

*There are more things in heaven and earth, Horatio,
than are dreamt of in your philosophy.*

Rätt och riktig rättsvetenskap

Staffan Westerlund

1 Inledning

Att utveckla en disciplin

Drygt fyrtio år av strävan att utveckla disciplinen miljörettsvetenskap har erbjudit svårigheter, utifrån vilka en del problem kan identifieras och slutsatser dras. Mycket handlar det om en tröghet, för att inte säga motstånd, mot utvecklandet av miljöretten som fortfarande finns inom själva (den svenska eller skandinaviska) rättsvetenskapen som sådan.

En rimlig hypotes är att det tänkande, som präglar den s.k skandinaviska rättsrealismen (eller i vart fall uppfattningen om densamma), har kommit att prägla rätten på ett fatalt, förlamande sätt. Paradoxalt nog förefaller detta i sin tur – åtminstone i hög grad – gå tillbaka på en strävan att göra rättsvetenskapen "vetenskaplig". Mest har dock detta lett till en begränsning, för att inte säga reducering, av forskningsområdets problematisering till endast sådant, som anses kunna mätas på vissa sätt.²

På tänkandet kan också ha inverkat att man förbiser den oerhört viktiga skillnaden mellan å ena sidan hur rätten borde vara (rent allmänt, eller etiskt etc), å andra sidan den metodologiska frågan hur rätten behöver vara för att... Ändå är den så tydlig. Det kommer att framgå i denna artikel att den senare frågeställningen aktualiserar metodik men inte i och för sig politik.

Bakgrund

- Världsbilder har utvecklats under århundraden, också efter att rättsvetenskapen anser sig redan ha

² Det rättsfilosofiska förloppet var kanske mer eller mindre ofrånkomligt, men det kan inte tillåtas stanna vid de Hägerströmska och Roskska stadierna och dess trötta avläggare. Jag återkommer till detta indirekt via frågan vad som inte skulle kunna beforskas rättsvetenskapligt men där ändå rätten spelar en viktig roll, om man håller fast vid ett s.k rättsrealistiskt synsätt såsom det enda riktiga.

funnit sin form. Den senaste stora världsbilds-utvecklingen är antagligen insikten om att Jorden, såsom varande en planet, utgör ett begränsat ekosystem (benämnt biosfären) med typiskt sett begränsade resurser och underkastat termodynamikens andra huvudsats och precis alla andra naturlagar.³

- Världssamhällets problembilder har successivt utvecklats utifrån föregående, med det tydligaste uttrycket i begreppet *sustainable development* och inriktat på att allt mänskligt beteende ska hållas inom sådana ramar, att ingen framtida generation står utan biosfärsresurser för tillgodoseende av sina behov.⁴
- I samhällen underkastade the Rule of Law (legalitetsprinciper) är sådant mänskligt beteende tillåtet som inte i, eller med stöd av, lag är förbjudet eller lagt under restriktioner. Om rätten i ett sådant land inte begränsar mänskligt handlande, tillåter alltså rätten i fråga detta mänskliga handlande, oavsett inverkningarna på förutsättningarna för hållbar utveckling.
- Jordens befolkning är för närvarande (2010) alltså omkring 6,8 miljarder och har fördubblats på

³ Westerlund, S: *Världsbilder, rättsvetenskap, juridik och hållbar utveckling*, i Svensk Juristtidning 2006 s 309-344. Termodynamikens andra huvudsats är fundamental. I ekologiskt hållbarhetstänkande visar den att energiomvandlingen kan gå bara i en riktning och att mänsklighetens energibehov *långsiktigt* endast kan bygga på det som solen ger – så länge som solen lyser. Av detta följer en mängd viktiga slutsatser, där den om *tiden* är mycket viktig. Varje dag som en åtgärd för att minska och helst motverka en negativ effekt dröjer, ökar mänsklighetens användning av enegiresultatet, så att säga. Att återskapa sådant är typiskt sett dyrare än att aldrig hamna i situationen att behöva återskapa sådant. Däri ligger också termodynamikens fundamentala betydelse för ekologisk hållbarhet. En del klarar naturen själv genom solen, resten är förlorat eller kräver än dyrare mänskliga åtgärder för att återställa. Se också bl.a vid not 51.

⁴ Op. cit.

omkring 40 år.

- Omfattande data finns som visar att den biologiska mångfalden (inklusive naturtyper som i sin tur kan vara viktiga även globalt, såsom regnskog) i allt väsentligt länge har minskat och fortsätter att göra detta även när denna text skrivs.

Att mänskligheten har ett *ekologiskt dilemma*⁵ går igenom hela denna artikel. Dilemmat följer av människornas beroende av biosfären samtidigt som biosfären *inte* kan ersättas med något annat i det hänseendet. Biosfären utgör alltså naturbasen för *Homo sapiens* samtidigt som *Homo sapiens* har förmåga att påverka denna naturbas. Dilemmat är alltså mänsklighetens, människornas.

Naturbasen reagerar på denna *antropogena* påverkan uteslutande utifrån naturlagarna.⁶ Det ekologiska dilemmat manifesteras bland annat däri att när naturbasen ger mindre än vad ett antal miljarder människor behöver för sin överlevnad, kraschar (med ekologisk terminologi) den mänskliga populationen och en ny mänsklighet med rimliga levnadsvillkor uppkommer inte förrän så många människor har svultit eller slagits ihjäl eller på andra sätt försvunnit från de levandes krets, så att *dels* det nya antalet kan bäras upp av den kvarvarande biosfärens resursrester, *dels* kulturer och civilisationer under de nya, begränsade förutsättningarna kunnat utvecklas som kan samordna människornas handlande så, att de kvarvarande resurserna därefter räcker till för dem alla.

Mänskligheten har därtill ett *politiskt* dilemma. Det ligger i att om inte världspolitiken, men också nationell politik, anammar att det ekologiska dilemmat måste hanteras på ett sådant sätt, att ingen ekologisk krasch ska uppstå, så kommer med nuvarande utveckling kraschen. Det politiska dilemmat aktualise-

⁵ Westerlund, S: *Law and Mankind's Ecological Dilemma*. I Führ, Wahl, Wilnowsky (Hearausgeber): *Umweltrech und Umweltwissenschaft*. Festschrift für Eckart Rehbinden. Erich Schmidt Verlag 2007.

⁶ Det är därför teknikerna kunnat konstruera flygplan m.m, något som de inte kunnat göra om de inte kunnat förutse hur naturen fungerar. Det är också därför det fortfarande går att få fram mat till de flesta på Jorden – genom jordbrukstekniken som utnyttjar naturens lagbundna reaktioner.

rar åtminstone fyra faser, nämligen:

- 1) Att besluta om att hantera det ekologiska dilemmat och undvika en ekologisk krasch för mänskligheten.
- 2) Att göra detta beslut genomdrivbart i varje land gentemot alla aktörer (juridiska och fysisk personer).
- 3) Att *genomföra* hanteringen av det ekologiska dilemmat och därvid att *genomdriva* det som behöver genomdrivas för att (1) ska kunna uppnås.
- 4) Att verkligen – "*in fact*" – undvika den ekologiska kraschen.

Den del av mänskligheten som hävdar rättsstatlighet har därtill ett *juridiskt* dilemma i det att den gällande rätten i varje land, och mellan de olika staterna, måste vara tillräcklig till innehåll och form för att det som följer av lösningen av det politiska dilemmat ska motsvara en ändamålsenlig hantering av mänsklighetens ekologiska dilemma.⁷

2 Världsbilder, problembilder och rätten

Under årtusenden har *Homo sapiens* kämpat mot naturen men också använt den. Samtidigt har människorna haft konflikter sinsemellan. Ofta har dessa konflikter rört naturen (som resurs) även om konflikterna har stått mellan människor; mellan enskilda *personer*, personer i grupp och så småningom också mellan stater. Civilisationer har växt fram och många har sedan gått under. De har varit beroende av konfliktlösningsmekanismer. Mer avancerade civilisationer har reglerat konfliktlösningen. De har blivit rättssamhällen, så småningom rentav rättsstater.

Många tänkare har bidragit till utvecklingen av principer och regler för konfliktlösningar. Att lösa konflikter tjänar inte bara att få tyst i några bostadsområden utan också att utveckla näringar och väl även

⁷ När detta brister, föreligger ett miljörettsligt underskott (Westerlund, S: *Det svenska miljörettsliga underskottet*. Webpublicerad 2004 på <<http://www.imir.com/pdf-filer/underskott.pdf>>).

att förvalta och fördela gemensamma resurser. Konfliktlösning tjänade överlevnaden i den mån lösningen motverkade krig och olika övergrepp, och ekonomin i den mån lösningen gjorde ekonomisk samfärdsel smidig, förutsebar och på andra sätt effektiv.

Mycket av ovanstående ägde rum när man trodde att Jorden är platt, trodde att den är centrum i universum och räknade med att det alltid fanns tillräckligt med resursreserver i naturen. I den mån man ändå inte trodde det sistnämnda, såg man ofta förr till egna intressen än till något vidare och man utrotade bekymmerslöst den ena djurarten efter den andra. Jordens befolkning låg för ett par tusen år sedan mycket långt under en miljard, barnadödligheten var hög, att dö i barnsäng var en inte ovanlig kvinnlig konsekvens av livet, svält och sjukdomar öste på bördorna och allmänbildningsnivån var med nutida mått mätt synnerligen måttlig.

Naturvetenskapen utvecklades dock stegvis (en mera vardaglig beskrivning för det som betecknas som paradigmskiftet), Jorden visade sig så småningom vara inte bara rund utan därtill blott en planet kretsande kring en medelstor stjärna benämnd Solen. Teknologin utvecklades, även det ofta stegvis. Industrialiseringen tog fart, vilket bland annat ledde till betydande demografiska förändringar. Medicinen utvecklades också, kanske lite senare, och förutsättningarna för individers överlevande av spädbarnsålder och sjukdomar förbättrades drastiskt. Jordens befolkning ökade allt snabbare för att in på 1900-talet ha en tillväxt av för mänskligheten aldrig tidigare upplevd hastighet och storleksordning. Ekonomin såsom hävdad vara en samhällsvetenskap producerade mera modern teori från åtminstone slutet av 1700-talet (Adam Smiths *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* 1776). Också rättsteorin utvecklades. Eller i vart fall förändrades.

Den nu nämnda tekniska och vetenskapliga utvecklingen ägde rum under en avsevärd tid men har accelererat högst avsevärt. Naturvetenskapen strävade efter att undersöka den fysiska verkligheten med hjälp av observationer och prövbar teori. Den var inriktad på att beskriva det som vi idag kallar naturlagar och

klarade av att förstå sådant som naturbundenhet etc. Tack vare detta kunde alltmer avancerad teknik tas fram och i bruk. Men inte bara det. Naturvetenskapens utveckling bidrog till en alltmer välgrundad natur- och världsbild.

