

Håkan Gustafsson, **Dissens. Om det rättsliga vetandet**, Göteborgs universitet, 2011, 174 s.

- Är det inte Fingal Olsson som sitter där borta?
- Nä, Fingal Olsson är ju död.
- Det är han inte, han rör ju på sig.

*Hasse & Tage*

## 1.

Någon gång har jag lekt med tanken på en antologi i ämnet *dödsrätt*. Den skulle kunna heta ”Dödsrätt” – det är tungt, det är gotiskt, det är metal, och det är, kan jag tycka, lite roligt. En sådan antologi kunde innehålla en lekfull sammanställning bidrag behandlande några av alla de ställen i den rättsliga matrisen på vilka döden manifesterar sig som begrepp, från de uppenbara – det juridiska dödsbegreppet (utifrån lag [1987:269] om kriterier för bestämmande av människans död), rätten till liv, mord, dödsstraff, dödshjälp, aborträtt – till kanske mindre uppenbara – anhörigersättningens gränser i skadeståndsrätten, testamentstolkning (de döda talar), likvidation av juridiska personer, dödande av förkommen handling. Döden som rättsfaktum, som rättsföljd och som rättslig metafor. Hur gör vi när vi blåser liv i lagens döda bokstav? (För det gör vi. Dagligen.) Kan en lag dö? (Kan avtalslagen dö? Man har önskat livet ur den.<sup>1</sup>) Med dessa exempel kommer avgränsningen möjligen att förefalla något godtycklig; språkligt anspe- las i vart och ett av dem på döden, men därutöver? I flera fall är det väl närmast fråga om ordvitseri... Men det är allvar i leken.<sup>2</sup> Döden är grundläggande. Änd- ligheten är inte bara konstitutiv för vår tillvaro utan också och därigenom för vår förståelse av Varat överhuvud. Och temat utmanar, för döden är det vi inte talar om, inte ser och som inte finns. Döden är det Andra, i radikal bemärkelse. Kunde det då inte tänkas att man genom att kasta ljus över de sätt på vilka dödens tematik behandlas rättsligt skulle kunna lära sig någonting inte bara om

<sup>1</sup> Så t.ex. C. Ramberg, Avtal om abort – Pactum turpe?, Flodgren–Gorton–Lindell–Frantz–P. Samuelsson (red.), Avtalslagen 90 år. Aktuell nordisk rättspraxis s. 307 ff. Stockholm 2005 s. 314 f.: ”Avtalslagen ser frisk ut, men den är virrig, på gränsen till obegriplig. Avtalslagen kännetecknas av ofullkomligheter som endast starka mediciner (avancerade fiktioner) kan råda bot på. [...] Därför bör vi medverka till att avtalslagen får dö i frid utan alltför långdragna plågor för omvärlden [...]” Döden var ju, kan man påminna sig, överlag en viktig metafor i nittonhund- ratalets moderna/modernistiska avtalsrättsliga debatt; det mest kända exemplet måste vara Grant Gilmores ”The Death of Contract” (1974).

<sup>2</sup> Allvar. Och inte bara i markeringen mot den frejdiga naivitet som, under den realistiska ideolo- gins herravälde, tillåtit oss att tro att de rättsliga fenomenen kan behandlas *efter sin egentliga beskaffenhet*, dvs. med bortseende från de namn vi givit dem.

detta, utan också någonting om rätten i positiv mening, om den positiva rätten? Det var tanken.

Vi borde prata om döden.

## 2.

Håkan Gustafssons bok ”Dissens. Om det rättsliga vetandet” handlar om döden. Läsaren kan åtminstone få det intrycket. Framsidan pryds av en gam, och texten liknas vid en gam i förordets första stycke, ett stycke som också får inleda baksidestexten. Texten är en gam – *som* en gam, ”som cirklar runt ett kadaver”. Någonting är ruttet i rätten. Dött. Det handlar dock inte om döden som rättsligt fenomen. Nej, det är rättens *egen* död som är temat.

Handlar ”Dissens” verkligen om döden? Om rättens död?<sup>3</sup> Jo, det låter sig sägas, men påståendet måste tas på rätt sätt. (Okvalificerat betyder det just ingenting.) Tränger läsaren genom pärmarna, in mot texten, finner hon strax ytterligare ett meningsbärande lager, eller skal. Texten omges av citat från medlemmar av Rote Armee Fraktion (RAF). Två stycken – det inledande från Ulrike Meinhof och det avslutande från Gudrun Ensslin.

Meinhof och Ensslin. Döda (i kampen), dödsbringare, anhängare av en våldsam ideologi. Kvinnor.<sup>4</sup> Och det handlar om döden på vänsterns sätt. Om den omstörtande döden, och om dödandet som emancipatorisk handling.

Meinhofcitaten lyder:

”Den som en gång av fri vilja lät sig spärras in, blir aldrig mera fri.”

Så. Det är en slutgiltig handling, att fritt avsäga sig sin frihet? Det kan vara hur det vill med den saken. (Revolutionsromantik... *Svårt* att ta på allvar, här och nu.) Men Gustafsson är mer optimistisk – och länken mellan frihet och död är inte heller densamma i hans text som hos Meinhof. När han i framställningens själva mitt återknyter till Meinhofs formulering och till död temat är budskapet i viss mening omvänt:

<sup>3</sup> När jag här och i det följande talar om rättens död är det både exakt och inexact. Gustafsson tar sikte på vissa centrala begrepp och konstruktioner (ibland används det lundstedtska uttrycket ”rättskonstruktionerna”) som tillsammans bildar en i viss mening förtryckande struktur. Vad det är som skall anses dött – egentligen rätten *som vi känner den*, snarare än rätten som sådan – hänger alltså samman med Gustafssons positiva budskap (om den befriade rätten). Mer om allt detta i det följande.

<sup>4</sup> Inte en slump. Gustafssons projekt är analogt med det genusteoretiska. Också Gustafsson vill ”medvetandegöra”, och visa på ”dolda maktstrukturer”. Också Gustafsson vill befrielse. Genom handling. Jfr Gustafsson, *Cyklopens öga*. En betraktelse av rättsvetenskapens könsblindhet, *Retfærd* nr 113, 29. årgång (2006) s. 3 ff.

”I frigörelsen från en frivillig inspärning måste vissa begrepp, föreställningar och konstruktioner helt enkelt dö. Och kanske är ett palliativt rättsvårdande av rättskonstruktionerna inte alltid av godo, ty livsuppehållande åtgärder uppskjuter i vissa fall bara det ofrånkomliga. Måhända består den mer humana åtgärden i en aktiv eutanasi som tar del i avslutandet av begreppens gradvisa förfall.”<sup>5</sup>

Här handlar det inte om att försvara sin frihet, utan om att vinna den. Och vi dödar för att bli fria. Meinhof tycks mig vilja säga att ofriheten är ett omöjligt alternativ; hellre dö, hellre döda. Sätillvida kan döden hos henne vara ofrånkomlig. Ofrånkomlig är den också hos Gustafsson, men där är det rättens död som inte kan undvikas, och det kan följaktligen inte heller vår frigörelse. Vi *är* fria. Snart. Det tjänar ingenting till att kämpa emot. Vi borde hellre hjälpa till.

Gustafsson förespråkar dödshjälp. Meinhof mord. Och de förenas, vad det verkar, i sin (döds)aktivism.

### 3.

Ulrike Meinhofs handlande var konkret. Den som blivit sprängd till döds är död. Men vilket handlande manar Håkan Gustafsson till – faktiskt och konkret? Och i vilket avseende kan den abstrakta storheten ”rätten” *dö*?

