegödsling, amning och barnmat, tillsatser i olika livsmedel, luftföroreningar, bly i livsmedel och luft i synnerhet, har Gillberg och Miljöcentrum själv och tillsammans med bland annat advokaten Staffan Michelsson och hans byrå företrätt drivit flera miljöprocesser. Gillberg och Miljöcentrum har vunnit ett sjuttiotal skadeståndsmål för olika miljöoffers räkning. Målen har bidragit till att skapa prejudikat, debatt och förändringar i svensk miljölagstiftning (se www.miljocentrum.se).

Ett av de mest uppmärksammade målen som drivits i Gillbergs regi var den så kallade *BT Kemiskandalen*. År 1964 förlade Företaget BT Kemi (som ägdes av det danska företaget Kemisk Værk) sin tillverkning av bland annat råämnen till växtgifter, främst fenoxisyror till skånska Teckomatorp. När fabriken anlades fanns ingen miljöskyddslagstiftning i Sverige och inga särskilda tillstånd söktes. Det dröjde bara kort tid efter att fabriken startat innan dess grannar började klaga på lukten. En namninsamling ägde rum och 600 underskrifter lämnades till den kommunala Hälsovårdsnämnden som dock inte vidtog några åtgärder då företaget uppgivit att man planerade att förbättra sina reningsprocesser. En annan protest kom från flera

trädgårdsmästare som använde vattnet i den närliggande Braån för bevattning. Enligt trädgårdsmästarna visade deras odlingar tecken på skador från bekämpningsmedel. Efter undersökning av Statens växtskyddsanstalt konstaterades att vattnet var giftigt. I juli 1967 tvingades BT Kemi betala ut sammanlagt 75 000 kronor i skadestånd till fem trädgårdsmästare i Teckomatorpstrakten för de skador de åsamkat på vattnet i Braån. En av dessa trädgårdsmästare, Carl Johan Ahl, bestämde sig emellertid så småningom för att fortsätta processa mot miljöförstöraren.

I oktober 1971 började BT Kemi att gräva ned hundratals 200-litersfat med filtermassor som, skulle det visa sig senare, innehöll fenoxisyror. Ett par år senare, närmare bestämt 1975, bildades en lokal miljögrupp för att protestera mot de besvär, allergier och lukt, man upplevde fabriken gav upphov till. Miljögruppen anmälde också misstanke till kommunens hälsovårdsnämnd om att det fanns tunnor med farligt innehåll nedgrävda på området. På hösten 1975 tvingades BT Kemi gräva upp sina tunnor, som mycket riktigt visade sig innehålla farliga halter av fenoxisyror. Åtal för vårdslöshet med gift väcktes mot representanter för BT Kemi enligt 13:9 BrB (1962:700).

Ovan nämnde Ahl kontaktade Björn Gillberg och Miljöcentrum, som genom provtagningar upptäckte fenoxisyror i jorden i Ahls växthus och i bevattningssystemet. Ahl stämde BT Kemi. År 1977 tilldöms Ahl av Landskrona tingsrätt ett skadestånd på 530 000 kr. Målet överklagades till hovrätten och i februari 1979 precis innan målet togs upp i hovrätten förlikades Ahl och BT Kemis danska ägare Kemisk Værk. Ahl erhöll 1,25 miljoner kronor i skadestånd. Innan hela rättegångsprocessen började hade Ahl och Miljöcentrum förmått det Kemisk Værk att garantera alla eventuella skadestånd. BT Kemi försattes i konkurs men tack vare avtalet med det danska moderbolaget kunde Ahl erhålla sitt skadestånd, trots att BT Kemi inte hade medel att betala. Domen blev en första milstolpe i Miljöcentrums mångåriga "miljöprocessande", ofta i samarbete med Michelsons advokatbyrå.

Under sommaren 1977 pågick också den ovan nämnda *brottmålsprocessen* mot två företrädare för BT Kemi. Landskrona tingsrätt friade de båda åtalade, åklagaren kunde nämligen inte påvisa vare sig att ett allmänfarligt brott hade begåtts, att tunnorna orsakat några omfattande utsläpp, att någon direkt hade skadats eller att uppsåt att skada förelegat. Trots denna dom får den civilprocessrättsliga delen av målet betecknas som en stor framgång, BT Kemi försattes som nämnts i konkurs, den farliga verksamheten upphörde och den 22 februari 1979 sprängdes BT Kemis fabriksbyggnad.