Folkökningsproblematiken brukade hanteras genom bland annat migration, om än ofta till områden där det redan fanns befolkning – numera eufemistiskt benämnd urbefolkning – som inte sällan drevs bort eller utrotades, eller i vart fall sattes under de inflyttades överhöghet. Emellertid räckte de geografiska kunskaperna till för att så småningom få folk att begripa att det inte fanns så många fler reservområden på Jorden för att tillgodose folkmängdernas levnadsbehov. Den mera våldsamma problemlösningen på detta kom bland annat att ge upphov till sådana juridiska begrepp som folkmord och kanske också etnisk rensning. Så värst mycket längre än så sträckte sig inte rättens förhållande till folkökningen. Tvärtom, i en del länder användes (och används än idag) rätten, ofta av religiösa skäl, till att förhindra födelsekontroll.

3 Från konflikt till dilemma

Globaliserade ekologiska insikter

Om det nu är i huvudsak riktigt att rätten väsentligen har utvecklats primärt för konfliktlösning (samt som medel för att utöva makt över personer) och näringsutveckling, så är det inget omstörtande antagande att detta har skett mot bakgrund av de världsbilder som rådde under respektive utvecklingsskede.

Däri kan ingå att en successiv anpassning har skett till att resurskonflikter ändrade karaktär och att resursanspråken inte har varit förenliga med varandra. Industrialiseringen ledde till vatten- och luftföroreningar, gruvbrytning har praktiskt taget alltid inneburit både markgrepp och föroreningsrisker, utbyggnad av vattendrag förminskade nyttan av andras vattenrätter etc. Juridiskt sett var detta konflikter mellan personer (inklusive företag) och/eller med staten (kungen etc). Konflikterna avsåg dock *begränsade naturresurser* (vi kan här se också miljö kvalitet som en resurs). Konfliktlösningen i denna kontext kom att i

allt högre grad ses som *avvägningsfrågor*. En *avvägningstanke* kom att prägla mark- och vattenrätten och rätten till natur- och miljöresurser.⁸

Det föreligger ett fundamentalt problem av dilemmakaraktär med avvägningar. Om en avvägningspost är begränsad samtidigt som den är nödvändig (oersättlig), kan den inte vägas bort mot något annat utan att det, som resursen är nödvändig för, förr eller senare kollapsar.

Denna problematik präglade dock inte juridikens huvudfåra när på 1960-talet miljöproblematiken föreföll byta skepnad. Jordens befolkning hade passerat 3 miljarder för att fortsätta med en tioårstillväxt om omkring 20%. Många miljöhot identifierades och miljökatastrofer blev kända, inte minst genom Rachel Carsons *Silent Spring*.⁹ Länder reagerade genom att börja utveckla lagar för att hantera detta. För svenskt vidkommande är 1969 märkesåret – då infördes miljöskyddslagen. Ämnet miljörett började få en identitet. 1972 kom Romklubbens *Limits to Growth*, samma år som Stockholmskonferensen avhölls,¹⁰ föregången av boken *Only One Earth*. Två år tidigare infördes USA:s National Environmental Policy Act som introducerade inte bara ansvaret för framtida generationer utan också krav på helhetssyn på miljökonsekvenser, ett krav som implementerades genom det därmed införda instrumentet Environmental Impact Statement.

Ämnet ekologi blev nu allmänt bekant liksom begreppen ekosystem och biosfären. Det sistnämnda betecknar Jorden med dess atmosfär och dess levande organismer och därmed det stora ekosystem, inom vilket mänskligheten har att söka sina livsförutsättningar och som i sin tur består av mängder av mindre ekosystem, som på ett eller annat sätt kan vara beroende av varandra.

Att *Homo sapiens* är, i grunden, bara en biologisk varelse, låt vara med mycket speciella artegenskaper, präglade alltmer insikterna.

⁸ Att avvägningar redan i mycket gammal konfliktlösningsrätt varit fundamentala torde ha underlättat utveckling.

⁹ Carson, R: *Silent Spring*. Houghton Mifflin 1962.

¹⁰ Ward, B. and Dubos, R: *Only One Earth: The Care and Maintenance of a Small Planet* (New York, 1972).

Nordiska trögheter

Miljölagstiftningens huvudfåra i bland annat Norden kom trots detta att präglas av ett fasthållande vid avvägningar samt av uppfattningen att miljöfrågor egentligen var politiska frågor. Ekonomiska aspekter blev på många sätt överordnade. I den mån rättsvetenskapen i stort alls reagerade, så var det med ett slags förnekelse (något som jag återkommer till längre fram).

Dock tenderade några länder där utanför att arbeta också med rättsverkande miljö kvalitetsgränser. De förebådade därmed vad som skulle bli omstörtande för inte bara rätten utan också rättsvetenskapen. Sådana gränser relaterar nämligen inte till ideologiska parametrar, heller inte ekonomiska, utan till något ute i naturen – luften, vattnet etc.

Detta var i princip nytt. Man hade därmed tagit in i själva rätten något som endast *reagerar* enligt naturlagarna.

Bakgrunden var att vatten och luft i många områden hade blivit så dåliga, så att hälsan hotades, ja, också livet. Smogsituationer i London och USA är exempel. En milstolpe i den rättsliga utveckling blev USA:s Clean Air Act Amendments 1970, det troligen första lagverk som i princip fick rättslig operationalisering¹¹ av miljö kvalitetsnormer att fungera hjälpligt. Människornas *beroende* av miljö kvalitet hade framträtt tydligt, men också människans *inverkan* på samma kvalitet. Begreppet *antropogen påverkan*, uttalat eller ej, kom in i rätten.

Ungefär här, vid de tydliga gränserna för hälsa, detroniserades i vissa länder avvägningstanken såsom allena överordnad. Ytterligare miljö kvalitetsförsäkring gjordes i princip olaglig. Ett nytt perspektiv hade framträtt. Det perspektivet återspeglade ett reellt *dilemma*. Människans miljö dilemma. Hon riskerade hota sig själv om hon överskred vissa miljögränser.

Detta gick ganska oförmärkt förbi de nordiska länderna som i olika utformningar stannade i avvägningstanken. Internationellt skalades däremot gränstänkandet upp till biosfärsnivå, inte minst genom

¹¹ Gipperth, L: *Miljö kvalitetsnormer. En rättsvetenskaplig studie i regelteknik för operationalisering av miljömål*. Uppsala universitet 1999.

Brundtlandkommissionens försorg när denna byggde sitt förslag på *hållbar utveckling*, vilket sedan fördes in i den internationella rätten genom Rio-deklarationen 1992 (då hade Jordens folkmängd nått omkring 5 miljarder). En rättslig princip om hållbar utveckling började erkännas¹² liksom insikten, uttryckt också av Brundtlandkommissionen, att naturbasen och miljön var nödvändiga förutsättningar för mänskligheten och för utveckling.¹³ Land efter land föreföll föra in hållbar utveckling i sina rättsordningar. Läpparnas bekännelse var ofta mycket tydlig: Basen för levandet och för utveckling får inte försämrats så att någon framtida generation därför inte skulle kunna tillgodose *sina* behov.

Återstod då bara att operationalisera detta rättsligt, d.v.s att omsätta inriktningen på hållbar utveckling till hållbart handlande.

Där tog det i stort sett tvärstopp. Marginella förändringar inträffade, ja, men hållbar utveckling förutsätter mer, nämligen att det samlade handlandet av mänskligheten generation efter generation måste vara sådant, att dess samlade inverkan på naturen jämte naturens *reaktioner* på denna samlade antropogena påverkan över tiden inte leder till att biosfären vid någon enda tidpunkt saknar förutsättningar att tillgodose samtliga människors behov.

Vad som nu ställde anspråk på rätten var att denna åtminstone inte skulle motverka lösandet av mänsklighetens ekologiska dilemma. Detta dilemma är överordnat konfliktproblematiken, samtidigt som konfliktproblematiken är än allvarligare än någonsin tidigare, helt enkelt därför att Jorden hyser alltfler människor som ska samsas om alltmer begränsade resurser. Att begreppet hållbar utveckling därtill tar

¹² Se t.ex Backer: Miljöskydd och ekonomiskt utnyttjande – principen om hållbar utveckling, Det Nordiska Juristmötet i Helsingfors 2002.

¹³ Intressant är att det inte är ovanligt bland rättspositivister att ifrågasätta huruvida det i bl.a denna rapport (eller för den delen i tänkandet bakom hållbar utveckling) verkligen sägs att naturen är en nödvändig förutsättning för att framtida generationer ska ha tillräckligt med resurser för att kunna tillgodose sina behov. Även om rapporten inte hade utsagt just detta, *men klart angett att de framtida generationerna skulle ha sådana möjligheter*, så följer därav att det måste finnas en tillräcklig naturbas för sådant. Detta är elementär naturvetenskap.

hänsyn också till kommande generationer minskar inte, utan ökar ytterligare, konfliktproblematiken. Det är ju *intergenerational equity* som – till så mycket annat – ska gälla.

Varför tog det då tvärstopp? Orsakerna är flera. En kan vara att det ekologiska dilemmaet ställde frågor till rättsvetenskapen som denna helt enkelt saknade teori och tankemönster för att kunna ge sig i kast med.

4 En rättsvetenskaplig disciplins utvecklingsproblem

Inledning

Den starka förändring i världs- och problembilder, som jag nu har summerat, liksom lagstiftares reaktioner på dessa, väcker flera rättsvetenskapliga frågor som i allt väsentligt hör samman med framväxten av ännu en rättsvetenskaplig disciplin.

I föreliggande fall benämns disciplinen *miljörätt* (environmental law, Umweltschutzrecht etc.). Åtminstone delvis kom benämningen som en följd av att länder till följd av tidigare nämnda miljöinsikter identifierade miljöproblem som sådana samt vidtog lagstiftningsåtgärder med anledning just därav.¹⁴

Erfarenheterna från miljörättsdisciplinens utvecklingsproblem belyser frågor av intresse också i ett vidare rättsvetenskapligt sammanhang. Världsutvecklingen, samhällsutvecklingen, den tekniska utvecklingen och ökade kunskaper kommer att leda till ytterligare discipliner, kännetecknade av specifika *problematiseringar* i kombination med fakta och

¹⁴ I andra fall kan benämningen ha härstammat ur själva den *problematisering* som miljöförändringar och folkökning aktualiserade. Problematiseringen kan då ha utgått från miljön som kvalitet och resurs, från naturen och förhållandena där. En del jurister närmade sig å andra sidan miljöproblematiken utifrån mänskliga rättigheter. (När umgänget mellan miljöintresserade jurister utvecklades under 1970-talet var det sålunda inte ovanligt med deltagare som hade utvecklat sin problematisering utifrån mänskliga rättigheter och miljöfrågor.) Ytterligare andra problematiserade istället utifrån näringsliv och tillväxt och såg då i första hand miljöfrågor och miljölagstiftning som hämmande för sådant. I min artikel *Law and Mankind's Ecological Dilemma* (supra not 4) knyter jag samman miljörettens nuvarande hållbarhetsinriktning med mänskliga rättigheter och likställdhet mellan generationer.

omständigheter som rätten tidigare inte har hanterat på ett sätt som är ändamålsenligt också för dessa nya, specifika problematiseringar.

Utifrån det antagandet ämnar jag nu reflektera över skeden och problem i utvecklandet av miljörett som en rättsvetenskaplig disciplin.