När jag först fick Gustafssons bok i händerna arbetade jag på en egen text om döden.<sup>6</sup> Jag hade tänkt inleda med det citat från Knäppupp-revyn ”Funny Boy” som inleder denna artikel. Och själva utgångspunkten för min text var händelsevis just det ställe hos Nietzsche som Gustafsson använder sig av på sidan 106 i ”Dissens”, nämligen detta:

”Straffet har till syfte att förbättra *den som straffar* – det är den sista tillflykten för dem som försvarar straffet.”<sup>7</sup>

Den *sista* tillflykten, och vi förstår att straffet i förlängningen är omöjligt att försvara...

När Nietzsche, undantagstänkaren, här kritiserar straffet, gör han det i sitt försök att fastställa alla tings vikt på nytt, dvs. inom ramen för den av ”Guds död” påkallade omvärderingen av de begrepp och värderingar som gjort det västerländska, av kristenhet präglade, livet begripligt: fri vilja, orsak och verkan, skuld, straff, m.m.

<sup>5</sup> Gustafsson, Dissens s. 86. Gustafsson talar, liksom C. Ramberg i n. 1 ovan, om dödshjälp, snarare än om t.ex. mord. Det är retoriskt effektivt. En god handling, en barmhärtig handling, och därtill en handling man vidtar när effekten i vilket fall är nära förestående. Genom att använda metaforen söker man etablera effekten som ett oundvikligt faktum.

<sup>6</sup> Så där är det hela tiden, också för rättsvetare. Problem och temata *gör sig gällande*. Det går som signaler i etern, och ofta visar det sig att flera författare plockat upp dem, samtidigt och oberoende av varandra.

<sup>7</sup> Nietzsche, Den glada vetenskapen (”la gaya scienza”), Stockholm-Stehag 2008, aforism nr 219.

Guds död,<sup>8</sup> som Nietzsche kallade ”[d]en största händelsen i nyare tid”,<sup>9</sup> denna händelse, som skulle föra med sig de mest oerhörda konsekvenser för Europa,<sup>10</sup> men som för tänkaren, enligt Nietzsche, också innebar ett historiskt *tillfälle*. Nu (alltså då – Nietzsche introducerar Guds död som tema i ”Den glada vetenskapen”, som kom i sin förstaupplaga 1882) kunde den tänkare som hade karaktär nog slutligen förverkliga det ideal som styrts filosofin sedan äldsta tid och faktiskt *bli sig själv* – bortom de annars allmängiltiga föreställningarna om tillvarons mål och mening.<sup>11</sup>

Nietzsches kritik av straffet hör alltså till ett emancipatoriskt tänkande, som syftar till att befria den tänkande individen från de av kollektivet omfattade vanföreställningarna ... och enkelt, alltför enkelt, låter han sig tolkas som en modernitetens härold, som *vår* föregångare.<sup>12</sup>

Finner t.ex. inte vi, svenska jurister, bekräftelse i Nietzsches kritik av straffet? För vi tar väl numera för självklart att straffet är ett ont, om än möjligen ett nödvändigt sådant. Gör det inte typiskt sett mer skada än nytta i det enskilda fallet? Och är inte den omtalade preventionen mer legitimering än realitet?

Här kan man som nutida svensk jurist känna sig lite stolt, och trygg i sin egen uppfattning. Vi moderna, sekulära och upplysta. *Vi* kan under alla omständigheter inte skyllas för att *tro* på sådant som skuld och straff. De traditionella juridiska begrepp som korresponderar mot grundelementen i den kristna världsbilden – bland dem culpa, uppsåt, kausalitet och partsvilja – kommer vi visserligen (ännu?) inte ifrån,<sup>13</sup> men vi har frigjort oss från deras ursprungliga, metafysiskt belastade, innebörder och betraktar dem närmast som samlingsbegrepp, markerande specifika kluster av rättsligt relevanta argument, varav merparten på ett eller annat sätt bärs upp av en instrumentell rationalitet. Det handlar om avvägningar, om riskfördelning, om ändamål, om effekter och funktioner. Vi tillåter inte rätten att vara ett slutet rum, utan låter, när så krävs, dess *verkningar* vara avgörande. Under alla omständigheter tål vi inte enhetliga tolkningar och teorier. Vi skyr det överdrivet enkla. Och följaktligen blir vår hållning till våra egna grundbegrepp – till traditionen – skeptisk ... sunt skeptisk. Troende är vi inte.<sup>14</sup> Gud är död.

<sup>8</sup> Som utropas i a.a. aforism nr 125, den antagligen mest kända passagen i boken (och i Nietzsches hela författarskap?).

<sup>9</sup> A.a. aforism nr 343.

<sup>10</sup> För oss som lever efter kriget (och efter Sovjet) verkar Nietzsches profeterande i denna del (se a.st.) kusligt precist.

<sup>11</sup> Se a.st. in fine samt här till t.ex. a.a. aforismerna nr 2, 99, 270 och 374.

<sup>12</sup> Nietzsche varnar oss för detta: ”Allt som är av mitt eget slag, i natur och historia, talar till mig, berömmar mig, driver mig framåt, tröstar mig – det andra hör jag inte eller glömmer det genast. Vi är alltid bara i vårt eget sällskap.”; a.a. aforism nr 166; se även nr 196 och 242.

<sup>13</sup> Även om vi i *teorin* har kommit nära att stryka t.ex. viljan ur den avtalsrättsliga ekvationen (Grönfors & co.).

<sup>14</sup> Och så finns det fog för att påstå att den moderna juristen kännetecknas av sitt *förakt* för den juridiska materian – vilket ju blir en sorts självförakt.

Ta det ovanstående som *en skiss* – av den svenska juridikens självbild. Som dissident kan Håkan Gustafsson inte utan vidare betraktas som ett offer för den samma. Men när han åberopar den ovan citerade passagen hos Nietzsche gör han det som ett led i sina ansträngningar att visa, att det rättsliga tänkandets tvångsmässiga sökande efter sitt eget ursprung – den grund som ytterst förlämnar den samma giltighet, à la Kelsens *Grundnorm* – är utsiktslöst. Det handlar, som hos Nietzsche, alltså inte specifikt om huruvida straffet kan legitimeras, utan, ytterst, om huruvida det alls finns någonting i hjärtat av den struktur som ordnar (det rättsliga) tänkandet.<sup>15</sup> Och tesen – om Guds död, om rättens död – är att så inte är fallet. Där är tomt.<sup>16</sup> (Tesen är nihilistisk.<sup>17</sup>)

#### 4.

Så långt råder konformitet, och i viss mening identitet, mellan Guds död (Nietzsche) och rättens död (Gustafsson). Men dessa händelser utspelar sig inte samtidigt och innebörderna måste skiljas åt. Skillnaden är kanske denna: När Nietzsche förkunnar Guds död är det vansinne,<sup>18</sup> när Gustafsson förkunnar rättens död är det praktiskt taget sunt förnuft. Enligt vad Gustafsson uppger i förordet vill han själv tro att det mesta han skriver om i ”Dissens” för de flesta är väl bekant – ”bara självklarheter”.<sup>19</sup> Och boken skall vara skriven i *förundran* över ”rättsvetandets envisa beständighet”...

”[...] ty *trots* att det råder i det närmaste full samstämmighet om att sådana begrepp (och företeelser) som ’rättskällelära’, ’gällande rätt’, ’deskriptivitet’, ’rättsvetenskap’, ’rättssäkerhet’ med någon entydighet inte går att definiera; *trots* att de flesta är övertygade om att t.ex. ’gällande rätt’ (vad man nu menar med detta) inte ’finns’ (vad man nu menar med också detta) och *trots* att till och med en hårdnackad rättspositivist som Hans Kelsen kunde konstatera att ”mångtydigheten hos termen ’rättskälla’ gör att detta uttryck framstår som tämligen oanvändbart” [...], så fortsätter rättsvetenskapen sin verksamhet som om ingenting hänt. Detta borde egentligen vara lika förvånande som om den moderna fysiken skulle ha fortsatt begagna begreppet ’eter’, medicinen använt sig av ’humoralpatologin’, astronomin utgått från ’geocentrismen’ och utvecklingsläran förlitat sig på ’kreationismen’. Men trots alla invändningar, som Galileo sade, så ’eppur si muove’...”<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Gustafsson värjer sig mot det rättsliga tänkandets ”monocentrism” (och mot det ”centriska tänkandet” överhuvudtaget – vilket vill säga att den polycentriska tesen inte är radikal nog) (se särskilt Gustafsson, *Dissens* s. 94 ff.) och i denna del är kontinuiteten med avhandlingen (*Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Lund 2002.) som tydligast.

