

# *Amerikanska och tyska traditioner inom sociologisk rättsvetenskap och kritisk rättsteori*

Christian Joerges

*Prof. Dr., Zentrum für europäische Rechtspolitik, Bremen*

Denna rapport kommer att skildra symposiets förlopp men också att redovisa erfarenheter som gjorts vid planeringen och vid bemötandet av diverse svårigheter. Vi kommer därför först att gå in på förberedelserna (I), därefter att skildra symposiets innehåll och utformning (II), för att slutligen göra några reflektioner över utvärderingen av sammankomsten, i avsikt att föra den tysk-amerikanska diskussionen vidare (III).

## **I. Förberedelserna**

En av planeringens utgångspunkter är att rättsvetenskapen just nu håller på att upptäcka sina tematas och metoders internationella karaktär. Men denna process är ännu inte avslutad och kan inte jämföras med internationaliseringens läge i de sociala och ekonomiska vetenskaperna. Detta hänger samman med att rättsvetenskapens föremål, dvs den positiva rätten, hänför sig till historiskt uppvuxna institutioner och i sin konkreta utformning reagerar på särdrag i de nutida nationella staterna, vartill kommer att även rättsvetenskapens metodförändringar och principdebatter hör till den "politiska kulturen" hos samhället i fråga, och att "jämförbara"

utvecklingsförlopp därför inte uppträder samtidigt utan företer en från land till land skiftande utvecklingshistoria.

Rättsvetenskapens nationella bundenhet resulterar i ännu mer triviala och – särskilt då det gäller förhållandet USA—Tyskland – ojämnt fördelade svårigheter till förståelse. I USA finns det visserligen intresse för den tyska utvecklingen vad gäller rättskomparation och rättshistoria och även för de genuint internationellt rättsliga ämnena. Men detta intresse är begränsat till vissa, relativt små specialistkretsar. Utanför dessa kretsar är intresset för utländska förhållanden i allmänhet ringa och blockerats dessutom vad gäller Tyskland av språkbarriären. Omvänt framstår den amerikanska rätten som ett högtintressant experimentfält för den tyska rättsvetenskapen. Denna asymmetri är inte betingad av "själva saken" men låter sig heller inte korrigeras på ett enkelt sätt genom gester av god vilja.

Under förberedelserna till symposiet har vi reagerat tematiskt och organisatoriskt på de nämnda svårigheterna:

#### *(1) Innehållslig förberedelse*

I det av mig i januari 1986 utsända orienterande papperet skisserades den sociologiska jurisprudentens och kritikens historia i de båda länderna samt de ömsesidiga påverkningarna i det förgångna. Vidare strukturerades symposiets frågeställningar och enskilda temakomplex förklarades.

För att underlätta för deltagarna att arbeta sig in i diskussionens läge i det andra landet sammanställdes och utsändes i början av 1986 en textbok för de tyska deltagarna med amerikanskt material (nyare bidrag av R. W. Gordon rörande rättshistorisk metod, D. M. Trubek om förhållandet mellan rättssociologi och rättskritik, R. Parker om amerikansk författningsteori, F. Olsen om feministisk rättsteori, J. Boyle om aktuella kritiska strömningar i amerikansk rättsteori) och en motsvarande textbok för de amerikanska deltagarna med till engelska översatta tyska bidrag (K.H. Ladeur om den postmoderna rättsteorins perspektiv, R. Wiethölter om rättens materialisering och proceduralisering, J. Habermas om motsatsen "rätten som medium" – "rätten som institution", K. Günther om den moderna rättens moraliska universalism, E. Denninger om författningsrättsliga nyckelbegrepp, H. Rottleuthner om den tyska rättssociologins början samt K. Plett om den tyska utbildningsdebatten). I Bremen höll dessutom Th. Heller, D. Trubek, D. Kennedy och G. Frankenberg förberedande gästföreläsningar.

Under hela förberedelse tiden hölls nära förbindelser med William H. Clune och David M. Trubek från University of Wisconsin, Madison Law School resp. Institute for Legal Studies. Denna förberedelse var oerhört viktig för utarbetandet av tematiken och dess klarläggande i USA; en identifikation av frågeställningar, vilka väckte intresse såväl i USA som i Tyskland, hade utan ett sådant samarbete knappast kommit till stånd.