Problem och forskningens huvudfåra

Att välja vattenföreningar som rättsvetenskapligt problem var 1968 inte *comme il faut*. Ändå visste nästan alla att vattenkvalitetsproblemen i Sverige var enorma och att vattendomstolarna (och därmed rätten) bidrog till problemen. Grundproblemet låg ute i naturen, men kopplingen mellan rätten och det problemet var mycket tydligt.

Rättsvetenskapens huvudfåra kände inte riktigt igen den typen av problem.

Det första miljörettsliga forskningsbekymret var de tankespillror från Uppsalaskolan som tycktes begränsa kretsen av vad som över huvud taget kunde problematiseras rättsvetenskapligt.¹⁵ 1968 var detta för vattenkvalitetens del främst 8 kapitlet vattenlagen (som i huvudsak hade fått sitt innehåll 1941 men, märk väl, då i syfte att hantera en allt svårare vattenförening från kloakvatten och industriellt avloppsvatten).

Redan 1941 formades alltså de centrala regler som gällde 1968, d.v.s mer än tjugo år innan 1960-talet insikter om miljöproblematiken spreds i samhället och insikterna om biosfärens begränsningar blev riktigt spridda.

Hur förenar man en rättsvetenskaplig miljöproblematiskering, där objektet finns ute i naturen (men är en förutsättning för människorna), med det förhållandet att gällande rätt byggde på hur lagstiftarna långt tidigare hade angripit problemen utifrån vad de *då* kände till, och där dikningslagkommitténs betänkande 1915 tillmättes en inte obetydlig vikt? Om man är rädd att lämna huvudfårans inriktning på gällande rätt?

Kommitténs problembild kom till tydligt uttryck i förarbetena. Det som idag kallas försiktighetsprincipen var kärnan i 1915 års betänkande. Bakom detta låg

¹⁵ Och som idag kanske har ingått en förening med en allmän uppfattning om "positive law" som det (enda) riktigt rättsvetenskapliga objektet för forskning.

den typiska avvägningstanken på det sättet att "...vattenförening måste till en viss grad tålas, men å andra sidan finge föreningen ej bliva större eller svårare än nödigt".¹⁶ Förr än att hindra att föreningssituationen gick över gränser för vad som skäligen kunde anses förenligt "med grannskapsrättens allmänna grunder", menade kommittén att skadestånd skulle betalas för att kompensera sådant överskridande.¹⁷

Huvudfåreforskningens begränsning – död fisk flyter med strömmen

Min valda problematisering 1968 hade däremot att göra med det som idag benämns hållbar utveckling.¹⁸ Jag försökte först förena detta med ett fasthållande vid då gällande rätt, även när denna övergick i miljöskyddslagen 1969.¹⁹ Det gick fel av flera samverkande anledningar som har bäring på ämnet för denna artikel. Svensk rätt utgick ju från avvägningar mellan intressen. Jag försökte då pressa in detta under en viktnorm²⁰ där framtiden ingick, trots att lagstiftarna egentligen inte hade försökt så mycket i den riktningen. Jag prövade att integrera teori för cost-benefitanalys, men inte heller det höll, ty framtida generationers behov av mat m.m kan inte omsättas i pengar som kommer dagens generation till godo, om framtida generationer därför saknar naturförutsättningar för matproduktion m.m.²¹

Men jag skulle ju prestera en doktorsavhandling. Fasthållande vid huvudfårans policy att gällande rätt är forskningsobjektet, undersökte jag därför hur miljöskyddslagen tillämpades i rättspraxis. Miljö-

¹⁶ SOU 1939:40 s 72 summerande vad Dikningslagkommittén hade uttalat.

¹⁷ Ibid. Med modern terminologi: För kommittén var det ekonomi, inte ekologi.

¹⁸ Den första tryckta återspeglingsen av min hand som uttryckte detta var Westerlund 1971 *Miljöskyddslagstiftning och välfärden*, Natur och Kultur 1971, särskilt s. 13.

¹⁹ Op. cit.

²⁰ En viktnorm är en gemensam nämnare, då ofta kallad måttstock, för att göra olika poster jämförbara, vägbara, i förhållande till varandra.

²¹ Westerlund, S: *En hållbar rättsordning*, Iustus förlag 1997.

problematiken fanns visserligen kvar och inverkade på analysmetoden, men det var ändå gällande rätt som var forskningsföremålet. Ända till sista kapitlet,²² då gällande rätt utvärderades mot en miljöproblematik som mer eller mindre återspeglade mänsklighetens ekologiska dilemma.

Avhandlingen *Miljöfarlig verksamhet* kom 1975 och var den första med klart modern miljörettslig inriktning, 32 år efter Ljungmans välgjorda *Om skada och olägenhet från grannfastighet*.²³ Dessa avhandlingar utgör undersökningar av den rätt som gällde fram till respektive forsknings slutförande. Kunskapsutveckling, med andra ord. Och uppordnande m.m. I den mån problematisering och avhandlingsinriktning hörde samman, gällde det kunskapsutvidgning i olika hänseenden och, för min del, ett diskret bakomliggande miljökonsekvenstänkande.²⁴

Med min avhandling började således ett nytt rättsområde utforskas. Det inleddes med att den mer eller mindre nya men gällande rätten blev föremålet. Trots en del likheter var däremot Ljungman avhandling, enligt honom själv, att bearbeta ett antal frågor inom ett rättsområde som var mycket gammalt – grannelags- och immissionsrätten med särskild inriktning på den sistnämnda.²⁵ Alltså var de bakomliggande bevekelsegrunderna för respektive arbete olika, forskningsföremålen var å andra sidan gällande rätt, men angreppssätten skilde sig åt.

Att svensk miljörett per 1975 inte löste några miljöproblem av ekologiskt dilemmakarakter var lätt att se på grundval av min undersökning. För den fortsatta forskningen, var skulle man då hitta uppslag till sådana lösningar?

En sedan länge fullt godtagbar arbetsform var och är *komparativ* rätt. Eftersom USA i flera hänseenden

hade kommit något så när långt, blev dess miljörett nästa studieobjekt. Först gällde det miljö kvalitetsnormer, därför att sådana – till skillnad från avvägningsregler – utgick från något i naturen.²⁶ Därefter blev det miljökonsekvensbeskrivningar,²⁷ därför att med dessas införande övergick miljöretten, också internationellt, till en ny fas. Miljöretten som disciplin skulle utan tvekan utvecklas genom att sådant beforskades.

Rönen av sådan forskning vidgade kunskaper om olika metoder för rättslig miljökontroll. Redan här skymtade en rättsvetenskaplig övergångszon där begreppet *metodik* börjar behövas. Inte bara miljöpolitik jämfördes utan – och kanske främst – teknik för att genomföra sådan och lösa miljöproblem.

Men jämförande studier har en allvarlig begränsning i det att de inte inbegriper mer än vad som redan har gjorts i något (annat) land. Den rätts- eller metodikjämförande forskaren *reagerar* så att säga på det som redan finns. Om i världen inga effektiva lösningar har sett dagens ljus, kommer heller inga sådana lösningar fram i en rent jämförande studie. Om å andra sidan sådana studier görs utifrån en övergripande problematisering som gäller hur det ekologiska dilemmat skulle kunna hanteras, så blir en jämförande studie inget annat än ett första, *reaktivt* steg. Ett sådant steg belyser "the state of the art".

Om man därefter analyserar i vilken utsträckning (om någon) den modernaste metodiken verkligen är tillräcklig för dilemmats hantering, samt hur den skulle kunna utvecklas, så har forskaren utvidgat forskningsfältet i ett viktigt hänseende. Ty då lämnar hon gällande rätt, även gällande rätt i olika länder, och övergår till instrumentell forskning via konsekvensanalys. Det innebär faktiskt att gå över en gräns. I och med att hon då inte låter sig begränsas av redan framtagna lösningar, utan utgår från ett problem och

²² Westerlund, S: *Miljöfarlig verksamhet*. Norstedts 1975, kap 23, särsk. s 315 f och 322 ff.

²³ Uppsala 1943.

²⁴ Alltså en ansats till ett rättsekologiskt angreppssätt.

²⁵ Ljungman strävade bl.a efter att "placera in grannelagsrätten i ett större rättsidéhistoriskt sammanhang" varvid han fann att "just utvecklingskedjan från *äldsta romerska tid till Justinianus* . . . och vidare till *tysk-romersk rätt och BGB* var ett givande arbetsfält." Op. cit. s 8.

²⁶ Westerlund, S: *Clean Air Act, Federal Water Pollution Control Act, Miljöskyddslagen*; Olika metoder för rättslig kontroll av luft- och vattenkvalitet. Stencil. Juridiska institutionen i Uppsala 1976 samt Westerlund, S: *Det rättsliga genomförandet av USA:s luftkvalitetsnormer*. Stencil. Juridiska institutionen i Uppsala 1977.

²⁷ *Environmental Impact Assessments*. Westerlund, S: *Miljöeffektbeskrivningar. Del 1: Reglerna och tillämpningen i USA*. Naturresurs- och miljökommittén. Stockholm 1981.

hur detta skulle kunna lösas, har hon övergått till problemlösningssinriktad, *proaktiv* forskning.²⁸

För miljörettens del innebär detta en övergång till *miljörettslig metodik*.²⁹

5 Rättslig metodik

Inledning

En problematisering som är relaterad till något utanför rätten själv eller samhället, *men där detta något är eller kan göras beroende av hur rätten är*, samtidigt som problematiseringen syftar till att kunna hantera detta något – det hör inte hemma i åtminstone den svenska rättsvetenskapens huvudfåra. Situationen förefaller likartad i övriga nordiska länder. Mest utförs reaktiv forskning, alltså forskning där forskaren reagerar på vad lagstiftare har gjort och domstolar m.fl. har beslutat (plus vad andra forskare m.fl. redan har skrivit) medan väldigt lite görs i form av proaktiv

²⁸ Märk här att det handlar om ett eller flera problem, för vilka en lösning söks. Vi rör oss alltså inte med frågor om t.ex. lag och moral. Detta betyder att inget av det som är skrivet om det sistnämnda har någon bäring på instrumentell, problemlösningssinriktad forskning. Vad sedan gäller begreppet proaktiv (och därmed också reaktiv) forskning, är termerna delvis öppna. Till att börja med ägnar sig många forskare endast åt att forska utifrån sådant, där någon annan redan skapat eller formulerat något – inom rättsvetenskapen vanligen eller flera rättsregler och system. En renodlad sådan forskare går inte utanför just detta. Andra forskare utgår däremot från ett visst problem eller problemkomplex, typiskt sett utanför rättsordningen men där rättsordningen ger principer och regler (inklusive att om inget sägs, så är det oreglerat), och försöker utifrån detta att utveckla ett bättre regelverk än det befintliga. Att rättsvetenskaplig forskning kan vara reaktiv men ändå ha med sådana element, gör den till blandad, så att säga. Om blandningen ytterst utgår från reglerna som de är eller antas vara, och inte från det bakomliggande problemet, är forskningen reaktiv i princip.