<sup>16</sup> Gustafsson, *Dissens* s. 111, talar om ”*rättens yttersta grundlöshet*”.

<sup>17</sup> Inte heller Gustafsson lämnar oss ensamma i mörkret. Som hos Nietzsche är nihilismen en utmaning som skall mötas.

<sup>18</sup> Alldeles uttryckligen. Vansinne förkunnat av en vansinnig, i Diogenes gestalt; se Nietzsche, a.a. aforism nr 125.

<sup>19</sup> S 8. Gustafsson tillägger: ”om än med en viss egen grundton”.

<sup>20</sup> A.st.

Ja, ändock rör den sig. (Är det inte Gud som sitter där borta?) Rätten framhärdar. Trots att en formlig hjord av rättsteoretiker i över ett århundrade satt dess existens ifråga. (Vad kan vara mera självklart, mer sant, än att det inte finns någon gällande rätt, etc.?) Rätten framhärdar. Och vad gör vi, som teoretiker, av vår förundran över att det förhåller sig så? Löper med? Säger sanningen? En gång till? Själv föredrar jag det nietzscheanska vansinnet.<sup>21</sup> Och det kan hända att dess tid är inne. Bryter det inte fram, ut, runt omkring oss? Ta detta med straffet. Plötsligt kan det återigen försvaras.<sup>22</sup> Bevisligen. Ett exempel: I ett föredrag som nyligen återgivits i SvJT,<sup>23</sup> ger filosofen Per Bauhn uttryck för ”en rättviseorienterad syn på brott och straff”: han distanserar sig från nyttotänkandet (utilitarismen) och från den positivistiska och rättsrealistiska kritiken av naturrätten, han vill rehabilitera skuldbegreppet och han tolkar rättvisan som en relation mellan offer och förövare (gör den till en rättighetsfråga).<sup>24</sup> Och positionen är inte helt olik den som Mårten Schultz landar i när han utsträcker sin analys av det rättsliga bandet mellan skadevällare och skadelidande till straffrättens område.<sup>25</sup>

Det har alltså åter blivit möjligt att påstå att straffandet är en rättvisefråga, att den skyldige *förtjänar* sitt straff. Det som är uppseendeväckande med detta är inte argumentet som sådant,<sup>26</sup> utan viljan att återföra straffet – och att därigenom med en rörelse samtidigt förklara och rättfärdiga det – på *en* princip; alltså att skala bort komplexiteten, upphäva det tvivel som det moderna/postmoderna (rätts-)tänkandet ansatts av, vända fragmentiseringsprocessen och stå stadigt, trots att det (i teorin) inte borde finnas någon mark under fötterna.<sup>27</sup> Det är otidsenligt.<sup>28</sup> Det är vansinne ... från invand rättsvetenskaplig synvinkel sett. Och det är väl, i så fall, utmärkt (ett friskhetstecken).

Gud är, inte heller i juridiken, fullt så död som vi har trott. Visst är han död, men det är han, samtidigt, inte. Liket lever. De gamla strukturerna får nytt liv i

<sup>21</sup> Som tänkare måste man övervinna sig själv, våga vilja sin egen undergång (Zarathustra).

<sup>22</sup> Och jag lägger inga värderingar i det.

<sup>23</sup> SvJT 2012 s. 319 ff.

<sup>24</sup> Bauhns mest närliggande utgångspunkt är filosofen Alan Gewirth, men detta tänkande har en historia som via Kant löper hela vägen tillbaka till Aristoteles.

<sup>25</sup> Aftonbladet 25 oktober 2010; Dagens Nyheter 13 april 2011.

<sup>26</sup> Den retributiva rättvisans argument har en given plats i den etablerade straffrättsvetenskapliga diskussionen kring straffandets grunder; se Friberg, Kränkningersättning. Skadestånd för kränkning genom brott, Uppsala 2010 s. 95 ff.

<sup>27</sup> Jfr Schultz, Kausalitet. Studier i skadeståndsrättslig argumentation, Stockholm 2007 s. 44: ”Jag tror till och med att en metod som inriktar sig på skillnaderna i stället för det enhetliga många gånger kan vara destruktiv för rättsvetenskapens roll att tillhandahålla förklaringar av rätten [...]” Jfr t.ex. H. Andersson, Anm. av Mårten Schultz, Kausalitet, SvJT 2007 s. 473; M. Carlsson, Arbetskada. Samspelet mellan skadestånd och andra ersättningsordningar s. 33; Friberg, a.a. s. 98 ff., särskilt s. 101, s. 835 eller för all del slutorden s. 916.

<sup>28</sup> Jfr Schultz, a.a. s. 42 ff., som framhåller sin egen otidsenlighet – och att göra det är ju *ett* sätt att betona sin särart som tänkare (Nietzsche använde det; kallade rentav en svit av sina skrifter för ”Otidsenliga betraktelser”).

händerna på svartkonstnärer som Bauhn och Schultz. Och de är inte ensamma.<sup>29</sup> Varför utnyttjar inte Gustafsson, i sin deskription, den spänning som här uppstått i fältet mellan liv och död? Varför insisterar han på att rätten är död? Kanske därför att detta är en fråga om politik. Bauhn och Schultz – som nu har fått figurera som exempel – kan med sina klassicistiska, individcenterade förklaringsmodeller händelsevis båda beskrivas som liberaler. De kommer, oundvikligen, från Gustafssons håll sett, att framstå som reduktionister, som företrädare för den ”jublande naiv[a]” humanism som är själva antitesen till Gustafssons egen människosyn.<sup>30</sup>

Jag återkommer till det.

## 5.

Skall man läsa Gustafssons bok? Vad är det för fråga?! Det avgör väl var och en? (Själv förväntar sig författaren inga läsare.<sup>31</sup>)

Men frågan är berättigad. Detta – förevarande text – är ju, på sätt och vis, en recension, införd i en av landets få allmänjuridiska tidskrifter. På en sådan kan man med visst fog ställa kravet, att den skall mynna ut i ett omdöme, som hjälper den läsande juristen att orientera sig i bokflödet. Och här gör sig juridikens instrumentalitet gällande. I tidskrifter som denna recenseras rättsliga texter, texter som angår läsarna därför att de hör till ett skrå vars medlemmar har till uppgift att fastställa, reproducera och förhålla sig till den gällande rättens Nu. Tex-

<sup>29</sup> Får jag, närsynt, ge några exempel (det finns fler) hämtade från forskning bedriven vid Uppsala-fakulteten? a) Jenny Söderlunds ”Konkursrätten – om konkursboet ses som en association i tvångslikvidation med borgenärerna som medlemmar” (2009), som ger uttryck för en kompromisslös koherenssträvan; b) Mikael Hanssons ”Kollektivavtalsrätten – en rättsvetenskaplig berättelse” (2010), en avhandling som, med ett narratologiskt grepp, återför kollektivavtalsrättens sanning på själva den vetenskap som gjort det till sin uppgift att spåra densamma; c) Johan Bouchts ”Polisiär våldsanvändning. En straff- och offentligrättslig undersökning” (2011), i vilket arbete en stramare – mer principiell, klassiskt rättsstatlig – hållning till frågan om polisiär våldsanvändning än den som hittills varit gängse rekommenderas; d) Annika Nilssons ”Enforcing Environmental Responsibilities. A Comparative Study of Environmental Administrative Law” (2011) erbjuder, i *förståelsens* namn, miljörätten – ett fält som länge präglats av en aggressiv rättsfientlighet – en öppning mot det rättsdogmatiska meningssammanhanget; e) Peter Strömgrens ”Tillbehör och accession” (2012) som tillhandahåller en rekonstruerad lära, grundad i en rationaliserande läsning, som tillvaratar det föreliggande rättskällematerialets meningspotential. Alla tar de ställning *för rätten*. Jfr Andreasson, Intellectuella resurser som kreditsäkerhet. En förmögenhetsrättslig undersökning, Göteborg 2010, s. 266 n. 595: ”Kommer vi att under de närmaste åren att få se en ny Uppsalaskola, den här gången av neobegreppsjurisprudensslag?”