Slutsatsen av det ovan sagda är att *juridiken kan och bör användas av olika sociala för motstånd och därigenom social förändring, men den måste användas med stor omsorg*. Det är också viktigt att inse när så skall ske, samt när det är tid att sluta och inte driva saker in absurdum. Juridiken är en ändlig väg, den slutar om inte förr så definitivt i Högsta Domstolen. Märker man att man inte kan vinna ett mål bör man överväga att sluta innan man nått vägs ände. Avgörande för frågan huruvida de sociala rörelserna bör använda juridiken för att uppnå sina politiska målsättningar och social förändring är i praktiken beroende av: 1) vilken den politiska målsättningen är, 2) sakfrågans art, och 3) vilket rättsligt organ som avses användas. Slutligen, det kan, som antytts ovan, vara en poäng i att använda sig av juridiska medel även om man på förhand vet att ett mål kommer att förloras. Opinion kan väckas och denna i sin tur kan fälla *en moralisk dom* vars konsekvenser kan vara långtgående även om en juridisk rätt inte kan påvisas. Denna strategi är emellertid mycket vansklig, inte minst på grund av att resultatet är svårförutsägbart.

Social och juridisk förändring: Den rättstatliga välfärdsmodellen

Som noterats av bland annat Eriksson (1979) är *juridiken stadd i ständig förändring*. Över tid har som vi vet juridiken utvecklats från att syssla med exakta normer, karakteriserade av sin förutsägbarhet, till att syssla med de mål som skall uppnås och vilka medel som skall användas för att nå dem. *Rättsstaten* har utvecklats i riktning mot *välfärdstaten*. Den så kallade *subsumtionslogiken* har kompletterats med en *målrationell logik*.

Reglerna i rättsstaten är uppbyggda som ”äkta rättssatser”, de består med andra ord av ett rättsfakta- och ett rättsföljdsled. Handlingsreglerna har karaktären av pliktnormer eller förhållningsregler. Den rättsliga metoden för beslutsfattande består av en logisk operation; tillämpandet av en *syllogism* (om X så Y). Reglerna är normrationella, det vill säga de utgår från att det finns ett bakomliggande värde som skall operationaliseras genom den rättsliga tolkningen. Fördelarna med denna typ av regler är flera. Rätten utgör ett auktoritativt sätt att uttrycka samhällets politiska prioriteringar på. Rätten kan således ses som *standardiserade politiska lösningar på frekventa konflikter och problem i samhället*. Rättsreglerna skall hanteras så uniformt som möjligt. Tanken är att utestänga påverkan genom ovidkommande hänsyn. *Lika skall behandlas lika*. Idealt sett syftar rätten till att skydda den svage mot exploatering. *Rätten skapar ordning och undviker social upplösning (under förutsättning att normerna framstår som legitima i samhället)* (jfr Baaz 2006b). Styrkan med denna modell är emellertid också dess svaghet. Denna juridiska metod lider i sin

extremform, vilket antytts ovan, av rigiditet och okänslighet mot olika mänskliga hänsyn i beslutsprocessen. Metoden uppfattas som otillgänglig och kan resultatmässig lätt bli stötande för vanliga människor. Till yttermera visso är metoden genom sin rigiditet olämplig då det gäller att hantera (snabba) förändringar i omvärlden. *Rättsstatens rätt är mer ett skydd mot övergrepp än ett medel för makt åt individer*. Dessa samlade egenskaper hos rätten i rättsstaten gör att det uppkommit ett behov av andra rättsliga lösningar. Dessa rättsliga lösningar brukar hänföras till *välfärdsstaten*.

Rätten i välfärdsstaten karakteriseras av att individernas rättigheter förmedlas indirekt till dessa genom myndigheter. Rätten är *responsiv*. Den karakteriseras av två typer av normer. Å ena sida *avvägningsnormer*, där beslutsprocessen har korporativa drag, och, å andra sidan *mål-medelnormer*, där beslutsprocessen är dominerad av professionella bedömningar. I det förra fallet får lagstiftningen karaktären av förmynderi. Olika rättigheter ges till myndigheterna som skall bevaka dem för individen mot olika intressen. I det senare fallet saknas pliktnormer helt och är istället ersatta med målangivelser kombinerade med anvisade medel för att uppfylla målen.