²⁹ Språket är i sig mycket begränsat jämfört med mängden tankar som språket kan ge uttryck för. Begreppet "miljörettslig metodik" är bara ett av många exempel. Sådan metodik kan bara begränsat till reaktiv forskning, då man är begränsad av de regler och system som redan finns (eller har funnits). Då har man ingen direkt forskningskoppling till miljöproblematiken, endast en indirekt sådan som då är bunden av hur gällande rätt (eller motsvarande) bestämmer *sina* problem. Om man däremot utgår från ett problem (såsom den om ekologisk hållbarhet) är det just det problemet som styr såväl teoriutveckling som annat, även sett utifrån juridisk synpunkt.

forskning,³⁰ alltså forskning som kännetecknas av lösande av miljöproblem.³¹

Jag hävdar nu att sådant indikerar en kris för varje rättsvetenskaplig disciplin, där disciplinen ändå relaterar till ett problem som ligger utanför själva rätten.

Miljöproblematikens rättsliga sida

Jag har många gånger erfarit hur miljöproblematiken som sådan inte accepteras som lämplig för rättsvetenskaplig problematisering.

Några synes ha menat att rättsvetenskapens uppgift inte är att åstadkomma något i verkligheten, utan bara inom sig själv.

Andra uppfattar miljöproblematik som uteslutande politik, oavsett det förhållandet att så snart som en lagstiftande församling beslutar om en politik och att den ska genomföras, så kräver (åtminstone i en rättsstat) ett framgångsrikt genomförande att lagstiftningen anpassas till detta.³²

Många som i och för sig inte tar sin tillflykt till politikhänvisningar förefaller dra en gräns bortom samhället. D.v.s. att de kan acceptera att samhällsproblematik kan få inverka på rättsvetenskaplig problematisering, så länge det inte rör sig om ren politik.

Ytterligare andra, som jag har mött också i mycket sen tid och på överraskande nära håll, ser ett hinder i att miljöproblems lösande kräver kunskaper också om själva problemet – miljön, naturen etc. – och "då

³⁰ Begreppen reaktiv och proaktiv miljörettsforskning lyfts fram i Westerlund, S: *Theory of Law for Sustainable Development – Towards or Against?*, in Bugge, H.C. & Voigt, C: *Sustainable Development in National and International Law*. Europa Law Publishing 2008.

³¹ Termen 'proaktiv' används också i en annan, kanske främst inomrättslig, kontext ("Proactive Law has its origins in Preventive Law comprising legal and practical principles for anticipating and avoiding legal problems" – <<http://www.proactivelaw.org/>> besökt 26 februari 2008) vilket inte ska blandas samman med hur termen används här av mig – jag avser proaktiv *forskning* som är en motsats till reaktiv *forskning*.

³² Den praktiska rättsstatliga betydelsen belyses bl.a. i min slutrapport angående Ålands miljöpolitiska handlingsprogram, publicerad som Staffan Westerlund: *Ålands Miljöpolitiska handlingsprogram. Slutrapport*. Åländsk utredningsserie. 1992:8.

är det inte juridik". En sådan inställning kan i sin tur vara av minst två slag. Att den som talar själv saknar tillräckliga miljökunskaper och därmed underkänner sådan problematisering som kräver sådana, respektive ren okunskap om juridiken och om det förhållandet att betydande delar av denna har utvecklats för att hantera problem utanför densamma.³³

Att miljörettsvetenskapen medför problem för dem som forskar i huvudfåran är lätt att förklara. Jag ska göra det med ett ganska begränsat problem, nämligen hur en fiskpopulation ska förvaltas, så att den reproducerar sig tillräckligt och regelbundet så att människor ska kunna skörda därur (alltså fiska).³⁴

Vi börjar med konstaterandet att det resultat som då ska nås avser något ute i naturen, inte i samhället. Men det finns ingen fiskarnas gud att be till, utan för att resultatet ska kunna nås, måste människorna totalt sett (och därmed i samhället) så anpassa sitt handlande och sina verksamheter, så att *dels* de ekologiska förutsättningarna för fiskarten i vattensystemet blir tillräckliga *för fisken*, *dels* inte det mänskliga uttaget av fisk ur populationen sker på ett sådant sätt, eller i sådan omfattning, att fiskpopulationen underskrider en för förvaltningsmålet uppställd kvantitativ gräns. Styrningen av mänskligt beteende, och därmed samhället, är alltså ett medel för att nå målet, men inte ett mål i sig. Det som målet relaterar till (avser) reagerar endast enligt naturlagarna. Av detta följer givetvis att kunskaperna om det som målet omfattar

³³ Som att i skadeståndsrätten beakta att om stenen A faller i huvudet på person B och B omedelbart därefter ligger med krossat huvud bredvid stenen, så kan det finnas ett samband och därmed en möjlighet att låta den betala som ställde till med eländet genom att släppa stenen A från tredje våningen när B stod därunder. Eller familjerätten som att om C idkar oskyddat samlag med D och D efter omkring nio månader föder ett välartat barn samt hon inte har idkat samlag med någon annan än C under tiden av säg drygt nio månader före nedkomsten, så har man fixerat rättsligt vem som är far till den lilla telningen. Eller straffrätten. Vattenrätten. Byggnadsrätten. Finansrätten. Och många till. Var finns de problem som dessa discipliner egentligen relaterar till?

³⁴ För en närmare sentida beskrivning och analys av hur olika slags regler m.m inverkar på yrkesfiskares överfiskning, se Lövin, I: *Tyst hav. Jakten på den sista matfisken*. Ordfront 2007. En mer brutal beskrivning av hur allmänningarnas tragedi verkar, och av ett regelverk som inte säkerställer en resurs' hållbarhet, är svår att finna.

måste ingå i underlaget för de rättsliga lösningarna.

Vetenskapsteoretiskt är det inte mer komplicerat än så.

Det slags okunskap som jag antydde inledningsvis i detta underavsnitt motverkar miljörettsvetenskapens utveckling. Miljöproblematiken är ju i sig synnerligen komplex och kunskapskrävande. Den avser mänsklighetens ekologiska dilemma och kan därför inte hanteras som ett rent avvägningsproblem. Av detta följer till att börja med att kunskaperna om det ekologiska dilemmat som sådant och om dess bakgrund måste vara tillräckliga. Det räcker då inte med att prata om "behov av tvärvetenskap" etc, ty de naturvetenskapligt beskrivbara omständigheterna måste på ett eller annat sätt *föras in i själva rättsvetenskapen*.

Vidare måste olika lösningar på miljöproblematik vara ändamålsenliga, effektiva, om de alls ska kunna ses som lösningar. Det är givet att det är respektive problem som genererar kriterier för sin lösning, och att det inte är lyckosamt att först välja en viss lösning och därefter omformulera problemet till att passa den föregivna lösningen. Om tretåig hackspett ska uppnå och/eller bibehålla tillräckligt starka populationer i ett land, behöver man veta vad arten i fråga behöver i form av biotoper m.m, varefter man måste se till att sådana kommer att finnas i tillräcklig omfattning. Svaret på vad som krävs för denna fågelarts fortlevnad finns varken i Dworkins skrifter eller i Europakonventionen om mänskliga fri- och rättigheter, heller inte i Hägerströms alster eller hos Habermas. Svaret på frågan hur man säkerställer denna fortlevnad, däremot, är en metodikfråga där lösningen är underkastad ändamålsenlighetskravet – att den ska vara effektiv för just artskyddet i fråga. Det innebär att rätten ska utformas därutifrån och att därmed verkligheten (realia) ingår i vad som är rättsvetenskapligt relevant, vilket i sin tur har betydelse för hur handlingsregler m.m behöver konstrueras och tillämpas.

Verklighetens rättsvetenskapliga relevans

Av detta följer att varje rättsvetenskaplig analys som rör en regel vars syfte är att uppnå eller undvika något

utanför rätten själv, och som avses inbegripa en effektivitets- eller ändamålsenlighetsanalys, *måste* bygga på information om, och bedömningar av, sådant som ändamålet inbegriper.

I teoretiskt hänseende är detta generande självklart. Varje miljörettslig teori som utgår från ett miljöproblem, men som förutsätter något som är naturvetenskapligt felaktigt, blir därmed också rättsvetenskapligt felaktigt.

När det gäller vetenskaplig *metod*, i meningen tillvägagångssätt, är det lätt att se svårigheterna. Men dessa måste övervinnas. Den forskare som inte anser sig klara av detta ska naturligtvis inte förändra den miljörettsvetenskapliga problematiseringen, utan antingen lära sig mer, gå till någon annan disciplin eller begränsa sig till delar av miljöprocess och miljöbrott och lite annat, som egentligen utgör process- eller straffrätt. Att däremot degradera eller omdefiniera en disciplin, därför att man själv inte klarar av vad den egentligen kräver, strider mot rimlig vetenskaplighet,

Detta får full aktualitet när den rättsliga disciplinen tar steget från reaktiv forskning om gällande rätt till problemlösande, proaktiv forskning av typen rättslig *metodik*. Betänk här att varje person som deltar i ett lagstiftningsarbete är inblandad i just metodik! Han måste därvid anlägga ett instrumentellt synsätt för att utforma lagen som ett ändamålsenligt styrmedel. Detta kräver bl.a kunskap om de realia, som ändamålet aktualiserar.

Åtminstone i Sverige är lagstiftningslära inget läroämne. Bland de få som ändå sysslar med sådan lära, förefaller reaktiva förhållningssätt dominera (alltså att studera olika lagstiftningstekniker m.m så som dessa har utvecklats) på bekostnad av proaktiva förhållningssätt (att utveckla lagstiftningsteknik i och för olika ändamål).

Lagstiftningslärans undanskymda eller obefintliga roll inom juridiken är egentligen mycket märklig, eftersom det tillskapas så mycket lagstiftning – men utan utbildning eller ens utvecklade läror för sådant. Ändå ser nästan ingen detta som ett problem.

6 Miljörettens utveckling i proaktiv riktning

In på 1980-talet fortsatte jag min i stor omfattning reaktiva forskning.³⁵ Dock märkte jag att problematiken med inte bara illa konstruerad lag, utan också lag som inte alls räckte för sitt påstådda ändamål, ökade. Det gällde inte bara Sverige, även om det kanske var särskilt tydligt där. Den komparativa forskningen visade på redan känd miljörettslig metodik som gick långt bortom den nordiska.³⁶ Att intressera det svenska rättssamfundet för sådant visade sig med tiden snudd på omöjligt,³⁷ främst beroende på ett fasthållande vid den tidigare avvägningstanken men också på oförståelse inom juridiken för den "nya" disciplinens problematisering över huvud taget, för att den berörde mer än vad de etablerade disciplinerna kunde erbjuda.³⁸

Det framstod alltmer tydligt att det förelåg ett mycket allvarligt teoriproblem när det gällde något så grundläggande som styrsystem för hantering av miljöproblem och för genomförande av miljömål och liknande. Genom Gabriel Michaneks inträde som doktorand fördubblades den på miljörettsutveckling inriktade svenska miljörettsforskarskaran. Alltmer av systemtänkande (och därmed också helhetstänkande) kom in. Hans bok *Den svenska miljörettens uppbyggnad*³⁹ var den första undersökningen av hela miljöregelsystemet (inklusive många regler vilkas tillämpning kunde stå i konflikt med miljöskyddsriktade regler). Tänkandet i den boken kom så småningom att avspeglas i arbetet på en svensk miljöbalk. Sådana

³⁵ Till och med om ersättningsregler vid naturskydd m.m., Westerlund, S: *Naturvård och pågående markanvändning*. Liber 1980.