<sup>30</sup> Se och jfr t.ex. Gustafsson, Dissens s. 126 n. 146 och s. 160 f. n. 191. Parallell: Det komiska i namnet ”Centrum för rättvisa”.

<sup>31</sup> Gustafsson, a.a. s. 9 f.

tens relevans bedöms följdligt instrumentellt, utifrån den gällande rättens horisont. Har man alltså – som jurist – anledning att läsa Gustafssons bok? Är den nyttig?

Här finns en förväntan. Gustafsson sviker den medvetet. Han är en *vetenskapande* jurist, som av princip inte kan låta sin tanke och sin framställning begränsas av den juridiska menighetens eventuella förväntningar – att svika dessa är, som det heter, hans förbannade skyldighet.<sup>32</sup> Konkret innebär detta bara, att läsaren av Gustafssons text i den inte kommer att finna någonting som lagts tillrätta för henne. Texten är hänsynslös, och det är medvetet. Det gäller språket (Vet du vad ett ”deleuzianskquattariskt rhizom” är för något?), men i än högre grad framställningssättet.

Boken är skriven i fem avdelningar/kapitel, i vilka det övergripande temat – som ju redan i bokens undertitel anges vara ”det rättsliga vetandet” – belyses ur fem olika vinklar; enligt författaren själv gäller det *makt, gränser, språket, ursprung* och *rättssubjektet*. Det finns ingen egentlig inledning – bortsett från ett kort, men belysande, förord – eller någonstans en förklaring av hur framställningen hänger samman, om den gör det (någonting som Gustafsson lämnar öppet när han i förordet skriver: ”Framställningen kan säkerligen ge intryck av att vara inkoherent och inkonsekvent [...]”).<sup>33</sup> Det finns inga sammanfattningar, inga underrubriker, inget sakregister. Och noterna, som är långa – trots att de inte är överdrivet många (192 stycken på 150 textsidor) tar de i regel upp merparten av trycksidan; ofta finns bara utrymme för ett par rader brödtext –, svarar inte alltid mot brödtexten, utan kan bestå av små essäer på angränsande teman och har ”emellanåt [...] brutits upp av typografiska skäl”.<sup>34</sup> Texten närmar sig på detta vis så kallad ”hypertext”, vilket vill säga att läsoplevelsen påminner om nätsurfande. Det finns ingen given väg från A till Ö. Läsaren får umgås med texten bäst och som hon vill. Resultatet är, kanske, en smula svårtillgängligt, och Gustafsson förklarar sig också vara medveten om ”att texten kan framstå

<sup>32</sup> Vetenskapligheten infinner sig, som kvalitet, just i det ögonblick nyttoargumentet förlorar sin lyftkraft – när detta faller platt. Jfr Fish, *Save the World on Your Own Time*, Oxford 2008 s. 154: ”How [...] do you justify the [academic] enterprise? [Y]ou can’t, in part because the demand for justification never comes from the inside. The person who asks you to justify what you do is not saying, ‘tell me why *you* value the activity,’ but ‘convince me that *I* should,’ and if you respond in the spirit of that request, you will have exchanged your values for those of your inquisitor. It may seem paradoxical to say so, but any justification of the academy is always a denigration of it. The only honest thing to do when someone from the outside asks, ‘what use is this venture anyway?’ is to answer ‘none whatsoever,’ if by ‘use’ is meant (as it always will be) of use to those with no investment in the obsessions internal to the profession.” Poängen att tänkandet inte *kan* instrumentaliseras om det skall vara vetenskapligt, svarar med andra ord mot en praktisk-moralisk princip: Akademikern bör inte låtas som om det var möjligt.

<sup>33</sup> Eller ”lämnar öppet”: snarare antyds väl att intrycket av inkoherens och inkonsekvens är skenbart.

<sup>34</sup> Gustafsson, a.a. s. 9.



som i det närmaste oläslig” samt uppmanar läsaren att ”vara beredd på att kämpa med sin egen läsning”.<sup>35</sup>

Varför gör han på detta viset? Varför upprättas detta avstånd till läsaren? Det brukar ju sägas att man skall skriva rakt och enkelt (på tal om jublande naivitet). Det dunkelt sagda, osv...

Men det är (naturligtvis) inte fråga om krångel för sakens skull. Boken kunde, hävdar Gustafsson, heller ”inte ha skrivits på ett annat sätt”.<sup>36</sup> Det är i och för sig trivialt sant, eftersom följden skulle ha blivit *en annan bok*. Frågan är väl varför Gustafsson skrivit just denna, och inte någonting enklare. Men det kan nog vara så, att framställningens objekt – saken, vad det gäller – helt enkelt befinner sig *så pass långt borta*, det vill säga på ett avstånd från den etablerade juridiska diskursens centrum som svarar mot textens grad av (o)begriplighet, och att Gustafsson ville närma sig just detta objekt och inte någonting annat.

Vad menas? Gustafsson erbjuder *motvetande*. Han skriver om det rättsliga vetandet, men syftet är inte rent deskriptivt, utan, ytterst, destruktivt. Han skriver *mot* det rättsliga vetandet – för att göra rum för själva möjligheten att rätten skulle kunna vara (radikalt) annorlunda, bättre – och han gör det *som rättsvetare*. Gustafsson föresätter sig alltså och såtillvida att övervinna sig själv.<sup>37</sup> Han söker inte blott sitt eget vetandes gränser, utan antyder konturerna av ett alternativt vetande.<sup>38</sup> Som om det inte vore svårt nog att fånga det egna tänkandets strukturer i ord,<sup>39</sup> med vilka kategorier skall det *alternativa* tänkandet etableras?<sup>40</sup> Varifrån skall de hämtas?<sup>41</sup> Ofrånkomligen blir framställningen prövande.

<sup>35</sup> Se, för båda citaten, a.a. s. 10.

<sup>36</sup> A.st.

<sup>37</sup> Jfr ovan n. 21.

<sup>38</sup> Det rör sig alltså inte om kritik i kantiansk mening; undersökningen är inte blott transcendent, utan transcendent. Annorlunda uttryck: Gustafsson *vill* någonting med sin text. Han vill förändring (Marx, snarare än Kant).

<sup>39</sup> Det skulle, strängt taget, mycket väl kunna vara omöjligt; den möjligheten umgicks i alla fall Wittgenstein med. Mot slutet av sitt liv skriver han: ”Kommer jag inte allt närmare till att säga, att logiken till slut inte låter sig beskrivas?”; Wittgenstein, *Om visshet*, Stockholm 1992 § 501. Jfr Gustafsson, a.a. s. 57 f.

<sup>40</sup> Ex: Gustafsson undviker, när han beskriver sin egen position, den ideologiskt belastade termen ”humanism”, är rentav ”antihumanist”, och föredrar uttrycket ”humanitet”, vilket på något sätt skall vara närmare (den mänskliga) existensen (se särskilt Gustafsson, a.a. s. 124 f. n. 144 och s. 126 i och vid n. 146). Realism, istället för den liberala idealismen. Autencitet – bortom strukturernas makt. Med ett ord: frihet. Men, vill jag säga, på vilket sätt skulle detta vara mer än en utopisk tankelek? Och det är en tankelek som för sin innebörd är beroende av en uppsättning redan etablerade kategorier för det teoretiska tänkandet.