Fördelarna med den responsiva rätten är att den på ett bättre sätt än rättsstatens regler förmår att integrera olika samhälleliga delsystem i varandra. Rätten fungerar som en koordinator mellan olika delar av samhällskroppen. Priset för detta är emellertid en minskad rättssäkerhet. Flexibiliteten i rätten innebär ökad diskretionär *makt* för myndigheterna. Myndigheterna ges rätten att själva bestämma verksamhetens innehåll, rättsreglerna sträcker sig inte ner till individerna. I ett system likt detta – exempelvis den socialdemokratiska välfärdsstaten så som den utvecklats efter andra världskriget – är det viktigt att ändamålsbestämmelserna tas på allvar och används i den rättsliga argumentationen. Detta kan göras av en förnuftig jurist.

Idag finns det olika lager av rättstraditioner och styrningsmodeller som påverkar den samhälleliga administrationen. De fungerar sida vid sida och kompletterar varandra. Fördelen är att rättsstaten lägger rättigheterna på de enskilda medborgarna, vilka till följd av detta kan engageras i hävdandet av de egna rättigheterna. Nackdelen med rättsstatens regler är att de förutsätter lika möjligheter hos medborgarna att tillgodogöra sig och hävda sina rättigheter. Detta är sällan eller aldrig fallet i realiteten. För att kunna tillgodogöra sig sina rättigheter krävs ofta en jurist. Faktum är att i flera fall räcker inte ens att man har en jurist, man måste dessutom ha en utomordentligt skicklig jurist; den bästa på marknaden! *Problemet med välfärdsstatens rättsliga styrningsmodeller är att de förutsätter en i förhållande till medborgarna välvilligt inställd och engagerad byråkrati*. För att så faktiskt skulle

vara fallet finns inga som helst garantier. Dessvärre finns det ett flertal exempel på att det motsatta förhållandet råder.

Ett sätt att försöka överbrygga de problem som finns i dessa olika modeller är att kombinera de båda; att integrera dem. Om så sker kan rättigheter förmedlas parallellt till medborgarna och myndigheterna. En dylik kombination av rättsmodeller återfinnes i exempelvis den svenska socialtjänstlagstiftningen (SFS 2001:453). En nackdel med denna kombinationsmodell, den *rättsstatliga välfärdsmodellen*, är att den rättsliga prövningen får karaktären av en säkerhetsventil. Endast de individer som klagar kan få rätt, övriga får det inte. Detta är givetvis ett (demokrati-)problem.

Det postmoderna samhället och den reflexiva rätten

I den internationella rättsteoretiska debatten har det på senare tid vuxit fram en diskussion om en ny rättsform som i sig innehåller en potential till förändring av välfärdsstaten i riktning mot en mer genuin behovstillfredsställelse. Denna rättsform brukar omnämnas *reflexiv* rätt och rimmar med det postmoderna samhället, mot vilket vi är på väg (eller kanske redan befinner oss i). Idealt sett är den reflexiva rätten en fråga om att med rättens hjälp försöka att garantera att individerna och rörelserna kan vara med och skapa sina egna rättigheter i en *öppen kommunikativ process* vilken är så fri från *maktanspråk* och förtryck som är möjligt. Det yttersta idealet är vad den tyske sociologen Jürgen Habermas kallar för den reella herredömsfria diskursen. Det som eftersträvas är en *kommunikativ rationalitet* (se Habermas 1997).

Begreppet *reflexiv rätt* har dock myntats av den tyske rättsteoretikern Günther Teubner (1983 och 1984). Hans reflexiva rätt har kommit att beskrivas som en proceduralisering av rätten. Strävan är att via konstituerandet av ett självreglerande system åstadkomma successiva anpassningar i rätten i takt med att externa krav ställs på förändringar i samhället – och därmed rättsordningen. Rättssystemet skall vara *autopolitiskt* (se Luhmann 1982). *Rätten skall i möjligaste mån replikera det system som reglerna riktar sig mot*. Tanken är att rätten skall kunna handskas med sina externaliteter genom interna relationsförändringar. Istället för att intervenera och göra anspråk på styrning utifrån förväntas rätten i sitt reflexiva stadium återspegla de inblandade intressena på ett sådant sätt att *självreglering* blir möjlig. Den reflexiva rätten är således en behovsmodell där den politiska och rättsliga styrningen sker genom policy men utan institutioner. *Den materiella rätten blir onödig*. Rättsstatens pliktnormer blir otänkbara och välfärdsstatens avvägnings- och mål-medelnormer endast onödiga störningsmoment. En *diskursiv etik* ersätter en rättvisa förmedlad av statliga myndigheter och domstolar. *Den enda funktion*