³⁶ Westerlund, S: *Miljörettslig utveckling. Tendenser 1960-talet och framåt*. I Förvaltningsrättslig tidskrift 2007.

³⁷ Se närmare om detta i Westerlund op. cit.

³⁸ Från vissa andra samhällsvetenskaper såsom (svensk) statsvetenskap och rättssociologi kom därtill signaler om att lag över huvud taget saknade betydelse när det gällde att genomföra miljöpolitik och de, som stod nära den svenska lagstiftningsprocessen, formligen älskade sådana påståenden och upphöjde dem nästan till dogmer.

³⁹ Michanek, G: *Den svenska miljörettens uppbyggnad*. Iustus 1985.

begrepp som *genomförbarhetsanalys* och *kontraproduktivitet* blev i det skedet aktuella.⁴⁰ För min del ledde detta till den första boken i miljörettslig metodik, *Miljörättsliga grundfrågor*⁴¹ samt en på systemtänkande grundad studie av svensk miljökontroll.⁴²

I och med att miljörettsvetenskapen därmed hade utvecklats till sin andra nivå – metodiknivån, kunde gällande rätt undersökas och utvärderas utifrån en annan problematisering än att advokater och domare inte visste ut eller in om vad som "gällde", men också utifrån en annan problematisering än sådana exploaterers, för vilka miljölagar var ett problem för deras näringsplaner och lönsamhet.

Detta gick väl ihop med den internationella utvecklingen inom det miljöpolitiska området med dess förändrade inriktning till hållbar utveckling. Metodiken begränsades inte till hur man ändamålsenligt kunde tillämpa gällande rätt, eller hur man kunde lagstifta så att ett uppställt miljöproblem vilket som helst kunde hanteras som just ett sådant. Nej, den anpassades också till den internationella övergången från avvägningstanke till mänsklighetens ekologiska dilemma och därmed till betydelsen av miljörelaterade gränser ägnade att rättsligt säkerställa att miljökvaliteter m.m inte underskred vissa värden, nivåer etc.

Att miljörettslig metodik genererade teorifrågor, som miljörettsdisciplinens första nivå inte gjorde, var lätt att se. En kardinalfråga var hur man skulle hushålla med en begränsad resurs, där resursen i fråga reagerar enligt naturlagarna samtidigt som den behöver behållas tillräcklig. Denna fråga gällde nu hela biosfären. Men den kunde också brytas ner till att gälla en vattentillgång, en levande resurs (såsom fiskpopulationer), en miljökvalitetsfaktor etc.⁴³ Frågan blev helt enkelt ofrånkomlig i och med inriktningen

⁴⁰ Se bl.a Högberg G: *Rätten som nödvändig faktor i genomförandet av miljöpolitik*. I Miljörettslig tidskrift 1993:2.

⁴¹ Westerlund, S: *Miljörättsliga grundfrågor*. Tapir Forlag, 1987.

⁴² Westerlund, S: *Svensk miljökontroll i rättsligt styrningsperspektiv*. Reviderad utgåva av rapport 1987, nu publicerad på <<http://www.imir.com/pdf-filer/rapport87.pdf>>.

⁴³ Vilket kan studeras i ett antal EG-direktiv om vattenkvalitet och numera också inom vattenramdirektivet.

på hållbar utveckling.⁴⁴

Två svenska forskningsinsatser återspeglar detta i särskilt hög grad, Jonas Christensens om fosfor⁴⁵ och Lena Gipperths om miljö kvalitetsnormer och genomförande av miljömål.⁴⁶ Därtill kom en tredjedel viktig insats med grekiskt ursprung genom Michael Decleris,⁴⁷ när han åskådliggjorde systemtänkandets särskilda betydelse i hållbarhetssammanhang.⁴⁸ Den som har läst dessa arbeten och förstått, kan därefter inte backa i sitt tänkande tillbaka till tidigare rättsteori och äldre rättslig metodik. Systemteori som också inbegriper ekosystemen och biosfären (Decleris), icke-linjäritetens problem och omformningen av icke-linjära effekter till rättsligt genomförbara regler – rättslig operationalisering – (Gipperth) samt termodynamikens relevans för hushållning med icke utbytbara naturresurser (Christensen) rör samtliga sådant, som man måste förstå, om man ska kunna utforma ändamålsenliga förvaltnings- och styrsystem och därmed också (i rättsstater) lagstiftning.

De tre nämnda arbetena relaterar till frågan hur man uppnår att en ekologisk resurs inte försämras bortom en eller annan gräns, i detta fall gränsen för ekologisk hållbarhet. Särskilt hos Decleris behandlas också problemet att inom gränsen för ekologisk hållbarhet åstadkomma samhällelig hållbarhet och utveckling. De två övrigas forskning förberedde för sådan problemutvidgning. Inga Carlmans påföljande arbeten om adaptiv miljöplanering⁴⁹ utgör just en

⁴⁴ Se särskilt Christensens och Gipperths avhandlingar.

⁴⁵ Christensen, J: *Rätt och kretslopp. Studier om förutsättningar för rättslig kontroll av naturresursflöden, tillämpade på fosfor*. Iustus Förlag 2000.

⁴⁶ Gipperth 1999, supra not 10.

⁴⁷ Decleris, M: *The Law of Sustainable Development. General Principles*. <<http://europa.eu.int/comm/environment/law/pdf/sustlaw.pdf> (2000)>.

⁴⁸ Dessförinnan hade Torstein Eckhoff och Nils Kristian Sundby kopplat samman systemteori och rättssystem inklusive samhällssystem. Eckhoff, T. och Sundby, N. K.: *Retssystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, 2 uppl. (Oslo: Tano, 1991).

⁴⁹ Carlman, I: *Adaptiv miljöplanering nästa*. I Michanek & Björkman (red): *Miljörätten i förvandling – en antologi*. Rättsfondens skriftserie 36. Iustus förlag 2003, och Carlman, I: *The Rule of Sustainability and Planning Adaptivity*, in *Ambio*

sådan utvidgning.

Kunde de nämnda arbetena ha fullbordats utan ett första steg inom den spirande disciplinen miljörett, det steg där utgångsläget (gällande rätt) och dess inverkan på förutsättningarna för biosfärens förhållanden och miljö kvalitet hade blottlagts?

Inte gärna. Om man inte förstår rättens betydelse i miljö- och hållbarhetshänseende, vet man inte hur man ska utveckla, i meningen konstruera, rätten i önskad riktning.⁵⁰ Man behöver teoriramar som är adekvata utifrån just detta. När sådana finns, har ett mycket viktigt steg tagits i utvecklandet av miljörett som en egen rättsvetenskapliga disciplin.⁵¹

Detta behöver dock inte göras genom att varje miljörettsforskare ägnar omfattande tid åt reaktiv forskning. Den reaktiva delen av miljöretten samlas ganska väl i litteratur och i framtiden väl också i den grundläggande juristutbildningen, rimligtvis då på grundval av hållbarhetsinriktningen.

Detta måste göras kompromisslöst. Forskningen ska inte styras av teori och metod *som inte passar för problematiseringen*.⁵² Här kan akademiska trögheter bromsa den vetenskapliga utvecklingen. Varje akademisk bedömning av ett forskningsarbete, där bedömningen bygger på kriterier som inte är fullt relevanta utifrån problemställningen, bidrar till att bromsa eller rentav motverka sådan utveckling. Åtminstone tre sammanhang är här särskilt riskabla – doktorsavhandlingar, varje arbetssituation där forskaren sneglar mot akademiska karriärmöjligheter, samt – bekant för så många – ansökningar om forsk-

Vol. 34, No. 2, March 2005.

⁵⁰ För att uppnå sådan förståelse måste man dock relevant problematisera också undersökningar av gällande rätt. Forskningens "syfte" ska alltså inbegripa att det man får fram bidrar till förståelse i miljökontrollhänseende. Då medverkar man till miljörettsvetenskaplig kunskapsstillväxt. Om däremot "syftet" är att ordna upp gällande miljöregler utifrån ett gällande förvaltningsrättsligt synsätt – och inget mer – så måste därefter någon annan ta itu med att bearbeta detta i och för miljökontrollförståelse.

⁵¹ Märk att jag talar om utvecklandet av en disciplin, inte av enskilda forskare. När väl en disciplin börjat utvecklas och nya forskare går dit, behöver de inte börja med gällande rätt etc. De kan i stället lära sig sådan genom böcker m.m.

⁵² Se fotnot 2.

ningsanslag. Dessa situationer präglas ofta, för att inte säga typiskt sett, av att insatserna ska bedömas av personer, som kan komma att bedöma utifrån sina egna uppfattningar om vad som är "riktig" juridik etc snarare än utifrån en full accept av den problematisering, som forskaren har arbetat utifrån.

7 Den tredje nivån: Teoriutveckling

Om då rättsvetenskapen utvecklar sig själv till att acceptera också proaktiv forskning och problemlösning, vid sidan av rättspositiv forskning och liknande, så följer att utvecklandet av nya rättsvetenskapliga discipliner – särskilt sådana som är relaterade till något problem utanför rätten själv – dels blir probleminriktat och därför proaktivt, dels medför teoritillväxt.

Teoriutveckling är därför den tredje nivån (eller snarare komponenten)⁵³ i en disciplins utveckling. Redan initialt behövs naturligtvis en teoriram, men mycket behöver sedan utvecklas. Teoriramen måste vara adekvat i förhållande disciplinens problematisering och kan därför inte utan vidare hämtas från någon annan disciplin.

Figuren på föregående sida återspeglar dels miljörettsvetenskapens uppdelning i aktörs- och reaktörsperspektiv, dels den mest elementära styrsystemproblematiken, och går vad gäller det förstnämnda tillbaka på min installationsföreläsning 1992.⁵⁴

Problematiseringen tar sitt avstamp på högersidan men avser förhållandet mellan högersidan och vänstersidan. Ekologisk hållbarhet avser kvaliteter på högersidan men kan ändå inte stipuleras utan avseende på dess beroende av, och inverkan på, förhållanden

⁵³ Egentligen är själva den nivåterminologi som jag hittills har använt problematisk. De tre "nivåerna", alltså kunskapsinsamlade och förståelse av utgångsläget, metodiken och teoriutvecklingen, går i varandra. Å andra sidan är kunskaper och förståelse av utgångsläget – i ljuset av miljö- och hållbarhetsproblematiseringen – en förutsättning för att metodiken ska kunna utvecklas på ett ändamålsenligt sätt och då, om inte förr, aktualiseras också olika teoretiska frågor. Att stanna vid utgångsstudier och metodik är dock vetenskapligt ganska otillräckligt.

⁵⁴ Westerlund, S: *Miljörettsligt perspektiv*, i *Miljörettslig tidskrift* 1993:1.

på vänstersidan. Det ekologiska dilemman uttrycks alltså indirekt via begreppet ekologisk hållbarhet.

stater etc) till vänster – inkluderande också elementära sociala saker som rör familjeliv och mycket annat. Och



På högersidan finns allt som blott reagerar enligt naturlagarna. I mitten finns människan i egenskap av aktör och hennes institutioner m.m, alltså samhällssystemet. Endast aktörer kan vara adressater för lag. Bilden illustrerar alltså de två stora systemen – biosfären (till höger) och de samhälleliga (mer till vänster). Antropogen miljöpåverkan är alltid en direkt eller indirekt följd av hur människors betar sig fysiskt – deras handlande korsar så att säga gränssnittet mellan de två systemen (se pilen). Emellertid kontrolleras samhällssystemet genom lag (i kombination med andra, ytterst sett lagberoende, styrmedelssystem). Det finns i bilden längst till vänster.