<sup>41</sup> Jfr Gustafsson, a.a. s. 86 n. 97. Typiskt sett hämtas de nya kategorierna, i sammanhang som dessa, från *andra diskurser* – till exempel den samhällsvetenskapliga (jfr Gustafsson s. 29 i n. 24, om rättsteorins roll) – vilket vill säga att man söker underkasta sitt fält en främmande ordning. Och det är väl inget fel i det, så länge man inte får för sig att man genom en sådan manöver kommit närmare sakerna själva (jfr Gustafsson, a.a. s. 47 i och vid n. 43) och, så, vunnit i frihet. (Herakleitos, Fragment, Lund 1997, fragm. (45): ”Naturen älskar att dölja sig.”) Svaret på den fråga som Gustafsson ställer sig i n. 54, på s. 53, är: ”Nej.” Med Gustafsson egna ord: ”[D]et

Den utgör, enligt baksidestexten, ett ”försök till ett utkast till ett bidrag att ange grunddragen till en kritik av det rättsliga vetandet.”<sup>42</sup>

Texten är teoretisk (mer än så, den är svårt teoretisk). Redan det innebär, givet den rättsvetenskapliga kontexten, att den är skriven i periferin, på ett betydande avstånd från den förmodade meningsgemenskapens flertal.<sup>43</sup> ”Juridik är en praktisk vetenskap”, var det ju någon som sa,<sup>44</sup> men den som vill förstå Gustafsson får inte tolka det som ett imperativ.

Märk att det rör sig om en paradox. En ”praktisk vetenskap” är, i viss mening, ett otting. Vetenskapen är ett värv, alltså i sig en praktik, men den vetenskapliga praktiken är alltid teoretisk, i den meningen att den syftar till att avtäckas sanningen, att säga som det är (som det *verkligen* är). Vetenskapen kan inte sträva efter att vara praktisk – i bemärkelsen konkret och nyttig för *andra* än vetenskapsidkarna själva (till exempel för de ”praktiker” som befolkar ”juridiken”) – utan att kompromissa med denna givna utgångspunkt.

Lyckligtvis är juridiken rik nog, diversifierad nog, att rymma också akademiskt verksamma med vetenskaplig läggning. Man *måste* inte vara allmänt begriplig. Man *får* söka kunskap för kunskapens egen skull. Huruvida någon kommer att läsa de resulterande texterna är egentligen vid sidan av saken. Men det är klart, som teoretiker kan man inte låta bli att fascineras av, och kanske beklaga, den effektivitet med vilken det juridiska tänkandet i allmänhet avskärmar sig från reflektion, kritik och okända kunskapsfält. Generellt kan juridiken rentav sägas vara bestämd av den ”vilja till icke-vetande”, som Gustafsson, i en fin passage, finner vara utmärkande för vissa juridikstudenter (temat här är frivillig inspärning (jfr Meinhof) (kunskap är makt)):

”Ett sådant ’frivilligt’ tillägnande är tydligt märkbart hos studenter som aktivt försöker lära sig vad de *inte* behöver lära sig, alltså en medveten exorcism av det vetande och den kunskap som inte är

*finns ingenting utanför den rättsliga texten eller det rättsliga språket. Absolut ingenting.*”; a.a. s. 54.

<sup>42</sup> Jfr Gustafsson, a.a. s. 7 f.: ”I det följande framläggs schematiska och provisoriska sonderingar i det rättsliga vetandets och språkets förorter. [...] [D]etta arbete kan måhända bäst beskrivas som en introspektiv psykoanalytisk övning som undersöker förutsättningarna för det rättsliga vetandet samt vilka förutsättningarna är för att frigöra sig från det. Texten får betraktas i mångt och mycket som ett rekognoserande av denna specifika problematik varför den kännetecknas av ett visst ofrånkomligt förfrämmande av vissa välbekanta ord, begrepp och uttryck, där min strategi ibland har varit att finna genvägar till ett visst sökande.”

<sup>43</sup> Jfr Gustafsson, a.a. s. 8: ”Det kan tyckas högst besynnerligt att i ett område som rättsvetenskap tvingas medge att jag verkligen bemödat mig om att vara så litet konkret som möjligt.” Jfr även a.a. s. 27 f.

<sup>44</sup> Ja, Tore Almén. Och Roscoe Pound. Tillsammans med ett antal andra. Här befinner vi oss på nivån för givna disciplinerna sanningar. ”Law is a practical science.”, konstateras i von Bar-Clive-Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Munich 2009, Principles p. 1.*

direkt tentamensrelevant. Med andra ord sker ett energikrävande aktivt sökande efter *icke-vetande*, ett tragiskt fenomen som kan omformuleras som *viljan till icke-vetande*.<sup>45</sup>

Skall man läsa Gustafssons bok? Det är klart man skall det, om man är intresserad, till exempel av juridikens grundfrågor, eller av tillståndet i svensk rättsteori. Här har vi ett större arbete härrörande från ett av den svenska rättsvetenskapens mest spännande författarskap i dagsläget, ett intressant stilistiskt experiment tillika det mest ambitiösa och koncisa sentida försöket att formulera det radikala, realistiskt-materialistiska alternativet.

## 6.

Nu har mycket gjorts av bokens eventuellt bristande begriplighet. Men jag har inte sagt att den *är* svår – för det beror på vem som läser och på hur den läses. Och visst går den att läsa. Den behöver inte ens framstå som särdeles spretig eller inkoherent.

I förordet föreslår Gustafsson själv en uppsättning läsarter. Det handlar om hur man skall hantera den speciella relationen mellan noter och brödtext (i praktiken är det kanske ett mindre problem), men också om textens upprinnelse. Arbetet skall ha påbörjats som en artikel, betitlad ”Performativt ansvar”, och fröet till denna artikel, och till boken, kan enligt vad Gustafsson uttryckligen anger återfinnas på sidan 81 i den färdiga texten, nära dennas mittpunkt. Följer läsaren detta spår kan hon alltså genom en inverterad teleologisk tolkning (tillbaka till fröet) skapa sig en känsla för den tanke som, åtminstone i en mening, ligger bakom framställningen.

På nämnda sida finner läsaren två rader brödtext och en not, satt vid uttrycket ”performativt ansvar”, som i sin tur kursiverats för emfas. I noten, som alltså upptar merparten av sidan, och som fortsätter över på nästa sida, bestäms begreppet performativt ansvar närmare. Och vi förstår det så, att texten sprungit ur idén om performativt ansvar.

Vad menar Gustafsson med ”performativt ansvar”? Man svarar för sitt handlande – det ligger mer eller mindre i ansvarsbegreppet – så man skulle kunna undra vad bestämningen ”performativt” (som går tillbaka på J. L. Austin) egentligen åstadkommer.<sup>46</sup> Gustafsson tycks vilja säga: ”Här finns, verkligen, en per-

<sup>45</sup> Gustafsson, a.a. s. 27 n. 21.