rätten får är att vara med och skapa arenor inom vilka den reflexiva rätten kan härbärgeras. Detta sker främst genom *konstituerande regler*; förutsättningar för den kommunikativa rationaliteten skapas. Systemet påminner mycket om hur marknadsekonomin regleras genom civilrättslig reglering. Mycket av lagstiftningen på detta område är sekundär och dispositiv. Den reflexiva rätten bygger på tanken att konflikter löses efter diskussioner. Det enda som framtvingas är den reala herredömesfria diskursen. Förutsättningar för att uppnå så kallade *vinna-vinnalösningar* skapas. I detta påminner den reflexiva rätten om ADR, främst den så kallade ”problemlösarverkstaden”. Skillnaden är att den inom ramen för den reflexiva rätten är institutionaliserad och därmed kan dess främsta svaghet, implementeringsproblematiken, hanteras. *Den responsiva rätten är reaktiv, den reflexiva rätten är proaktiv*. Den förutsätter förekomsten av konflikter redan från början. De olika intressen som berörs av olika beslutsprocesser förutses och integreras från början. Tack vare detta kan den faktor som till största delen ligger bakom behovet och produktionen av regler, nämligen externaliteter, undvikas. *Externaliteter omvandlas till internaliteter*.

Ser vi till den idag existerande rätten kan konstateras att samhället har en lång väg att vandra innan man nått den reflexiva rättens mål. Det går dock redan nu att konstatera att en reflexiv rättsordning torde tjäna olika sociala rörelsers politiska målsättningar bättre än vad den nuvarande rättsstatliga välfärdsmodellen gör. *Således torde förverkligandet av en sådan rättsordning var ett långsiktigt politiskt mål för alla sociala rörelser*. Detta inte minst på grund av det faktum att rörelserna är med och bygger det ”goda samhället” från början som en integrerad aktör, snarare än reagerar mot befintliga defekter reaktivt och externt. De sociala rörelserna är så att säga med i diskussionen från början som en fullvärdig part. Den reflexiva rätten förutsätter att ingendera parten bestämmer över den andra. Parterna måste komma överens. Det är det som är själva poängen. *Tvister slits utan stöd av i förväg uppgjorda regler*. Parterna måste diskutera sig fram till en lösning, en lösning som båda parter kan acceptera. Den reflexiva rätten kan ses som ett möjligt svar på problemet med systemets dominans över människorna och deras sociala rörelser. Den reflexiva rätten innehåller en potential att skänka demokratin ett nytt innehåll genom att skapa utrymme för direktdemokratiska lösningar inom ramen för ett övrigt representativt demokratiskt system. Detta torde ligga i om inte alla, så i de allra flesta sociala rörelsers intresse (se exv. Hydén 1987, s. 11).

Avslutning

Som rättsteoretisk skapelse är den reflexiva rätten väl ägnad att reproducera det postmoderna samhällets utvecklingskrav. Modellens största nackdel är att den

(åtminstone än så länge) endast är en *rättsteoretisk fiktion*, vars reella livskraft vi inte vet något om. Således måste de sociala rörelserna än så länge förlita sig till den juridiska modell som finns idag, den *rättsstatliga välfärdsmodellen*. Man måste lära sig förstå systemet och dess funktion och tillägna sig adekvata strategier. Aktivister inom rörelserna måste också vara medvetna om att den lämpligaste vägen att gå för att realisera en politisk målsättning inte med nödvändighet är att rättsliggöra den. Samtidigt måste det finnas en medvetenhet om att i vissa fall kan just ett rättsliggörande vara den bästa vägen till måluppfyllelse. Vad som är avgörande är vilken politisk målsättning det handlar om, vilken rörelse det är som driver sakfrågan, vilken sakfråga det gäller och därigenom vilken rättslig instans som kan bli aktuell. Utöver detta krävs en god känsla för timing. Om en social rörelse väljer att rättsliggöra en sakfråga måste det ske med sunt förnuft. Om så sker kan juridiken vara ett viktigt verktyg i de sociala rörelsernas politiska måluppfyllelse. Motståndet har då (åter)erövrat juridiken från Makten och erhållit ett skarpt verktyg för såväl motstånd mot makten som för social förändring, mot realiserandet av det goda samhället.