## *(2) Utväljandet av deltagare*

Samarbete om förberedelserna med W. Clune och D. Trubek utsträcktes till talrika organisatoriska enskildheter. The Institute for Legal Studies övertog översättningen av min orienterande skrivelse och av några bidrag till den amerikanska textboken. Till biståndet hörde också stöd vid sammansättningen av kretsen av amerikanska deltagare. Tematiken gav själv en utgångspunkt för dessa inbjudningar. Hos rättshistorikerna är intresset för "kontinental" utveckling i allmänhet och för Tyskland i synnerhet latent för handen. Dessutom spelar europeisk samhällsteori en viktig roll i modern amerikansk rättsteoretisk principdiskussion. Detta gäller i första hand den franska strukturalismen och post-strukturalismen och i andra hand Frankfurterskolan i dess av Jürgen Habermas företrädna version, under det att receptionen av Luhmanns systemteori förlöper betydligt långsammare, trots Gunther Teubners publikationer. Med hjälp av W. Clune och D. Trubek har det lyckats att möta de amerikanska exponenterna för denna receptionsprocess. Intresset för symposiet visade sig vara överraskande stort. Även när det fortfarande var osäkert om symposiet skulle få stöd av Vokswagenwerkstiftelsen hade omkring 30 amerikanska forskare anmält ett definitivt deltagarintresse. Då sedan stiftelsen hade beslutat att ge understöd och symposiets genomförande var möjliggjort, inkom ytterligare förfrågningar i mängd från flera länder, från Japan till Skandinavien.

Redan på grund av de innehållsmässiga svårigheterna med en tysk-amerikansk förståelse hade jag hela tiden försökt att hålla deltagarkretsen snävt begränsad. Avvisningen av deltagare var emellertid svår att göra, särskilt som inget finansiellt understöd begärdes. Vad gäller de tyska deltagarna så ankom det på mig dels att skaffa representanter för riktningar som väckt intresse i USA, och dels att låta mångfalden i den tyska diskussionen komma till uttryck. Sedan redan i oktober 1985 praktiskt taget alla tillskrivna i Tyskland hade svarat positivt, har jag inte utövat någon fortsatt aktivitet. Kort

före symposiet lämnade tre inbjudna deltagare återbud på grund av trängande göromål (D. Grimm, Bielefeld och D. Simon, Frankfurt) eller sjukdom (W. Hoffman-Riem, Hamburg). Detta är beklagligt även om det utan vidare har varit möjligt att finna andra intresserade.

Förfarandet att bjuda in de amerikanska och tyska deltagarna ledde till en sammansättning som Stiftelsen fann ensidig. Denna kritik är helt visst förstäelig, men jag hade genom den utförliga beskrivningen av rambetingelserna också gjort klart hur svårt detta var att undvika. Sammankomstens tema, försöket och nödvändigheten av att ömsesidigt knyta samman förhandenvarande uttrycksintressen, hade oundvikligen en selektiv inverkan. Men jag vill framhålla att det inte förhindrade att de tyska deltagarna utgjorde en pluralistisk sammansättning, representerande praktiskt taget samtliga riktningar inom sociologisk jurisprudence. De amerikanska deltagarna räknas huvudsakligen till de sk Critical Legal Studies- resp. Law and Society-rörelserna. Till detta bidrog till yttermera visso att David Trubek (som spelar en viktig roll inom båda rörelserna) och William Clune (som är allom bekant för sina bidrag till implementationsforskningen) identifierades med symposieprojektet. Men om man frånsatt detta frågar sig vilka amerikanska grupperingar som bortom de internationell rättsliga fackdisciplinära intressena kan möjliggöra en reception av de tyska diskussionsbidragen (och inte bara exportera de egna idéerna) så är det svårt att kringgå de nämnda grupperna.

### *(3) Organisatoriska svårigheter*

Min föresats att i förtid få till stånd ett utbyte av symposiebidragen – för att möjliggöra diskussioner inom de enskilda temagrupperna – gick inte att realisera. Trots alla påminnelser blev bidragen till största delen försenade och vad gäller de tyska bidragen blev översättningarna sällsamt tidskrävande. Möjligheten att genom de båda textböckerna förebreda sig hade en försenande inverkan.

## **II. Symposiets innehåll**

Sammankomstens grund lades av det redan i november 1985 framlagda programmet. Denna förstrukturering hade i allt väsentligt hållits kvar. Modifikationer kom till stånd ur arbetet med temat och var bara i ett fall betingade av ett återbud från en deltagare och i två

andra fall av en önskan om en innehållslig förändring. Genom det sena färdigställandet av bidragen och det oundvikliga korrekturläsandet, erbjöd sig en ny möjlighet för förhållandet mellan bidragens författare och deras kommentatorer. Bidragen skulle – med två undantag – inte presenteras av respektive författare, utan av den i programmet utsedde kommentatorn. Genom detta förfarande vanns inte bara tid, utan för många deltagare dessutom en genväg in i den innehållsliga diskussionen. Gången blev enligt följande:

TORSDAGEN DEN 10 JULI 1986

Inledande anmärkningar av David M. Trubek, Madison, och Christian Joerges, Bremen, om symposieförberedelserna, om svårigheterna med men nödvändigheten av en fullständig strukturering av innehållet samt om de väntade förståelseproblemen ur amerikansk respektive tysk synvinkel.