<sup>46</sup> Austin använde, i utgångsläget, termen ”performative” som bestämning till ”sentence” eller ”utterance” och förklarade termen så: ”it indicates that the issuing of the utterance is the performing of an action – it is not normally thought of as just saying something.”; Austin, *How to do Things with Words*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford-New York 1975 s. 6 f. Här låter det ”performativa yttrandet” som någonting i stil med en formallogisk kategori. Austins analys mynnar emellertid ut i slutsatsen att *alla* yttranden är performativa (eller rättare sagt, att distinktionen inte utför något

formativ dimension, och alltså ett ansvar” – och för att det skall vara meningsfullt får det inte vara *givet* att så är fallet. Det handlande han siktar in sig på är det karakteristiskt juridiska: fastställandet av rättsläget (det handlande genom vilket det rättsliga vetandet reproduceras (den direkta länken till bokens titel)). Och tanken är enkel nog: Trots att vi, när vi uttalar oss om den gällande rättens innehåll, uttrycker oss i värdeneutrala termer – som om rättsläget *blott* kunde konstateras, som om slutsatsen följde av rättskällematerial, rättskällelära, legalitetsprincip, hänsyn till förutsebarheten etc. – så *handlar* vi (emfasen), varje gång, och svarar för vårt handlande.<sup>47</sup> Jag säger: ”Avtalet är ogiltigt.”, *som om* det vore ett faktum, men det är ett omdöme, och det är värderande. Följer gör, att den gällande rätten ständigt om- och tillskapas, eller, som Gustafsson uttrycker det: ”’gällande rätt’ är gällande rätt enbart *a posteriori*.”<sup>48</sup> Och: Hela den diskursiva ordning som det enskilda rättsliga omdömet förutsätter och hör till – alla begrepp, läror och principer, våra dikotomier och distinktioner: det rättsliga vetandet *in toto* – får genom omdömet sin bekräftelse. Vi svarar följaktligen för det rättsliga vetandets beskaffenhet. Och ansvaret är ”radikalt” och ”personligt”. Det åvilar oss som individer. Som Gustafsson ser det, kan vi inte förhålla oss passiva. Vi måste *göra* någonting. Bryta oss fria (temat frivillig inspärning).<sup>49</sup> Och det rättsliga vetandets kollaps, eller död, och omdaning blir den oundvikliga/redan inträffade/kommande följden.

Detta är inte hela boken, men en approximation av budskapet, konstruerad med utgångspunkt i det av författaren angivna ursprunget.

## 7.

Man kan också närma sig verket genom att ge akt på strukturen, som kan åskådliggöras till exempel på följande vis:

meningsfullt arbete; se Austin, a.a. s. 145 f.), vilket förskjuter uppmärksamheten, bort från satsen/yttrandet, mot handlingen, och undergräver själva möjligheten att formallogiskt kategorisera uttryck i det naturliga språket. T.o.m. deskriptionen är en handling: ”Once we realize that what we have to study is *not* the sentence but the issuing of an utterance in a speech-situation, there can hardly be any longer a possibility of not seeing that stating is performing an act.”; Austin, a.a. s. 139.

<sup>47</sup> Gustafsson, a.a. s. 65: ”Låt oss alltså nu (för alltid?) försöka lämna den infantila föreställningen att juridiken blott beskriver och (för alltid!) ställa oss den *väsentliga* frågan, vad det juridiska språket och vetandet *gör*.”

<sup>48</sup> Gustafsson, a.a. s. 73.

<sup>49</sup> Se J. Samuelsson, *Tolkningslärans gåta. En studie i avtalsrätt*, Uppsala 2011 s. 88 ff. för en annan väg ut ur problemet.

Titel: "Dissens. Om det rättsliga vetandet"

Illustration: En gam.

Citat av Ulrike Meinhof

Förord [kadavermetaforen, metatext]

Kap. I

Kapitelrubrik: "Niemandsland"

Tema: Makt<sup>50</sup>

Central referens: Foucault<sup>51</sup>

Budskap: Det rättsliga vetandet är en diskursiv maktordning (som effektivt utestänger det som ligger utanför gränserna (i ingenmansland)).

Kap. II

Kapitelrubrik: "Borderline"

Tema: Gränser

Centrala referenser: Ingen entydigt central referens

Budskap: Det rättsliga vetandet kan beskrivas som ett sammanhållet kretslopp av dikotomier (såsom fakta/värde, objektivitet/subjektivitet och förutsebarhet/rättsosäkerhet) som inrymmer ett centrum: suveränitetstanken (och så ger det rättsliga vetandet uttryck för ett särpräglad *enhetstänkande*).

Kap. III

Kapitelrubrik: "Cul-de-sac"

Tema: Språket

Centrala referenser: Austin, Butler, Derrida

Budskap: Det rättsliga vetandet reproduceras av rättsvetare och jurister i övrigt när de uttalar sig om rätten och de kan inte undgå ansvar för detta (de har ett *performativt ansvar*).

Kap. IV

Kapitelrubrik: "Anarké"

Tema: Ursprung

Centrala referenser: Luhmann, Derrida, Schmitt

Budskap: Det rättsliga vetandet saknar i realiteten enhet, centrum och ursprung, vilket vill säga att det skulle kunna vara annorlunda beskaffat (en förändring är möjlig; ingenting håller oss tillbaka).

Kap. V

Kapitelrubrik: "Persona non grata"

Tema: Rättssubjektet

Centrala referenser: Savigny, Kelsen, Althusser, Foucault

Budskap: I sin traderade form döljer begreppet rättssubjektivitet reell ojämlikhet under ett formellt jämlikhetsideal. Här skulle man kunna börja, och söka sig fram till en rättslig förståelse av subjektiviteten som inte verkar alienerande på de konkreta subjekten ("humanitet", istället för "humanism").

Citat av Gudrun Ensslin

Baksidestext [Gamen igen, bokens syfte]

<sup>50</sup> Temata efter vad Gustafsson själv uttryckligen angivit; se ovan s. 723.

<sup>51</sup> Nämnas i 13 av 25 noter, i vilka man hittar skrivningar som "utifrån Foucault" (n. 12), "Foucauldiansk" (n. 13) och "Foucaultinspirerad" (n. 14).

## 8.

Och vill vi betona enheten och koherensen, ur texten dra den röda tråden och presentera tankegången i ett sammanhållet resonemang, låter det sig också göras.<sup>52</sup>

”Det rättsliga vetandet ryms i en sammanhållen diskurs, med bestämda, om än inte absoluta, gränser. Dessa gränser är inte utan konsekvenser; de ger uttryck för makt – det rättsliga vetandet är en *diskursiv maktordning*. (Tänk på den kraft som ligger i frågan: Är detta rättsligt relevant?)

Vad är det för ordning, som på så sätt upprätthålls? Den är *monocentrisk* – det vill säga organiserad kring ett centrum, som fixerar den. Rätten är en och enhetlig, det är vad det rättsliga vetandet förutsätter, och denna förutsättning, eller föreställning, understöds av ett antal grundläggande dikotomier, begreppspår som i samverkan riktar det juridiska tänkandet inåt och avskärmar juristen från det som inte hör juridiken till.

Låt oss, för att exemplifiera, utgå från åtskillnaden mellan Varat och Börat. Överfört på rätten: distinktionen mellan det som i juridiskt hänseende är och det som möjligen bör vara, mellan det gällande och icke gällande, mellan rätt och politik, *lex lata* och *lex ferenda*. Vill juristen hålla sig till juridiken (vara jurist) får hon bemöda sig om att vara objektiv, och kan inte utan vidare ge utlopp för sin subjektivitet (redan i insocialiseringens första skeden får man lära sig av med ”fritt tyckande”). Objektivitet är, vidare, en förutsättning för rättssäkerhet (särskilt i formell mening) och ett värn mot rättsosäkerhet. Formell rättssäkerhet, i första hand förutsebarhet, förutsätter att rätten är koherent, snarare än inkoherent, osv. Strukturen slår på detta sätt en ring runt sitt förmodade centrum, som effektivt utestänger det rättsligt irrelevanta.

För sin giltighet är denna ordning beroende av *suveränitetstanken*. Det är denna som återfinns i strukturens mitt. Sanktionen, legitimiteten, måste kunna härledas, ha ett ursprung, och detta är, enligt suveränitetstanken, det lagstiftande ordet. I denna tanke möts stat, makt och rätt. Staten är en, makten är en och rätten är en, men de är inte alla *ett*, utan här förutsätts, i själva kärnan, att det politiska (staten), det sociala (makten) och det juridiska (rätten) kan hållas isär. Hur detta går ihop är inte uttalat och kan inte uttalas – det är i denna mening *mystiskt* (jfr den kristna treenigheten).