Bäst lämpade att tillämpa/(re-)konstruera juridiken är jurister. Således kan jurister fylla en viktig funktion i de sociala rörelsernas politiska arbete. Så skulle även fallet vara i en reflexiv rättsordning. Vilket är den rättsordning som troligen skulle tjäna de sociala rörelsernas intresse bäst. Att långsiktigt arbeta för en realiserandet av en sådan rättsordning torde således vara de sociala rörelsernas viktigaste målsättning. Detta måste ske utan förnekelse av dagens faktiskt existerande realiteter. *Detta är ett viktigt första steg i förverkligandet av det "goda samhället"*.

Rätten måste diskursivt dekonstrueras/Motståndet måste ta tillbaka juridiken från makten/Koppla tillbaka till empirin.

Litteratur

Abrahamsson, Hans (2003): *Det gyllene tillfället: Teori och strategi för global rättvisa*. Göteborg.

Baaz, Mikael (2002): *A Meta-theoretical Foundation for the Study of International Relations in a Global Era: A Social Constructivist Approach*. Göteborg.

Baaz, Mikael (2006a): "Statssuveränitet och humanitär intervention: (O)förenliga principer i dagens globaliserade värld". Göteborg

Baaz, Mikael (2006b): *The World Order and the Changing View on Violence as a Legal/Legitimate Means in International Relations*. Skrift nr 19. Göteborg.

Baaz, Mikael (2008): "Aktörer, strukturer och institutioner", i Patrik Hall och Ylva Stubbergaard (red.): *Makt och Demokrati*. Lund.

Barrett, Jerome T. och Joseph Barrett (2004): *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social and Cultural Movement*. Chichester.

Dalland, Øystein (1994): *Altakrønike*. Karasjok.

Eriksson, Lars D. (1979): "Utkast till en marxistisk jurisprudens", *Retfærd*, nr 11.

Eriksson, Lars D. (2203): En legalstrategi för 2000-talet, *Retfærd*, nr 100.

Fiadjoe, Albert (2004): *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*. London.

Glavå, Mats och Ulf Petrusson (2000): "Illusionen om rätten. Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionen", i Bjarte Askeland och Jan Fridthof (red.): *Erkjennelse och Engasjement. Minneseminar for David Doublet (1954-2000)*. Bergen.

Habermas, Jürgen (1997): *Diskurs, rätt och demokrati: Politisk-filosofiska texter*. Göteborg.

Haagensen, Kjell och Atle Midttun (1984): *Kraftutbyggning, konflikt og aksjoner*. Oslo.

Hydén, Håkan (1987): *Rättsregler*. Lund.

Hydén, Håkan (1998): *Rättssociologi som rättsvetenskap*. Lund.

Hydén, Håkan (1999): *Rättsociologi som emancipatorisk vetenskap*. Lund.

Kvart, Johan och Bengt Olsson (1999): *Tvistlösning genom skiljeförfarande: En presentation av den nya lagen om skiljeförfarande*. Stockholm: Nordstedts Juridik.

Lehrberg, Bert (2001): *Praktisk juridisk metod*. Uppsala.

Lundquist, Lennart (1993): *Det vetenskapliga studiet av politik*. Lund.

Luhmann, Niklas (1982): *The Differentiation of Society*. New York.

Mathiesen (1991): *Rätten i samhället*. Göteborg.

Meek, Susan B. (2006): *Alternative Dipute Resolution*. Tuscon.

Peczenik, Aleksander (1995): *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm.

Simmonds, Nigel E. (1988): *Juridiska principfrågor: Rättvisa, gällande rätt och rättigheter*. Stockholm.

Teubner, Günther (1983): ”Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, *Law and Society Review*, vol. 17, nr. 2.

Teubner, Günther (1984): ”Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg”, *Law and Society Review*, vol. 18, nr 2.

Vinseløv, Vibeke (2007): *Mediation: A Non-Model*. Köpenhamn.

Wijk, Erik (2002): *Göteborgskravallerna och processerna*. Stockholm.