Avvägningstanken är däremot avgränsad till vänstersidan även om det var resurser på högersidan som olika intressen antogs ha olika anspråk på. Avvägningstanken satte ingen gräns för hur hårt högersidan får försämrats utan krävde bara att onödig påverkan⁵⁵ undveks. Det sistnämnda fann jag anledning att i *Miljörättsliga grundfrågor 1987* benämna *dämpningsregler*.⁵⁶

Eftersom mänskligheten och dess samhällen, civilisationer, är totalt beroende av förhållandena på högersidan, i biosfären, innebär hållbarhetstanken därför att biosfärsförhållandena ska räcka till för hela mänskligheten över tiden, samt att detta i sin tur ska åstadkommas genom en fullt tillräcklig *återhållsamhet* på vänstersidan – i samhället.

I systemhänseende måste därför åtminstone tre (egentligen fyra) system ingå i det miljörättsliga teoribygget. Biosfären (med dess alla ingående mindre ekosystem) till höger (på reaktörssidan). Världssamhället (med alla dess ingående delsystem i form av

så rättsordningen såsom ett regelsystem för att styra samhällena och dess personer. Närmare besett är det ett samhälleligt styrsystem som behövs och som regleras genom ett regelsystem – rättsordningen.⁵⁷

Naturen, biosfären, som ett rättsligt relevant system ger miljörätten dess specifika karaktär.⁵⁸ Om biosfären vore gränslöst stor eller obegränsat självförnyande, skulle miljörätten främst ha varit en naturresursrätt och miljökvalitetsrätt, där avvägningstanken vore relevant. Men biosfärsituationen är den motsatta, vilket ger mänskligheten dess ekologiska dilemma. Att fullt ut assimilera detta och utveckla problematisering och förståelse för att hantera detta dilemma bidrar till att ge miljörätten sin särskilda karaktär. Om inte förr så på det stadiet är disciplinen så långt utvecklad, att den inte längre kan hanteras som en komponent i någon äldre disciplin.

Detta sammanhang av system kräver sin specifika

⁵⁵ Som kunde förebyggas inom ramen för tillgänglig teknik etc.

⁵⁶ Sådana regler uttrycker krav på att dämpa, för att inte säga minimera, miljöpåverkan. Jfr "precautionary rules" m.m. Se vidare särskilt Westerlund *Miljörättsliga grundfrågor 2.0*, Åmry förlag 2003, s 141 med not 13.

⁵⁷ Nordisk rättsvetenskap har tillförts en viss insikt i systemteoretiskt tänkande genom Eckhoff. T & Sundby, N K: Rättsystemer (not 47 *supra*) och kommer förhoppningsvis också att observera Decleris' bok (not 46 *supra*).

⁵⁸ Grannelagsrätten och immissionsrätten av äldre typ är på det sättet här föregångare i det att störningar som huvudregel kräver något medium (luft, vatten etc). Undantag är det som kallas psykiska immissioner. Men medium är en sak, resurs en annan.

förståelse och därmed teori, även om problematiseringen relaterar till biosfären och mänsklighetens beroende därav. Ansatser utifrån sådan förståelse finner man i bland annat Christensens och Gipperths tidigare nämnde arbeten. De slutsatser som där dras indikerar rättsliga lösningar, som ställer flera traditionella rättsproblem på huvudet. Slutsatsernas hållbarhet kan prövas utifrån hållbarhetsproblematismen. Om de håller i det perspektivet, behövs sedan ytterligare teori för att hantera att en del traditionella rättsproblem ställs på huvudet.

När då exempelvis äganderätt och rättssäkerhet framstår i en ny dager på grund av miljö- eller hållbarhetsproblematism, så blir teorin för detta i princip miljörettsvetenskaplig, samtidigt som den på något vis behöver inverka på till exempel konstitutionell rätt och förvaltningsrätt. Begreppet för detta är att åstadkomma *kompatibilitet* däremellan.⁵⁹

8 Allmänna läror

Att utveckla en miljörettsvetenskaplig disciplin är en viktig sak, men man får – vilket jag hoppas har kommit fram ovan – för den skull inte glömma återkopplingen till rätten som sådan, alltså gällande rätt.

För den miljörettsliga metodiken gäller inte bara att utforma lag och liknande, utan också att se till att gällande rätt bringas att fullt ut återspegla vad lagstiftarna avser att uppnå eller undvika. Teoretiserandets återspeglning inom gällande rätt är doktriner och/eller *allmänna läror*. En viktig uppgift för miljörettsvetenskapen är att uttyda och utveckla sådana läror. Också detta är kopplat till problematiseringen, men då den problematisering som ligger bakom ett visst regelverk.

Det är i de allmänna lärorna som olika rättsområden får sin egentliga karaktär och profil – och funktion. Ett exempel: Anta att förvaltningsrätten har en

⁵⁹ Westerlund, S: *Miljörettsvetenskap – med nödvändighet interaktiv*. I Gräns, M & Westerlund, S: (red): *Interaktiv rättsvetenskap. En antologi*. Uppsala universitet 2006, <http://www.diva-portal.org/diva/getDocument?urn_nbn_se_uu_diva-7443-1__fulltext.pdf>.

uppfattning om en proportionalitetsprincip, enligt vilken man ska väga nyttan för en enskild miljöpåverkare mot den ekologiska skada som *kanske* följer av hans (eventuella) miljöpåverkan, samt att uppfattningen också inkluderar att det är “det allmänna” som har ett slags bevisbörda för en restriktion (t.ex ett avslag på en tillståndsansökan).⁶⁰

Ekologin känner sådana begrepp som ekologiska tröskeleffekter och resiliens. Det är sålunda välkänt att ekosystem normalt reagerar icke-linjärt. Det är också välkänt att olika ekosystem kan sam- och motverka på mycket komplicerade sätt. Känt är också att när väl en ekologisk tröskel har överskridits, så kan det behövas mångdubbelt mer av tid och insatser för att återställa till läget för tröskelöverskridandet (inte minst inom biologisk mångfald kan detta visa sig omöjligt). Slutligen vet vi att vi inte vet hur många människor som finns på Jorden i framtiden. Allt detta tillsammans gör att det är omöjligt, för att inte säga intellektuell humbug, att påstå sig kunna bedöma proportionerna mellan exploatörsnytta och negativa konsekvenser.

Av detta följer givetvis att den här antagna förvaltningsrättsliga proportionalitetsprincipen inte kan assimileras i någon miljörettslig allmän lära utan att skada det som den miljörettsliga disciplinen problematiserar. Här behövs alltså en annan allmän lära om proportionalitet än en äldre förvaltningsrättslig.⁶¹ Den äldre kan bara fungera ändamålsenligt om det rör sig om uteslutande linjär påverkan, samt förutsatt att påverkningarna meningsfullt kan jämföras med varandra (jfr cost-benefit-analysis). Det ligger faktiskt i den rationella avvägningens idé att den inte kan överföras på situationer och samband där påverkan

⁶⁰ Det sistnämnda kan också ses som en förvaltningsrättslig uppfattning om legalitet.

⁶¹ En viss hjälp i sammanhanget är att skilja mellan materiell och instrumentell proportionalitet (Westerlund, S: *Proportionalitetsprincipen – verklighet, missförstånd eller nydaning?*, i Miljörettslig tidskrift 1996:2). Den instrumentella ifrågasätter inte vad som ska uppnås, men däremot hur. Den materiella däremot ifrågasätter vad som ska uppnås. Det förefaller inte finnas några bekymmer mellan förvaltningsrätt och miljörett vad gäller instrumentell proportionalitet. Det är när man kommer till materiell sådan som åtskillnad behövs.

är icke-linjär.⁶²

9 Så vad kännetecknar då en utvecklad disciplin?

Inledande sammanfattning

Rättsvetenskapen arbetar dels inom rätten och ser då ett visst rättsområde som en juridisk disciplin (avtalsrätt, finansrätt, miljö rätt etc), dels från utsidan av rätten och ser då sitt område som en rättsvetenskaplig disciplin (som dock kan ges samma benämning som motsvarande juridiska disciplin). Allmänna läror uppfattar jag, med den distinktionen, som den juridiska disciplinens motsvarighet till den rättsvetenskapliga disciplinens teori.

Inom en disciplin är det något som inte bara eftersöks och studeras utan också undersöks. Men inte bara det, där kan också sökas och lösas problem som på något väsentligt vis rör sådant som hör till disciplinens område. Ingen skulle förneka att en cancerdisciplin (onkologi) behåller sin vetenskaplighet även när den utvecklas för att förebygga, behandla och bota – och inte bara passivt beskriva och analysera – cancer.

Ställningstagande

Vad först gäller en tillräckligt utvecklad *juridisk* disciplin (ett "rättsområde"), så har den ett gott grepp om gällande rätt samt adekvata allmänna läror och metodik för *ändamålsenlig* rättstillämpning.

En tillräckligt utvecklad *rättsvetenskaplig* disciplin kännetecknas till att börja med av att rättsområdet kan definiera vilka slags allmänna läror och metodik som just det området behöver. Vidare ska metodiken för lösning av rättsområdets egentliga problem vara utvecklad eller under ordentlig utveckling. Slutligen ska disciplinen kännetecknas av en specifik teoriram som i sin tur är ägnad att generera fler teoretiska frågor.

⁶² Westerlund, S: *Sustainable balancing*. I Juhlajulkaisu Erkki J. Hollo. Helsinki 2000, s 405 ff och Westerlund, S: *Miljön och avvägningarna* I Michanek & Björkman (red): *Miljörätten i förvandling – en antologi*. Rättsfondens skriftserie 36. Iustus förlag 2003.

Dessa krav har jag funnit adekvata grundat på erfarenheterna av att utveckla och etablera den på sin tid nya disciplinen miljö rättsvetenskap.

Rättsvetenskap måste följaktligen kunna vara mycket mer än rättsdogmatik. Rätten, rättsordningar, kulturernas normsystem och institutioner för sådana system samt inte minst det förhållandet, att många använder rätten för att (skyddade av samhällsorgans reglerade våldsapparat) handla också på sätt som är skadliga för andra – allt sådant är exempel på vad som måste kunna vara föremål för vetenskaplig forskning. Så länge rätten är central eller på annat sätt relevant för problematiseringen, är det rimligt att hänföra forskningen i fråga till en vetenskap *om* rätten. Alltså rättsvetenskap.

Det är också först då som forskning om rätten kan bli ordentligt probleminriktad, verkligt proaktiv. En vetenskap som avvisar anspråk på problemlösning är en outvecklad vetenskap.

Att sedan vetenskap *om* rätten kan innehålla flera underdiscipliner, varav en är (vilket kan låta lite speciellt) vetenskap om vad som finns och gäller *inom* rätten, är bara en fördel. Tokigt blir det först om en sådan underdisciplin hävdas vara den enda eller den viktiga delen av rättsvetenskapen.