I beaktande av detta blir det kritiskt att ställa frågan, huruvida ett rättsligt *motvetande* är möjligt, det vill säga ett vetande som öppnar rättens horisont, som tillåter, istället för att utestänga, som är pluralistiskt, istället för monistiskt.

<sup>52</sup> Märk att bokens form, som så ofta är fallet, är kongruent med dess materia, alltså med budskapet. Och också budskapet vilar ytterst på ett val, som låter sig beskrivas som estetiskt. Det är en fråga om *hållning*; jfr Gustafsson, a.a. s. 161.

Först kan konstateras att vi, särskilt vi som ägnar oss åt rättsvetenskap, är *skyldiga* att ställa denna fråga. Vi kan i moraliskt hänseende inte förlita oss på den föreliggande diskursiva strukturen, ta den för given, blott och bart använda den, som om vi inte hade något val. Varje gång vi brukar det rättsliga språket, varje gång vi gör rätten till objekt och uttalar oss om dess innehåll, om vad som gäller, så handlar vi och för detta handlande svarar vi. Det är, till exempel, lärarens ansvar att studenten bara månader in i studierna inte längre har ögon för annat än det "rättsligt relevanta". Vi leder dem in i cirkeln (och de följer frivilligt).

Det rättsliga vetandets häxcirkel. Varför vänder vi oss inte om? Varför går vi inte bara? Ingenting håller oss kvar. Egentligen. För den enhetstanke som skulle hålla oss kvar är innehållslös. Det centrum mot vilket vi blickar är tomt. Och skulle vi på allvar söka efter ursprunget skulle vi aldrig påträffa det. Våra bojor är *postulerade*. Det rättsliga språket/det rättsliga vetandet är inte naturligt givet. Allting hade kunnat vara annorlunda.

Så vad bör göras? Det ligger i sakens natur att ett alternativt rättsligt vetande inte kan definieras exakt, att det inte kommer till oss fullbildat, färdigt att ersätta det hittillsvarande, utan att det snarare måste bli fråga om ett sökande och ett trevande. *Rättssubjektiviteten* är emellertid en rimlig startpunkt. För nu kan vi i tanken omfamna möjligheten av en juridik som gör den mänskliga existensen (det som ligger oss själva närmast, det som *är* vi) rättvisa, alltså en juridik som inte går maktens och överhetens ärenden, som inte kan användas för att dölja den för vårt samhälle utmärkande bristen på jämlikhet, som inte gör människorna främmande inför sig själva. En sådan, rekonstituerad, rättssubjektivitet förutsätter att relationen till de konkreta samhällseliga levnadsvillkoren medvetandegörs, och hålls i medvetande, för att förhindra att rätten stäms mot livet ... ett sådant rättsvetande skulle rentav kunna befrämja ett liv i *existentiell autenticitet*."

Detta är nu inte, naturligtvis och trots citationstecknen, *Gustafssons* berättelse. Det är en förklaring, och den är *min*. Ingen förklaring, oavsett vems, ersätter texten och ingen förklaring kan heller fullt ut göra texten rättvisa (men likafullt kan en förklaring vara rättvis). Varje förklaring måste vara en *våldshandling*. Och Gustafsson har ju för egen del högst medvetet valt att lämna läsaren utan karta. När jag här tillhandahåller kartor reducerar jag verket. Det är ofrånkomligt. Därför tål att understryka, att mycket av bokens värde, ja, det väsentliga (det som måste ha kostat något), ligger i det som varje abstraherande sammanfattning måste lämna därhän, nämligen det konkreta myller av spår, utredningar, omdömen och reaktioner genom vilket Gustafsson söker få sin berättelse – som *på avstånd* möjligen är mer än vagt bekant – att *bita*, alltså det som gör den till ett relevant rättsteoretiskt inlägg här och nu.

## 9.

Håkan Gustafsson, Dissens. Om det rättsliga vetandet (2011). Executive summary: Det är den där CLS-grejen, en gång till.

## 10.

There can be only one.

Efter dessa approximationer vill jag, avslutningsvis, erbjuda en samlad, men lika approximativ, *kritik*, alltså skäl att stå emot Gustafssons motberättelse. Men jag kan inte redovisa några i radikal mening *sakliga* skäl; det handlar uteslutande, och måste uteslutande handla, om varifrån, utifrån vilken horisont, texten betraktas.

Där jag står – tyngd av den tradition jag kallar min – finner jag inte framställningen övertygande. Och det beror inte på att jag saknar förmågan att tänka lika fritt och obehindrat som Gustafsson. Nej, Gustafsson är ofri, nedtyngd, även han; det är bara det att hans tradition föreskriver en traditionskritisk retorik (medan traditionen i till exempel min text vanligen figurerar som existensbeträktelse och såtillvida förstås positivt). Vi subscriberar på skilda rationaliteter.

De *namn* vi på var sitt håll åkallar kan tas som ytliga tecken, som visar på denna skillnad. Själv nämner jag och citerar gärna *Heidegger*. Det gör inte Gustafsson. Och skillnaden är signifikativ. Gustafsson anser, att det åligger den som tar upp Heidegger att uppmärksamma hans nazistiska förflutna.<sup>53</sup> Det anser inte jag.<sup>54</sup>

Det är någonting väsentligt som står på spel här. I sig är frågan om förhållandet mellan upphovsmannens personliga historia och verkets innebörd fascinerande, i ett hermeneutiskt-teoretiskt perspektiv.<sup>55</sup> Men det är mer än så ... någonting vetenskapsideologiskt grundläggande, någonting akut känsligt. Gustafsson var enligt egen uppgift själv en gång nära att bokstavligen hamna i slagsmål med en Heideggerinspirerad, finsk rättsfilosof just på grund av detta.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Anser, eller har ansett; se Gustafsson, Den finska rättsvetenskapliga skolan – en närsynt rättsfilosofisk personlig betraktelse, Martinson, Moberg, Svensson (red.), 57°53'10.25"N/11°34'40.57"O: Marstrandsseminariet 10 år 1998–2007, Göteborg 2008 s. 97 ff., s. 105.

<sup>54</sup> Se dock J. Samuelsson, Tolkningslärans gåta s. 134 n. 404.

<sup>55</sup> På en Picasso-utställning ute på Waldemarsudde blev jag en gång vittne till följande ordväxling två äldre damer emellan. Framför en större målning säger den ena, på ett ungefär: "Vilken fantastisk tavla!". Den andra: "Nej, han var ett svin!"

<sup>56</sup> Gustafsson, a.st.



Det handlar om politik, specifikt om det politiskas roll i det filosofiska tänkandet. Marx – en viktig gestalt i Gustafssons panteon (men inte i mitt) – ställde saken på sin spets med sin berömda elfte tes om Feuerbach:

”Filosoferna har bara på skilda sätt *tolkat* världen; vad det kommer an på, är att *förändra* den.”

I ett inslag för tysk TV, som finns tillgängligt på YouTube,<sup>57</sup> kommenterar Heidegger denna strof. Han framhåller där, att den motsättning – mellan *tolkning* (filosofi/teori) och *förändring* (handling/praktik) –, som Marx genom sin sats vill etablera, i viss mening saknar grund. Säger man nämligen, att man vill förändra världen, så tar man i det ofrånkomligen en viss tolkning av världen för given.

Det vill säga, att den som lämnat tolkandet därhän – slutat spekulera och rest sig ur sin länstol för att *agera* – ändå inte undkommer tolkningsfrågan (I detta fall: ”Hur skall världen förstås?”). Han, eller hon, bär sin tolkning med sig (ut i världen) och har helt enkelt slutat att fundera. Och man får hoppas, att han, eller hon, är säker på sin sak, särskilt om den är *stor* och det finns mycket att uträtta, kanske *dåd* att utföra.