*Charles M. Yablon, Cardozo Law School: The Indeterminacy of Law (Rättens obestämbarhet). Föredragande: Christian Joerges, Bremen.*

Rättens obestämbarhet skulle enligt den ursprungliga planen ha förts in som ett problem inom den rättshistoriska metodologin. Då Robert W. Gordon, Stanford Law School, vilken som ende amerikan var utsedd att behandla denna tematik, tyvärr inte kunde komma, och den tyske kommentatorn D. Simon, Frankfurt även han var förhindrad, måste infallsvinkeln förändras. Yablon är ingen rättshistoriker. Hans behandling av obestämbarhetsproblematiken var systematiskt anlagd och utgick från en paradox; att insikten i dogmatikens och metodens vägledningsförmåga är allmängiltig inom rättsvetenskapen, medan rättssystemet i sin helhet är förutsägbart i så gott som obegränsad omfattning. Denna paradox försökte Yablon lösa med hjälp av Collingwoods historiska förklaringssteori och Kuhns paradigmbegrepp: Som enstaka historiska händelser är rättsliga avgöranden alltid "överdeterminerade" och därmed inte fullständigt förklarbara. Den rättsvetenskapliga striden om obestämbarheten leder till underliggande rättsvetenskapliga paradigmen. Den av praktiska frågor behandling intresserade "härskande" rättsvetenskapen står i motsatsställning till en "kritisk" rättsvetenskap, vilken senare tolkar rättsavgörandena som implicita normativa ställningstaganden till sinsemellan motstridiga samhällsliga ordningsföreställningar. I min presentation av Yablons

analys försökte jag klargöra huruvida dennes karakterisering av ett "kritiskt" rättsvetenskapligt paradigim överensstämmer med de senaste 60 årens kritiska diskussion i Tyskland, liksom jag eftersträvade att påvisa svårigheter som denna tyska rättskritik försatt sig i. På denna grundval ville jag ifrågasätta Yablons distinktioner.

*Regina Ogorek, München/Frankfurt: Widersprüchlichkeit und Einheit der Justiztheori im 19. Jahrhundert (Motsägelser och enhet i det nittonde århundradets rättsteori). Föredragande: David Sugarman, London.*

Diagnoser av rättens läge för närvarande utgår i sina tillståndsbeskrivningar flerfaldigt med motsatsställningar till 1800-talets "liberala" rätt. Domarkårens bidrag till lagen ingår alltid i den föreställning med vilken den liberala rätten karakteriseras. Ogoreks bidrag visade dock hur differentierad och kontroversiell lagbindningsproblematiken var redan i 1800-talets rättsteori. Ogoreks undersökning hade inte explicit lagts upp som ett bidrag till rättshistoriens metodologi eller diskussionen om olika utvecklingsfaser urskiljbarhet i den moderna rätten, men Sugarman lyckades emellertid i sin presentation göra klart att Ogoreks forskningsresultat har relevans för båda dessa fält. Han påpekade också att man efter Ogoreks undersökning inte längre kan kalla rättens "obestämbart" för ett modernt fenomen. Sugarman framhöll Storbritannien och Skottland som exempel på kulturer där skilda faser av rättsmedvetandet hållits urskiljbara; och han menade också att man måste skilja mellan obestämbartens problematikens upptäckt och existens å ena sidan och å den andra den inverkan denna upptäckt kan ha haft.

*John H. Schlegel, State University of New York at Buffalo, Faculty of Law and Jurisprudence: American Legal Theory and American Legal Education: A Snake Swallowing It's Tail? (Amerikansk rättsteori och amerikansk juristutbildning: en orm som biter sig själv i svansen?) Föredragande: Norbert Reich, Bremen.*

Schlegels bidrag började med iakttagelser rörande den "klassiska" perioden inom den amerikanska rätten, och dessa anmärkningar låg förbluffande nära Ogoreks undersökning, då Schlegel även han betvivlade giltigheten av de premisser som brukar tillskrivas den liberala perioden. Likväl må en liberal rättsuppfattning ha varit fast förankrad i amerikansk politik och den rättsliga realismen har därför uppfattats som revolutionerande. Den innovativa verkan av den

rättsliga realismen begränsas dock av två faktorer: Å ena sidan de realistiska upptäckterna och besvikelserna rörande den europeiska fascismen, som särskilt i Tyskland konfronterades med nihilismen, å andra sidan de hinder som yrkesjuristerna från diverse Law Schools lade i vägen för realisternas interdisciplinära och kritiska postulat. Dessa faktorer har lett till ett vägval med två olika inriktningar. Reich betvivlade i sin kommentar överensställelsen mellan Schlegels analyser och förklaringsförsök. Den klassiska liberalismens framgång inom rätten kom slutligen att föras tillbaka till dess funktion för de liberala-kapitalistiska samhällsstrukturerna. Realismens begränsade genomslagskraft betingas inte enbart av de av Schlegel beskrivna faktorerna, utan i ännu högre grad av den realistiska rättsteorins inneboende svagheter.