Rättskällor är naturligtvis inte tillräckligt material för proaktiv forskning. Undersökningar av hur domstolarna i själva verket handlar ger i många hänseenden inte mer än en förbättrad information om ett *problem*, men utgör i sig själv ingen problemlösning. Men för att kunna utveckla goda genomföranderegler, blir frågor om genomdrivande av reglerna mycket viktig. Detta har bl.a lett till teori om återkoppling inom själva regelverket som slår till, när regler inte tillämpats fullt ut eller regler visar sig behöva skärpas, därför att det ändå inte blir tillräckligt resultat.

Exemplet miljö rättsvetenskap

Utvecklandet av miljö rättsdisciplinen har rört upp frågor om vad rättsvetenskap egentligen kan innefatta. På olika sätt har synen på förhållandet mellan rättsvetenskap och rättspositivism, och inte minst den så kallade rättsrealismen – skandinavisk eller annan –

därmed aktualiserats. Upptakten till min forskarbana var ett *problem*, visst, men ett problem som hade sitt ursprung i mänsklighetens påverkan på, och beroende av, biosfären. Ofrånkomligt implicita är därmed frågor om dels hur människans påverkan stod och står i förhållande till lag och rätt, dels hur lag och rätt skulle kunna utvecklas för den händelse att man vill undvika att människan bidrar till sin egen ekologiska kollaps (och till annan skada och ohälsa etc).

Kopplingen till rätten var alltså given, eftersom problemet hade att göra med antropogen miljöpåverkan kopplat till det ekologiska dilemman och i konsekvens därmed rättslig kontroll av mänskligt beteende.

Att studera mänsklighetens ekologiska beroende är i sig en uppgift för andra vetenskaper än rättsvetenskapen, men resultaten därav är rättsvetenskapligt relevanta. Med mänsklighetens inverkan på de ekologiska förutsättningarna för sin egen existens är det en annan sak. Miljövetenskap i stort kan belysa den antropogena miljöpåverkan och dess effekter, kanske under beteckningen humanekologi. Men vi behöver därutöver en vetenskap som på något vis har samband med insikten att arten människa (*Homo sapiens*) har – tack vare evolutionen – sådana särdrag som gör henne till *aktör* och *tänkare* och *normutfärdare* m.m samt – inte minst – potentiell *ansvarstagare*.

Människans ekologiska dilemma är synnerligen reellt och går inte att komma undan genom samhälls- eller humanvetenskaplig jargong och förvirring om social konstruktion etc. Det juridiska dilemman i rättsstater (under Rule of Law) är på ett avgörande sätt kopplat till det ekologiska, eftersom handlande, verksamheter och produkter är fria och legala, så länge de inte med stöd av lag har lagts under restriktioner eller förbud. Härtill kommer att legaliteten innebär att rättsordningen *stöder* sådant som inte är illegalt, bland annat genom att tillhandahålla domstolar och polismakt m.m för att skydda personers rättigheter när dessa utan lagstöd angrips.

Om rätten då medger sådant som bidrar till degradering av naturbasen bortom vad som räcker för att upprätthålla en folkmängd på så många miljarder som finns vid varje tillfälle nu och i framtiden, så utgör rätten en fara för mänskligheten. Detta är

mänsklighetens *rättsekologiska dilemma*.

Problematisering och proaktiv forskning

Anta nu att det skulle bestämmas att samhällena ska så anpassa sina rättsordningar, så att mänsklighetens ekologiska dilemma hanteras fullt effektivt i den meningen att aldrig någon generation ska lida brist på resurser för att tillgodose samtliga då levande människors behov.⁶³ Detta återger ett *problem*.

Bland de vetenskaper, vars teori och data kan ha betydelse för problemlösningen, ingår rimligen en vetenskap som studerar och utvecklar sådana styrsystem, med vilka mänsklighetens sammanlagda potentiellt miljöpåverkande beteende behöver regleras och styras. Dessa styrproblem ser ut ungefär som följer.

Vi har som jag nämnt tidigare (minst) tre olika *typer* av system att beakta (figuren i avsnitt 7). Det till höger är biosfären och en nödvändig förutsättning för de till vänster. Till vänster därom finns samhället. Det styrs i sin tur av normsystemet, i en rättsstat bland annat rättssystemet.

Jämför nu följande två forskningsfrågor:

1. Hur inverkar styr- eller reglersystemen på vad som sker i samhället och därifrån vidare vad som inträffar i och med biosfären?

2. Hur behöver styr- eller reglersystemen vara konstruerade och fungera för att på så sätt påverka vad som händer i samhället och vidare i och med biosfären, att biosfären inte försämras så långt så att människor någon gång i framtiden inte kan tillgodose sina behov?

Den första problemställningen begränsas till att studera och utvärdera det som redan finns och förekommer. Sådan forskning begränsas till att *reagera* på vad som redan finns och händer – det är därför den är *reaktiv*.

Den andra går längre i det att problemställningen rör hur man kan eller behöver lösa mänsklighetens ekologiska dilemma. Den är således *proaktiv*.

Den som accepterar teserna om mänsklighetens ekologiska dilemma men också dess rättsekologiska

⁶³ Som bekant är detta i princip infört i rätten såsom hållbar utveckling.

dilemma, samt avser att proaktivt bearbeta det problemet, kan inte undvika en mängd frågor som rör rätten. Det följer redan av det rättsekologiska dilemmats betydelse för det ekologiska dilemmat.

Vilken syn på rättsvetenskaplighet har den som skulle hävda att detta inte är något för rättsvetenskapen?

Reaktiv rättsvetenskap omfattar grovt sett dels rättsdogmatik, dels rättsekologi,⁶⁴ dels komparativ metodik. Vi har inom Sverige ingen egentlig forskning där rättsekologi som sådan utgör själva kärnan.⁶⁵

Proaktiv rättsvetenskap bygger främst på metodik och teoriutveckling. Här innefattas bland annat lagstiftningsmetodik och styrsystemkonstruktioner. Det är lätt att förstå av bilden (avsnitt 7 ovan) att sådant kräver både rättsekologiskt underlag och sådant underlag som man får av den del av metodiken som handlar om rättstillämpning m.m. Detta kräver i sin tur underlag om hur gällande rätt fungerar och hur sådan rätt tillämpas.

Jag tror att vi nu, i början av 2000-talet, kan se med ett mildt överseende på fastsklamrandet vid det som kallas rättsrealism. Mycket kan förstås om vi antar att rättsvetenskapen har haft identitetsproblem i förhållande till detta med gällande rätt. Det är lätt att acceptera, och respektera, rättsdogmatik och/eller rättspositivism *såsom en av flera underdiscipliner* inom rättsvetenskapen. Den som utifrån detta ägnar sig åt sådant må sedan brottas med frågan hur det görs vetenskapligt. Först när företrädarna för detta försöker kapa hela disciplinen rättsvetenskap och föreskriver att sådan endast är rättspositivistisk och inriktad på rättsdogmatik, blir det lite löjligt. Ty därmed skulle de förvisa all forskning som syftar till bl.a rätts teknisk

⁶⁴ Rättsekologi är inte något definierat akademiskt ämne i Sverige. Om ett sådant ämne skulle utvecklas, skulle det bli en parallell till bl.a rätts ekonomi. Jag avråder från att försöka isolera rättsekologi som eget ämne eftersom sådant lätt leder till isolationism. Bättre är att utveckla rättsvetenskapen så att den klarar av att – till sin egen förkovran – interagera med andra vetenskaper varav ekologi är en sådan.

⁶⁵ Rättsekologi avses här inte vara något mycket bestämt. Det finns utrymme för sådan inom reaktiv forskning liksom inom proaktiv. I senare fallet är den helt nödvändig på det sättet att utan sådan, blir olika styrmedelslösningar mer eller mindre hängande i det blå.

problemlösning (utöver frågor om vad som hör till rättens givna innehåll) någon annanstans.

Detta är vanligen inte deras avsikt, får man förmoda. Mitt bidrag i denna artikel till att hantera detta är att föreslå en helhetssyn på rättsvetenskap och dess discipliner, att där placera in den mer domarinriktade rättsdogmatiken men också placera in den rättsliga metodiken och rättsteori, där den senare är såväl intern som extern.

Under de första åtta åren av min forskning, då embryot till miljö rätt som forskningsämne i Sverige började utvecklas, valde jag att forska utifrån det problem som hade sitt ursprung i mänsklighetens påverkan på, och beroende av, biosfären. Men jag gjorde det fatala vetenskapliga felet att jag ändå valde att forska utifrån teoriramar m.m *som inte genererades av det problemet*.

På ett sätt var det kanske tur att jag begick det felet, eftersom jag därigenom blev synnerligen väl insatt i gällande rätt och i rättspositivistiskt arbetssätt. Emellertid, om jag hade stannat kvar på det stadiet, hade miljö rättslig metodik inte utvecklats så tidigt som faktiskt skedde, vilket – om inte sådan metodik utvecklades någon annanstans – skulle ha hållit miljö rättsvetenskapen kvar på en embryonal nivå där den på sin höjd (med varierande grader av förvåning) redovisar olika rätts tekniska och andra styrningstekniska lösningar världen runt, under beteckningen komparativa studier eller något i den vägen, utan att ta steget över till problemlösning, till proaktivitet.

Att en färdigutvecklad disciplin också innehåller proaktiv forskning illustreras ganska väl av erfarenheterna av att utveckla miljö rätts disciplinen, bl.a med beaktande av vissa lagstiftningsvetenskapliga frågor.

Rätten är ju inte given av naturen, den skapas av människor. Ekologiskt ohållbar rätt kombinerad med rättsstatlighet legaliserar ohållbart beteende och leder i riktning mot ekologisk kollaps. Förloppet i den riktningen är numera snabbt och varje ekologisk tröskel som överskrids, varje gång ett ekosystem flippas,⁶⁶ minskar resursbasen. Om mänskligheten ska

⁶⁶ Detta innebär att ekosystemet går över i ett nytt läge som det ofta sedan fastnar i.

förebygga något, måste den i sina ansträngningar ligga före. Detta reducerar reaktiva⁶⁷ domstolar till att utgöra potentiella delar av problemet, samtidigt som det framhäver *lagstiftarnas* betydelse.

Lagstiftande förutsätter två slags aktörer. Dels de som är lagstiftare enligt konstitutionen. Dels de som konstruerar lagstiftningen (reglerna, lagarna, regelsystemen). Rättsvetenskapligt måste de senare sättas i fokus (medan statsvetenskapen får syssla med de förra). Om då inte kunniga personer medverkar i lagkonstruerandet, samt om teori och metodik saknas för sådant, samtidigt som miljöproblematiken är ofantligt komplex, så blir typiskt sett lagstiftningens kvalitet och ändamålsenlighet undermålig. Skulle det trots detta hävdas att det inte är en rättsvetenskaplig uppgift att utveckla metodik och teori för att utforma adekvat lagstiftning, är den rimliga frågan vilken vetenskap som då ska ta över alla sådana frågor, som ändå hör samman med just lag och rätt.