I så måtto finns det verkligen en motsättning mellan tänkande och politik. Vill man sanningen, och ingenting annat, sätter man inte punkt för sitt tolkande, säger inte: ”Så här *är* det. Låt oss göra någonting åt det!”. Vill man mer, *måste* det gå ut över tolkningen.<sup>58</sup>

Är inte Gustafssons ”Dissens” ett belysande exempel? Gustafsson avfärdar rätten, dömer den, vill dess död, men gör och vill det *på avstånd*. Avståndet är en nödvändig förutsättning. Han dömer inte rätten efter dess egna regler, utan hämtar sin norm från det teoretiska fältet, mer specifikt från samhällsteori, sociologi, marxistisk teoribildning, genusteori m.m. – läror som har det gemensamt att de favoriserar Verkligheten till förfång för Skenet, alltså i vid mening *realistiska* läror, läror som låter Gustafsson underkänna rätten som falsk. Rätten är falsk. Bara ideologi. En överbyggnad. Etc.

Men på vad *vilar* denna övertygelse?<sup>59</sup> Vad är detta mer än itererande och variation av nedärvda teoretiska figurer (bas/överbyggnad etc.)? Varför skulle vi agera? Och så drastiskt?

I sitt resonemang tar Gustafsson vägen över den språkliga vändningen (den idéhistoriska händelse som i filosofin innebar slutet för den antimetafysiska väckelsen under nittonhundratalets första hälft) – särskilt sysselsätter han sig med Austin och här ligger också, som vi har sett, resonemangets kärna. Satsen är inte längre analysens givna objekt. Den logiska formen undslipper vetandet.

<sup>57</sup> <http://www.youtube.com/watch?v=jQsQOqa0UVc>.

<sup>58</sup> Detta är det politiska tänkandets tragedi; se härtill Thurschwell, *Specters and Scholars: Derrida and the Tragedy of Political Thought*, Goodrich–Hoffman–Rosenfeld–Vismann, *Derrida and Legal Philosophy*, New York 2008 s. 152 ff., särskilt s. 161.

<sup>59</sup> Jfr slutorden, Gustafsson, *Dissens* s. 161.

Distinktionen mellan Vara och Böra kan inte upprätthållas strikt. Språk är handling. Från *detta* sluter sig Gustafsson till att det rättsliga vetandet skulle vara någon form av vidskepelse, att det skulle vara någonting fel med att affirmera den gällande rättens existens, rättssystemets enhet, källornas inre konsistens m.m. Sådant blir hos Gustafsson missvisande deskriptiva utsagor, utan reell referens, som döljer det utsägende handlandets normativa egenskaper – alltså en form av metafysik. Men...

Austin lär, att den filosof som närmar sig språket i hopp om att kunna avlocka detta dess kod ("logiken") inte skall förlita sig på distinktionen mellan Vara och Böra. Denna är opålitlig som analytiskt verktyg. Härav följer inte, att någonting är fel med språket, att vi bör tala, skriva och tänka på ett annorlunda sätt – såvida det inte är fackfilosofi vi ägnar oss åt. Austin gör språket till rättesnöre (det gör även Wittgenstein – den språkliga vändningen: vi vänder oss till språket), och det är ett rättesnöre *för filosofer*. Med Austin (och Wittgenstein) ger filosofin upp ambitionen att förändra/förbättra språket.

Vem har påstått annat? Vad är detta för magisterfasoner?! Och det gäller ju inte Austin, utan Gustafsson – inte filosofin, utan rättsvetenskapen. (Nå.) Skulle man inte kunna påstå, som Gustafsson gör, att vi förvisso svarar för rättsvetandets beskaffenhet, att vi är ansvariga för varje reproducerande handling och att det juridiska språkets etablerade former tenderar att skyla över detta moraliska faktum? Jo, kanske, men problemet är, att detsamma kan sägas om *allt* vetande. Språk är handling, och med handlande följer ansvar, också när vi talar i teoretiska termer, alltså trots de deskriptiva anspråken. Läg Foucault till detta, den som vill. Makten talar i *varje* diskursiv struktur. Fysik, medicin, astronomi, juridik ... det gör ingen skillnad.<sup>60</sup> Så, ja, vi är ansvariga, och ja, det är en maktfråga. Men *det* innebär inte att någonting måste förändras, att någonting måste kullkastas, eller dödas, att vi måste upp på barriaderna eller – faktiskt – att vi måste göra någonting överhuvudtaget. Dessutom: *Om* vi skulle agera, i linje med det radikala alternativets rekommendationer, skulle vi endast ha ersatt en struktur med en annan.<sup>61</sup> Makten – den i diskursen inneboende – skulle vi inte komma undan.<sup>62</sup> Frågan är, i så fall, endast vilken makt, vems makt, men det är en *politisk* fråga, som vetenskapen är illa skickad att besvara.<sup>63</sup>

Det som skulle utmärka juridiken är dess förmenta falskhet. Alltså detta att det ju *egentligen* inte finns någon gällande rätt, något rättssystem, endast ett korrekt svar på varje juridisk fråga osv. Men det är detta "egentligen" som saknar substans. Det finns ingen grund för att i det juridiska språket läsa in ett anspråk

<sup>60</sup> Jfr ovan vid n. 20.

<sup>61</sup> Den revolutionära logiken kortsluts i revolutionsögonblicket.

<sup>62</sup> Det liv i existentiell autencitet som Gustafsson, a.st., strävar efter, är rent utopiskt – en tankekonstruktion.

<sup>63</sup> Mmm, återoppar distinktionen mellan vara/böra här. Att denna är *filosofiskt* ohållbar förtar som sagt inte orden deras mening (filosofin har inte sådan räckvidd). Och jag gör också anspråk på värdenneutralitet. Inga problem med det.

på sanning som är större än vad de juridiska argumentationsformerna som sådana medger (verifikationsmöjligheterna är uttömda i och med det juridiska språket).<sup>64</sup> Det är helt i sin ordning att tala om rätten i deskriptiva termer, så som vi gör och har gjort. Realismen, som vill förneka detta, är en teoretisk neuros utan legitima praktiska konsekvenser.<sup>65</sup>

## 11.

Och här vill jag ta efter Gustafssons manér, ta i litet, och utbrista någonting i stil med att det väl någon gång får vara slut med dumheter – och kanske fortsätta, nu väl över gränsen för vad Gustafsson själv tillåter sig: Ja, nästa gång någon fränkänner de rättsliga fenomenen existens, och tror sig ha förmedlat en djup insikt, åker vederbörande på en propp! (Känsloläget.) Den antimetafysiska kritiken av juridiken är överspelad. Realismen är (också i denna vida mening) död. D Ö D!!! (Och här kan man föreställa sig att jag hoppar upp och ned för emfas.)

Men så kan man ju inte bete sig – och jag skulle ha fel i sak. Den realistiska rättskritiken är, precis som rätten, högst livskraftig. I Håkan Gustafssons ”Dissens. Om det rättsliga vetandet” har den stöpts i en unik anarko-histomat-ytterligare något-form, med stora kvaliteter. Mig provocerar den oerhört, och jag rekommenderar den varmt.

*Joel Samuelsson*

<sup>64</sup> En *giltig* invändning mot påståenden av formen: ”Gällande rätt är X.”, kan t.ex. vara: ”Nej, för HD har i NJA 2001 s. 750 gjort tydligt, att...”.

<sup>65</sup> Nej, Derrida är inte – som Gustafsson, a.a. s. 112 i n. 130 och s. 116 i n. 135, hävdar – naiv när han vägrar lösa upp aporin mellan rätt och rättvisa ... men det är riktigt att Derridas ”Lagens kraft” är *kraftlös* ”som ett radikalt alternativ” (a.a. s. 112 i n. 131), vilket beror på att det radikala alternativet i teorin bara kan omfattas av någon som är beredd att förhäva sig mot sina existensvillkor (mot sitt eget språk). Det finns ingen väg ut ur ”metafysiken”. Och det är inte ett problem.