*Hubert Rottleuthner, Berlin: Rechtspositivismus und Nationalsozialismus – Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung (Rättspositivism och national-socialism – byggstenar till rättsutvecklingens teori). Föredragande: James Boyle, American University Law School.*

Rottleuthner tog upp ett svårt tema när motsättningarna under den nationalsocialistiska eran avhandlades. Hans bidrag hade ursprungligen presenterats i den amerikanska textboken, och hade under samtal med de amerikanska deltagarna befunnits vara angeläget. Rottleuthner började analysen med att kritisera den allmänt vedertagna tesen att den rättsvetenskapliga positivismen skulle ha möjliggjort den totalitära rättstanken. Han hänvisade till aktuella teorier; vare sig i Niklas Luhmanns rättsteori eller i Jürgen Habermas' utvecklings-teori finns det någon plats för ett fenomen som nationalsocialismen. I sin kommentar uppehöll sig Boyle uteslutande vid metodiken i Rottleuthners analys. Denna liknar den amerikanska "dekonstruktivismen" såtillvida som att den inskränker sig till att ifrågasätta tolkningars giltighet utan att försöka utveckla en egen hållbar förklaring.

Rottleuthners bidrag hade en polariserande och produktiv återverkan på symposiet. Jürgen Habermas tog det till utgångspunkt för en utviking kring skillnaden mellan amerikansk och tysk rättsuppfattning; det tyska obehaget inför den egna traditionen måste leda till en varsam kontakt med de liberala landvinningarna och reflekteras i ansatserna till en rättskritik; däri skiljer sig den tyska rättsvetenskapliga diskursen från den som härrör från ett land som förfogar över en lång och aldrig allvarligt hotad demokratisk tradition.

*William H. Clune, University of Wisconsin-Madison, Law School: Legal Disintegration and the Theory of the State (Rättslig upplösning och statsteori).*

Max Webers teser om att den moderna rättens formella kvaliteter hotas av en repolitiserings- och remoraliseringsprocess, bildar både i den amerikanska och den tyska diskussionen en utgångspunkt för talrika försök att förklara den positiva rättens nuvarande läge som ett uttryck för heterogena statliga och politiska inflytanden. Clunes bidrag kan räknas in bland dessa analyser. Clune redovisade de "desintegrativa" avvikelserna från det klassiskt liberala rättsbegreppet (marginalitet—rättens hegemonianspråk; politik—rätt; ekonomisk planläggning—näringsfrihet; social planläggning—rättsförfarande; interdisciplinariet—den rättsliga argumentationens oberoende; "offentligrättsliggörande" av de privata rättsförbindelserna). Han försökte återföra dessa desintegrativa tendenser och deras effekters begränsningar på den moderna välfärdsstatens strukturella betingelser; på de ekonomiska friheternas institutionalisering genom det samtidiga erkännandet av ömsesidigt beroende. Under dylika betingelser, menade Clune, är det inte möjligt att återskapa en enhet i rättsstatens system. Dock kan man identifiera "lokala" reintegreringsprocesser, i vilka de centrifugal-irrationella tendenserna kan övervinnas analytiskt och pragmatiskt.

#### *Empirisk rättsforskning*

Den amerikanska rättsrealismen och även den tidigare tyska rättssociologin har hyst stora förhoppningar om ett öppnande av rättsvetenskapen för "verkligheten". Man har därigenom stimulerat den rättssociologiska utvecklingen, men samtidigt inte kunnat förhindra en avsnörning från den normativt orienterade rättsvetenskapen. Fram till idag finns det en återverkande spänning mellan å ena sidan en metodiskt disciplinerad sociologi med ansträngningar att omfatta rättsverkligheten, och å den andra ett försök att från rättsvetenskapens sida förnya sin teoretiska självförståelse. Två amerikanska symposiebidrag och två tyska kommentarer kom att behandla detta förhållande:

*William C. Whitford, University of Wisconsin-Madison, Law School: Lowered Horizons: Implementation Research in a Post-CLS World (Sänkta horisonter: implementationsforskning i en värld efter CLS-traditionen). Föredragande: Gerd Winter, Bremen.*



Whitford behandlade den inom den amerikanska rättskritiken ofta förekommande fientligheten gentemot empiri. Grunden till denna antiempiriska attityd ligger i kritikens förkärlek för obestämligheten i de rättsliga doktrinerna och metoderna och i en anti-positivistisk kunskapskritik. Whitford gjorde däremot gällande att rättskritiken löper risken att förbigå viktiga landvinningar. I implementationsforskningen har "objektivistiska" konceptualiseringar av den sociala verkligheten till slut övervunnits, och "mjuka" empiriska metoder har accepterats, och i och med detta har insikter i rättens doktrinära och metodiska obestämlighet låtit sig konkretiseras och därigenom kunnat bindas till praktiska-pragmatiska reformförslag.

*David M. Trubek, Institute for Legal Studies, University of Wisconsin-Madison: "Critical Empiricism" in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box? ("Kritisk empirism" i amerikanska rättsstudier: paradox, program eller Pandoras ask?)*  
*Föredragande: Volkmar Gessner, Bremen.*

Termen "kritisk empirism" betecknar enligt Trubek närmast en paradox: Den empiriska rättsforskningen rör övervägande en objektiv, icke-normativ förståelse av rätten, medan kritikbegreppet är normativt och politiskt färgat. Trubek försöker därefter visa, att den empiriska rättsforskningen med sin självförståelse råkat i en kris för egen del. Ur detta utvecklar han så en uppmaning om att förbinda empirisk och kritisk forskning. Programmatiken i en dylik förbindelse utvecklas inte systematiskt av Trubek, men skisseras löst i två studier av relationen advokat—klient och den för offret diskriminerande praktiken; båda studierna ger en omfattande beskrivning av sina föremål, men erbjuder inga "entydiga" tolkningar eller praktiska förslag; just denna vetenskapliga och reformmässiga askes för denna form av empirisk forskning närmare den samtida amerikanska rättskritiken.