Om det i stället hävdas att det visst hör till rättsvetenskapen, men att den å andra sidan endast ska ägna sig åt rättsdogmatik och liknande positivistiska övningar, så blir diskussionsläget ett annat. Det räcker nämligen då med att ställa frågan vilka slags problemställningar, som en sådan outvecklad rättsvetenskap av den anledningen inte klarar av att hantera. Med andra ord: Vad faller bort i form av teori, metodik och problemlösning, om endast rättspositivism vore tillåten?

Detta för mig tillbaka till denna artikels rubrik. För att bli mogen måste en disciplin inkorporera metodikfrågor.

När väl detta är gjort, kan disciplinen verksamt delta i problemlösning. Och det är här som de verkliga vetenskapliga utmaningarna kommer till ytan. Miljörettsvetenskapen ökar den vetenskapliga problematiken mångfaldigt vid passagen över gränsen mellan rättspositivism och rättslig metodik.

Attitydproblemen och den vetenskapliga utvecklingen

Många förefaller tveka inför detta och föredrar att inte överskrida denna gräns. Vid ett första påseende tycks orsakerna vara två, men det är möjligt att det hela egentligen har sitt ursprung i förnekelse.

Den första möjliga orsaken är tanken att juridik är rättsvetenskap är rättspositivism, och att rättskällorna är rättsvetenskapens (egentliga) källor.

Den andra är att det blir så svårt, därför att inte bara andra realia blir relevanta, utan det krävs också annan och mer avancerad teori än den som är förhärskande i respektive land eller kultur.

Det som ligger bakom den första orsaken torde avvisas av vilken seriös forskare som helst, eftersom det förutsätter att man har ristat en teoriram och metod i sten och sedan anpassar problemställningarna till dessa, i stället för att göra tvärtom.

Den andra orsaken borde knappt någon forskare våga formulera högt, eftersom det skulle implicera att forskning inte ska ge sig på sådana problem som kräver ansträngningar och teoriutveckling.

De två möjliga orsakerna kan förefalla tillräckliga, så varför dra in eventualiteten av förnekelse?

Två skäl är näst intill uppenbara. Det första har sitt ursprung i hur det ekologiska dilemmat har uppfattats. Naturvetenskapligt är det ingen revolutionerande teori att biosfären är begränsad och att människorna är beroende av naturbasen. Data om folkökningen är väl kända. Huvudlinjerna av minskningen av den biologiska mångfalden likaså. Termodynamikens andra huvudsats har inte kullkastats.⁶⁸

I överföringen till politik, men också till gemene mans handlande, är det dock lätt att se ett slags förnekelse. Å ena sidan utgjorde bestämningen av begreppet hållbar utveckling ett viktigt steg i riktning mot att se verkligheten klart. Å andra sidan har ännu inget land systematiskt ställt om sig för hållbarhet. Men inte bara det. Själva begreppet utsätts för så kallad uttolkning, där nästan all sådan går i samma riktning som en ren förnekelse av det ekologiska

⁶⁷ Här används termen "reaktiv" i ett annat sammanhang. Domstolar kan ju blott invänta att mål kommer till dem, på vilka de sedan kan reagera.

⁶⁸ Den kanske bästa integrationen av termodynamik och miljörettsvetenskap är Jonas Christensens avhandling *Rätt och kretslopp*.

dilemmat gör, nämligen försök att skjuta undan den nödvändiga naturvetenskapligt grundade slutsatsen att en biosfär måste finnas med tillräcklig bärkraft för alla de människor som finns, generation efter generation – annars ingen social och ekonomisk hållbarhet.

Detta slags förnekelse-liknande beteende är inte begränsat till politiker och näringslivsföreträdare utan ses hos många forskare – inte minst inom samhälls- och humanvetenskaperna.

Det andra skälet till att dra in eventualiteten av förnekelse går faktiskt tillbaka till Kuhn och hans idé om paradig. Motståndet mot ett nytt paradigm är (ofta) en form av förnekelse.⁶⁹ Det typiska fulla paradigmskiftet kännetecknas ju av att det nya paradigmet i själva verket förklarar mer än det tidigare och/eller därtill kanske på ett mera rationellt sätt. Ändå strekar många forskare emot – så många och så typiskt, att Kuhn ansåg det värt att skriva sin bok därom.

Förnekelse lik sådan har jag mött under många år inom rättsvetenskapen. Den har ofta understöts av argument på låg akademisk nivå. Jag har sålunda mötts av professorsargumentet att detta med miljö-kvalitetsnormer är ett utslag av naturrätt, att detta med lagstiftningsteknik är politik och inte juridik, samt att endast rättspositivism uppfyller kriterier på vetenskaplighet. Inte ens när politiken beställer rättsligt genomförande av hållbar utveckling, svarar sådana forskare med att acceptera att det också är en rättsvetenskapligt godtagbar uppgift. Många håller i stället fast vid äldre rättsgrundsatser och äldre synsätt (såsom att allt är avvägningar), samtidigt som de – till synes paradoxalt – hävdar att de minsann inte är naturrättare.

Teori

Och därmed återvänder jag än en gång till den tredje nivån i en rättsvetenskaplig disciplins utveckling och vetenskapliga mognad – teori.

Nya problem kräver lösningar som är anpassade

⁶⁹ Jag har utvecklat paradigmsfrågan och miljöretten i dels *En hållbar rättsordning*, iustus 1997, dels *Världsbilder, rättsvetenskap, juridik och hållbar utveckling*, i Svensk Juristtidning 2006 p. 309.

för just dessa problem – eftersom många forskarkolleger genom handling förnekar detta, måste truismen utsägas. Den förutsätter förståelse för problemen och för lösningsmöjligheter. Förståelsen kräver adekvata världs- och problembilder. Av detta följer att adekvat teori behövs.

Egentligen rymms allt i den redan framställda enkla tesen att ett problem genererar behov av teori och metod, inte tvärtom.

Det finns dock mer i denna värld än vad som dröms om i rättspositivism och naturrätt, Horatio! Det finns riktig vetenskap och en fysisk verklighet! Vi missar en viktig poäng om vi reducerar ihjälsvulna barn och fördrivna folk och systematiska folkmord till att blott utgöra exempel på social konstruktion eller politik. Inte heller att naturen reagerar på mänsklig inverkan är särskilt meningsfullt att se som en social konstruktion eller enbart politik. Det är därför som jag i denna artikel, utgående från erfarenheter av att utveckla miljörettsvetenskapen, behandlat en del frågor runt hur en rättsvetenskaplig disciplin verkligen utvecklas.

Till vetenskap.

Och en tillräckligt utvecklad rättsvetenskap är inte begränsad till att studera rätten som den är, utan den är också utvecklad för att lösa reella problem och för att fördjupa och utveckla adekvat teori. Underlaget för den slutsatsen må vara hämtat från miljörettsvetenskapens utvecklande men torde *mutatis mutandis* vara av betydelse för varje rättslig disciplin.

10 Några avslutande reflektioner

I synnerhet efter Rio 1992 är det moderna miljörettsliga paradigmet annorlunda än de paradigmen, som rättsvetenskapen normalt har varit inriktade på. Skillnaden är knuten till dels systemet som så att säga formar problematiken, dels och som konsekvens härav till införandet av månggenerationsperspektivet i de materiella (och följaktligen därför också formella) konsekvenserna av styrsystemens utformning. Mängden människor är en del av problemet, tekniken för att styra dem är idag inte ordentligt utvecklad,

beroendet av biosfären kan man inte ta sig ifrån (bara modifiera med teknik m.m). Lösningarna på hållbarhetsproblematiken kräver att annat tänkande än de olika traditionella juridiska angreppssätten. Osäkra förhållanden gör att många misstag kommer att begås också framöver men ett hållbart regelverk måste klara av även den saken. Det finns inget alternativ till hur detta ska göras utan att man överskrider också helt elementära rättighetsgränser.

Det gamla paradigmet, än så länge nästan helt dominerande, löser inte frågan men det nya utgår just från frågan som sådan. Återverkningarna på rätten och dess teorier av detta kan inte undvikas, utan att ekologisk ohållbarhet består. Och med sådan ohållbarhet, fallerar också övriga hållbarhetsmål.

Detta är fundamentalt och följer av naturvetenskapliga realia som utgör det miljörettsliga paradigmet. Människan är beroende av naturen och kan använda teknik m.m för att inom den ramen klara hållbarheten, men går man utanför, slår ohållbarheten till.

Bland kommentarerna till denna artikels utkast har ingått också hänvisningar till att naturvetare inte alls är så entydiga, som jag förefaller ha framhävt. Här har begreppet ekologiskt hållbar utveckling en mycket central betydelse. Det är helt riktigt att en hel del naturvetare *inte anger sådan utveckling* som miljörettsligt övergripande. Vad gäller först climateffekter är exempelvis 2%-målet i sig synnerligen diskutabelt. Vad gäller biologisk mångfald, ingår full sådan i begreppet ekologiskt hållbar utveckling. Och så tillkommer rätten för alla framtida generationer människor att ha tillräckligt med biosfärsunderlag för att kunna tillgodose *sina* behov. Varje försök att lindra dessa aspekters tillgodoseende är i själva verket ett försök att avvika från ekologiskt hållbar utveckling.

Naturvetare kan mycket väl ta in icke naturvetenskapliga argument i sitt tänkande. Men då riskerar de att utgöra ytterligare en del av problemet, och inte av lösningen.

Efter att ha uttalat detta, behöver jag återvända till denna artikels grundfråga som alltså egentligen handlar om *paradigm* utifrån ekologisk hållbarhet, och ställer sådan mot andra paradigm som inte fullt ut tar till sig vad sådan hållbarhet innebär. Det framgår,anser jag, tydligt att det mesta av också miljörettsforskningen än så länge försöker hålla fast vid äldre paradigm. Sådant kan gå för sig, när man studerar olika sätt att åstadkomma en i och för sig bestämd lösning. Men det är ju behovet av lösningarna som avgör paradigmfrågan, och ekologiskt hållbar utveckling är en sådan, som inte kan hanteras enligt äldre paradigm.

Med den insikten, tillsammans med att inget land ännu har en fullt hållbar rättsordning och folkrätten inte klarar den ekologiska hållbarheten⁷⁰ på grund av flera än så länge motstridiga grundläggande folkrättsliga principer, vad ska då denna artikel bidra med?

Främst kunskapsutveckling inriktad på miljörettsliga allmänna läror utifrån hållbarhetsparadigmet. Detta paradigm ligger bakom Rio 1992. Det finns inget alternativt paradigm inom rätten som klarar av också alla framtida generationers möjligheter till att tillgodose *sina behov*. Biologisk mångfald är i sin tur en stomme i sådan hållbarhet. *Varje rättsforskare, men också andra forskare, som avser att hantera ekologiska hållbarhetsfrågor som ett problem att lösa, måste acceptera att det är dessa frågor som bestämmer paradigmerna – eller så kommer de fel.*

Att rättsvetenskapen därmed fått till sig betydligt fler – och svårare – frågor än tidigare, är i sin tur en följd av just paradigmskiftet.

⁷⁰ Som bl.a kommer fram genom Aðalheiður Johannsdóttirs avhandling, som den i detta nummer sista artikeln utgår från.