Winter och Gessner hänvisar till paralleller med den tyska positivism-striden under 60-talet. Denna strid var präglad av ömsesidiga missförstånd och har nu lyckligtvis av den tyska rättssociologin lagts till handlingarna. Båda följer Whitfords argumentation och menar att rättens funktionssätt inte kan förklaras enbart på grundval av den inskränkta samlings rättsstexter som finns samlade i den dogmatiska och rättsteoretiska litteraturen; en debatt kring frågan om en empirisk forskning förtjänar titeln "kritik" är ofruktbar. Duncan Kennedy och Thomas Heller belyste det amerikanska diskussionsläget genom att hänvisa till det sammanhang i

vilken diskussionen uppträtt: Det rör sig om kritiken av föreställningen att samhällliga reformer är genomförbara i rättsliga former och/eller att rättsforskningen skall förskriva sig till bestämda sociala rörelsers mål.

FREDAGEN DEN 11 JULI 1986

### *Moralteori och positiv rätt*

I debatten om grundvalarna för kritiken av nationalsocialismen, om desintegreringen av rätten och den empiriska rättsforskningens instrumentaliseringsbarhet tydliggjordes återigen en polarisering mellan den teoretiska och normativa skepticismen hos amerikanerna och de tyska förhoppningarna om ett socialteoretiskt fundament för rättsvetenskapen. Med bidragen om förhållandet mellan moralteori och positiv rätt systematiserades denna polarisering.

*Warren Lehman, University of Wisconsin-Madison, Law School: Aesthetics, Ethics and the Reconstruction of the Rational (Estetik, etik och rekonstruktionen av det rationella). Föredragande: Klaus Günther, Frankfurt.*

Lehman försvarade i sitt bidrag möjligheten att begrunda moraliska omdömen gentemot dekonstruktiv-skeptiska positioner. Lehman griper tillbaka på Kants estetiska teori: Där har Kant stött på problemet med partikulära och känslöavhängiga omdömen. Denna problematik uppstår emellertid – i motsats till Kants uppfattning – även i moralteorin. Moraliska omdömen är inte begreppsligt grundade och ännu mindre möjliga att härleda genom regler; de förbinds uteslutande genom delade intuitioner.

Klaus Günther ifrågasatte Lehmans assimilering av estetiska och moraliska omdömen – vilken sker genom åtskillnad mellan evaluativa, expressiva och normativa satser. Gentemot Lehmans kritik av en begreppslig bestämning av de moraliska omdömena, hävdade han att premissen om ett förhandenvarande, gemensamt förnuft i den kognitivistiska etiken kan ersättas med ett upplyst tillvaratagande av kritiserbara betydelseanspråk.

*Klaus Günther, Frankfurt: Das Prinzip der Unparteilichkeit und die funktionale Bestimmtheit des Rechts (Principen om opartiskhet och rättens funktionella bestämbarhet). Föredragande: Warren Lehman.*

Genom Günthers bidrag blev de amerikanska deltagarna återigen (liksom genom Rottleuthner) konfronterade med den för den tyska situationen karakteristiska polariteten mellan teorin om det kommunikativa handlandet och systemteorin: Günther antog i anslutning till Habermas en diskurs-etisk explicerbar kärna i rättens opartiskhetsprincip, men behandlade samtidigt problemet med rättfärdighetens "systemförhållande". Rätten handlar om integrering av normativa (livs-världliga) och funktionella (systemiska) fordringar. Genom Günthers bidrag så skedde för första gången i diskussionen ett överskridande av polariseringen av tyskar och amerikaner. Genom sin differentierade och försiktiga argumentation kunde Günther tillbakavisa beskyllningar om en övermodig tilltro till abstrakta teorier; "anstötligt" blev däremot hans framhårdande i att hävda idén om ett universellt grundande av normer, och en dylik princip praktiska natur.

#### *Rättigheter och sociala rörelser*

En hel grupp med bidrag ägnades åt problematiken som rör den sociala funktionen av en institutionalisering av rättsanspråk.

*Erhard Denninger, Frankfurt: Staatliche Hilfen zur Grundrechtsausübung (Verfahren: Organisation, Finanzierung) (Statlig hjälp till grundlagsutövning [Förfarande: Organisation, finansiering]). Föredragande: Richard Parker, Harvard Law School.*

Denninger belyste en grundlagsteori och -dogmatik som gick in på betingelserna för grundlagsförverkligande i den demokratiska och sociala välfärdsstaten, och därvid särskilt fordrade förfarande- och organisationsregler för grundlagsförverkligandet. Richard Parker visade på parallella utvecklingslinjer i den amerikanska författningsteorin, men tvivlade dock på om de av Denninger förespråkade realiseringsbetingelserna för ett effektivt grundlagsskydd skulle hålla stand mot utmaningar från den reella samhälleliga utvecklingen.

*Frances Olsen, University of California at Los Angeles, Law School: Liberal Rights and Critical Legal Theory (Liberala rättigheter och kritisk rättsteori).*

Genom sitt särskiljande av deskriptiva, fiskala och analytiska användningar av rättsbegreppet, belyste Olsen motiven till den sk rättskritiken. Denna kritik förfäktar den analytiska obrukbarheten av rättsanspråk, eftersom sådana rättsanspråk alltid måste betraktas som

relativa och därmed förlorar sin koherens. Den kritiserar därför också den rättsliga propagandan för förändring av socialandel.

*Lucinda M. Finley, Yale Law School: Maternity and the Workplace: Transcending Equality Theory (Moderskap och arbetsplats: ett överskridande av jämställdhetsteorin). Föredragande: Jutta Limbach, Berlin.*

I samband med texten de havande kvinnornas rättsliga situation i den amerikanska rätten, diskuterade Finley problematiken med en strävan efter en jämställdhetsrätt mellan män och kvinnor. Hon pläderade för att denna strategi skulle upplösas genom en mycket omfattande orientering mot familjens gemensamhetssituation. Jutta Limbach skisserade den tyska diskussionen och överraskade den amerikanska sidan genom sin hänvisning till de i tysk rätt realiserade havandeskaps- och vidareanställningsskydden. Hon klargjorde också att Finleys perspektiv på intet sätt realiserats.

*Kim Crenshaw, University of California at Los Angeles, Law School: Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law (Ras, reform och besparingar: Transformation and legitimering av antidiskrimineringslagen). Föredragande: Konstanze Plett, Bremen.*

Den svarta amerikanskan Crenshaw, med erfarenheter från den amerikanska medborgarrättsrörelsen, levererade en engagerad kritik av "rättighetskritiken" ("Rights-Critique"); lika berättigat som det är med en kritik av den uteslutande formella rätten, lika allvarligt förfelad är hänvisningen till de rättsliga motsättningarnas och obestämbarhetens praktiska betydelse för rättsanspråken i kampen mot diskriminering.

*Joel Rogers, Rutgers University: Divide and Conquer: The Legal Foundations of Post-War US Labor Policy (Söndra och härska: det rättsliga fundamentet för den amerikanska arbetarpolitiken efter kriget). Föredragande: Ninon Colneric, Oldenburg.*

Rogers bidrag kunde ses som ett metodologiskt försvar för den "funktionella" rättsanalysen. Han menade att strukturen och förvaltningen av Labor Management Relations Act kunde ställas till svars för den nuvarande situationen inom gruvarbetarrörelsen, där den amerikanska arbetstagarorganisationen systematiskt har fragmenterats och tvingats in under bestämda förhandlingsstrategier.

Colneric konfronterade Rogers med tre exempel från den europeiska arbetsrättens historia, i vilka förhandlingsmekanismer, med högst olikartade utgångspunkter från arbetsgivarsidan, har institutionaliserats. Hon ifrågasatte därmed Rogers förhoppningar om det funktionella sammanhanget mellan den amerikanska arbetsrätten och svagheten i den amerikanska gruvarbetarrörelsen.

### *Kritisk rättsteori i USA*

*Mark Tushnet, Georgetown University Law Center: Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings (Kritiska rättsstudier: en introduktion till deras ursprung och understöd). Föredragande: Dian Schefold, Bremen*

Tushnets bidrag var sällsamt upplysande för de tyska deltagarna, såväl genom den historiska belysningen som genom beskrivningen av den aktuella utvecklingen inom Critical Legal Studies-rörelsen. Tushnet avvisade de båda anknytningspunkter som huvudsakligen berörts i den aktuella diskussionen. Det gäller först idén om att från rättsrealism skulle skepsisen mot dogmatikens och metodens funktioner övervinnas och dessutom radikaliseras som det "konstruktiva" motförslaget från realisterna; detta genom avvisandet av övergången till "policy-analysis" och av avvägningen av värden i konfliktställning. Avvägningar realiserar sig i en social process och alla försök att rationalisera dem är fåfänga.

Den andra huvudpunkten var en kritisk rättshistorieskrivning som ifrågasatte den liberala utvecklingsföreställningen och istället utgick från ekonomiska och sociala maktkonstellationer. Också denna tradition har radikaliserats; idag inriktar man sig på att bestrida antagandet av funktionella förhållanden mellan samhällsliga strukturer och särskilt problematiska rättsliga institut och tillskriver dessutom det mycket diffusa begreppet rättslig medvetenhet ("categories organizing legal thought") en partiskhet i den bemärkelsen att den skulle gynna specifika samhällsstrukturer. Detta har också lett till en metod för rättshistorieskrivning som är medveten om socialteoretiska, förutsättningsfulla periodiseringar och enbart föregår det narrativa momentet. Genom radikaliseringen av den kritiska traditionen har Critical Legal Studies-rörelsen också ådragit sig kritik för att inte förmå explicitgöra sin egen kritik, och därmed ge den ett innehåll. Tushnet visade skilda reaktioner på sådana invändningar; delvis förstods vägran att acceptera "positiva" alternativ som en strategi, delvis förstods de som en ersättning av

föribesdda teoretiska anspråk genom en "local knowledge". Tushnet själv klargjorde att han fann dessa svar otillfredsställande.

*David Kennedy, Harvard Law School: Rotations in Contemporary Legal Thought (Rotationer i samtida rättstänkande). Föredragande: Günter Frankenberg, Frankfurt.*

Hur viktiga är skillnaderna mellan olika rättsvetenskapliga skolor? Kennedy urskilde tre huvudströmningar; den neo-realistiska rättsvetenskapen, 70-talets rättskritik och den postmoderna rättsvetenskapen. Han analyserade dessa strömningar från två utgångspunkter; deras förhållande till icke-rättsliga discipliner (filosofi, politisk teori, sociologi, ekonomi) och till politik. Ur den första synvinkeln kännetecknas den post-realistiska rättsvetenskapen av sin interdisciplinära öppenhet, 70-talets kritiska rättsvetenskap av sin relation till de europeiska (kontinentala) samhällsteorierna, medan det hos den postmoderna strömningen finns en orientering mot de franska post-moderna författarna. Men alla inriktningar karakteriseras dessutom av att de befinner sig i rörelse, det handlar om ett rastlöst generationsskifte. Också ur den andra synvinkeln handlar det om en de-stabilisering; de post-realistiska reformisterna tvivlade på och distanserade sig från politiken; den kritiska rättsvetenskapen befinner sig inte i positionen att via samhällets bärande strukturer genomföra en samhällelig transformation medan slutligen de post-moderna ställde sig nära de neo-konservativa – och när de upptäckte det besinnade de åter post-realismen.

*Günter Frankenberg, Frankfurt: Rechtstheorie der Postmoderne? Von einem neuerdings erhobenen ironischen Ton in der Jurisprudenz (Det postmodernas rättsteori? Om en nyligen utforskad ironisk ton i jurisprudence). Föredragande: David Kennedy, Harvard Law School.*

Frankenbergs bidrag till symposiet tacklade den svåra uppgiften att beskriva och tolka skillnaderna mellan de post-moderna strömningarna i USA och de försök till en socialteoretiskt förankrad rättsvetenskap som gjorts i Tyskland. Frankenberg karakteriserade den tyska ansatsen som konstruktiv; i ett "kontrafaktiskt" tänkande framhölls realiteten och motsvarande värde hos en "bättre" verklighet och framtid. Denna kritik återfinns även i USA men ifrågasätts där. Alla rekonstruktioner, även de kritiska, dekonstruerades. Frankenberg gav såväl kunskapsteoretiska som "politiska" grunder för

förståelsen av detta avbrott, men han bestred också att detta dekonstruktiva förfarande skulle vara av beständig natur; dekonstruktionens värde ligger i att den provocerar till vidaregående och oundvikliga bemödanden till förståelse och till byten av strategier, normativa övertygelser och politiska visioner.

LÖRDAGEN DEN 12 JULI 1986

### *Kritisk metodologi i Tyskland*

Konferensens slutdag ägnades åt den tyska socialvetenskapliga rättsvetenskapen. De gemensamma dragen för denna ansats kan möjligen beskrivas negativt i så måtto att det tar avstånd från den förhärskande rättsvetenskapliga stilen, och högst heterogena teoretiska rörelser spelar en avgörande roll. Det kan heller inte vara tal om någon förening i en politisk rörelse. Det visade sig att detta ledde till att en förmedling av diskussionsläget i Tyskland mötte ytterligare svårigheter. Därför ändrades presentationssättet under tredje dagen. De tyska bidragen framställdes genom amerikanska deltagare, men i anslutning till detta beskrev sedan författarna av de tyska bidragen själva sina interna skillnader ännu en gång.

*Rudolf Wiethölter, Frankfurt: Prozeduralisierung der Rechtskategorie (Rättskategorins proceduralisering). Föredragande: Duncan Kennedy, Harvard Law School.*

*Karl-Heinz Ladeur, Bremen: From Universalistic Law to the Law of Uncertainty: On the Discussion of the Decay of the "Totalising Teleology" of Legal Order in the Discussion of its Methods, and of its Left-Wing Criticism (Från univeralistisk lag till lagen om osäkerhet: kring diskussionen om "den totaliserande teleologins" förfall i den rättsliga ordningen i diskussionen av dess metoder och dess vänsterkritik). Föredragande: Gerald Frug, Harvard Law School.*

*Ulrich K. Preuss, Bremen: Rationality Potentials of Law. Allocative, Distributive and Communicative Rationality (Rättens rationella potentialer. Allokativ, distributiv och kommunikativ rationalitet). Föredragande: Karl Klare, North Eastern University Law School.*

*Gunther Teubner, Florenz/Bremen: Reflexive Debunking: Toward Increasing Legal Uncertainty*

*(Reflexivt avslöjande: Mot en ökande rättslig osäkerhet). Föredragande: Thomas Heller, Stanford Law School.*

Den tredje konferensdagen var sammankomstens intellektuella höjdpunkt. Denna berodde främst på de amerikanska deltagarnas presentationer. De hade i sina föredrag inte bara förberett sig med hänsyn till konferensbidragen, utan också till de tidigare utdelade texterna. De var alltså i det läget att de kunde precisera skillnaderna mellan de amerikanska och tyska tanketraditionerna. Det finns i den tyska språkkretsen inte någon sådan klar analys som t ex Duncan Kennedys framställning av Wiethölters arbete. Flugs utredning av Ladeurs nyckelkategorier var även den användbar, liksom Hellers hänvisning till samhällsutvecklingen, vilket han förband med Teubners version av den autopoietiska rättsteorin. Amerikanernas framställning användes av författarna till de tyska bidragen för att ytterligare förtydliga sina i de skriftliga föredragen gjorda avgränsningarna.

### III. Utvärdering av symposiet

Symposiet var ett anspråksfullt och i flera hänseenden riskfyllt projekt. Det hade ett vittomspännande tema, det konfronterade deltagarna med interkulturella skillnader och ett överväldigande överflöd av material. Om deltagarnas förhållningssätt och självakttagelse är ett tecken på framgång så är omdömet entydigt; under hela sammankomsten, från sammanträdenas slut till de sena nattimmarna, och ännu under hela söndagen fram till symposiets avslutning utvecklades en oavbruten, intensivt engagerad och av alla deltagare ända till utmattning genomförd diskussion. Det är uteslutet att kunna sammanfatta eller fasthålla denna diskussion, vari flertalet deltagare ibland har sett föranstaltningens betydelse. Trots detta skulle jag vilja fastslå en rad egna iakttagelser:

Sammankomstens fascination utgick från den interkulturella skillnaden mellan USA och Tyskland, alltså frågan varför den "jämförbara" utvecklingen skiljer sig åt på ett så djupgående sätt i sin "verkningshistoria". Sammankomstens historiska element var helt nödvändiga för utredningen av denna fråga. Men historiemedvetandet har inte förhindrat att iakttagelsen av skillnader har lett till stereotypa beskrivningar; de tyska diskussionsbidragen var teoretiskt pretentiösa och deras perspektiv abstrakta, de amerikanska



bidragen var teorilösa, nihilistiska, och deras rättskritik oansvarig. Sådana polariseringar kunde stegvis nedtonas, när det visade sig att skillnaderna i den aktuella diskussionen hängde samman med skilda förutsättningar, om vilka alltför litet är känt på båda sidor. De amerikanska juristerna var visserligen allmänt förtrogna med Jürgen Habermas' arbeten, men inte med juristernas förbehåll inför den habermaska rättsteorin, och de hade bara mycket litet gjort sig bekanta med Luhmann-Teubners systemteoretiska rättsteori. Å andra sidan måste de tyska deltagarna – med enstaka undantag – konstatera att de knappt kände till de franska postmoderna teoretikerna. Deras reaktionsmöjligheter inskränkte sig till de intensiva amerikanska redogörelserna för dessa författare. Upptäckten av dylika ömsesidiga brister har inte löst problemet med var den fundamentala skillnaden mellan de amerikanska och tyska perspektiven egentligen ligger, men den ledde åtminstone till en strävan efter en annan nivå, och en ansats till äkta interkulturell diskussion kunde utvecklas.

De just beskrivna ömsesidiga bristerna kan tas som utgångspunkt för framställning av symposiematerialet i en publikation, där de skulle kunna konkretiseras vidare.

Ett resultat av de amerikanska bidragen består i att de har påvisat betydelsen av de franska postmoderna teoretikerna för det rättsvetenskapliga arbetet, i jämförelse med andra "kontinentala" traditioner. Den kunskapskritiska och praktiska skepsis som framsprang ur detta, kan spåras i många tyska bidrag (Frankenberg-Ladeur). Det är troligt att det kan uppstå konstruktiva perspektiv från denna beröringspunkt, utöver en systematisk utredning av de amerikanska invändningarna.

De aktuella tyska bidragen (Wiethölter, Ladeur, Günther, Preuss, Teubner) behandlar trots alla skillnader ett av amerikanerna försummat tema, nämligen den statsligt-rättsliga ordningens integrativa funktion. Också till detta finns beröringspunkter i de amerikanska bidragen (framför allt hos Clune). I behandlingen av symposiets centrala frågeställningar (rättens obestämbarhet – empirisk rättsforskning och rättskritik – subjektiv rätt och sociala rörelser) som företogs av bidragens författare och deras kommentatorer kunde skillnader och beröringspunkter mellan den amerikanska och den tyska diskussionen urskiljas klarare än vad som annars hade varit fallet.

