



GÖTEBORGS UNIVERSITET  
HANDELSHÖGSKOLAN

# TAKING RIGHTS *TOO* SERIOUSLY

*EFTER RÄTTIGHETSRUSET; REALISTISK NYKTERHET?*

Författare: Linus Gabrielsson

Höstterminen 2012

Programmet för jur. kand. examen

Examensarbete 30p

*Allmän rättslära*

Juridiska institutionen vid Handelshögskolan på Göteborgs Universitet

Handledare: Sara Stendahl

*"Tänka fritt är stort, men tänka rätt är större."*

*Thomas Thorild*

## SAMMANFATTNING

Föremålet för denna studie är den gränsdragning mellan individens bästa och kollektivets bästa som alla samhällen måste göra. Närmare bestämt är det den centrala roll som framväxten av individuella rättigheter har inneburit för denna gränsdragning som är utgångspunkten för granskningen. Uppsatsen visar på hur inte bara det demokratiska systemets uppbyggnad, med sin syn på maktodelning och rättigheter, utan även synen på den gällande rätten är nödvändiga komponenter för att kunna göra denna gränsdragning på ett bra sätt. Min ståndpunkt har blivit att vad gäller den här gränsdragningen är den verksamhet som bedrivs i domstolar inte stort skild ifrån den verksamhet som bedrivs i det lagstiftande organet. Detta innebär att min syn på begreppet gällande rätt blir vidare än i den gängse, mer strikt rättspositivistiska, uppfattningen.

Studien redogör för hur framstående tänkare genom tiderna sett på relationen mellan medborgaren och samhället och visar hur dessa tankar idag finns återgivna i våra demokratiska systems fundament, nationernas författningar. I dagens moderna demokratier finner man den ovan nämnda gränsen där medborgarnas individuella rättigheter börjar och det folkvalda organets möjligheter till lagstiftning därmed slutar. Systemen varierar dock i utformning beroende på nationernas olika historia och vilka tänkare man tagit mest intryck av, vilket framgår i ett avsnitt som behandlar just demokratins olika ansikten. Sverige och frågan om hur vårt eget system formats genom tiderna är i fokus i uppsatsen och närmare bestämt hur vi successivt gått mot en allt större betydelse för individuella rättigheter jämfört med en period i mitten av 1900-talet då synen på rättigheter snarare var den rakt motsatta.

För att kunna säga något om denna gräns och hur konflikten mellan de båda motstående intressena ser ut redogör jag mer i detalj för de rättsteorier som främst legat bakom diskussionen i Sverige. Dessa teorier får återverkningar såväl mot den demokratiska beslutsprocessen som mot den gällande rätten.

Uppsalaskolans åskådning, som lånar ifrån Marx och Bentham och varnar för de privilegiebevarande rättigheterna, ställs mot Dworkins kraftfulla analys av rättspositivismens tillkortakommanden vid skipandet av rättvisa i de svåra fallen. Dessa teorier får utgöra bakgrunden för mina egna slutsatser där jag redogör för den gällande rätten som någonting som måste erkännas innefatta båda dessa ytterligheter.

Redogörelsen över hur vår regeringsform förändrats sedan den period som kallats *det författningslösa halvsekle*t visar tydligt hur rättigheter som medel för att inskränka den demokratiska beslutsprocessen successivt ökat i omfattning. Mot detta rådande paradigm med rättigheter som garant mot majoritetens tyranni finns det kritik och jag låter en teori som kräver rättigheternas avskaffande bli utgångspunkt i frågan om hur vi skall gå till väga för att bäst finna

balansen mellan individen och samhället. Mitt förslag till lösning är återigen en mittenposition där den demokratiska processen under rätt förutsättningar klarar av att finna en god balans snarare än att lösningen skulle stå att finna ute på endera sidan. Jag vill även passa på att här säga att Thomas Thorilds påstående ovan lämpar sig väl att ha i bakhuvudet under läsningen av uppsatsen, vilket jag även anknyter till avslutningsvis.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Thomas Thorild (1759-1808) var en svensk författare, poet och filosof och citatet ovan pryder entrén till Uppsala Universitets aula.

## INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Sammanfattning.....	3
Innehållsförteckning.....	5
Bakgrund.....	7
Formalia .....	10
Syfte .....	10
Problemformulering .....	10
Frågeställningar.....	10
disposition.....	11
Metod .....	11
Material .....	12
Avgränsningar .....	12
Begrepp.....	13
Del 1 – Rättsteori och demokrati.....	14
1.1 Idealism - från Staden till Världsmedborgaren.....	15
1.1.2 Filosofen och staden.....	15
1.1.3 Gud och Filosofen.....	16
1.1.4 Naturen, samhället och Kontraktet.....	16
1.1.5 Rättspositivismen och den enda gällande rätten .....	17
1.1.6 Idealismens fredsprojekt .....	18
1.2 Realism – a New World Order .....	18
1.2.1 Perspektiv på förnuftet.....	19
1.2.2 Perspektiv på lagen .....	19
1.2.3 Perspektiv på makten.....	20
1.3 Demokratier.....	21
1.3.1 Folksuveräniteten och majoritetsväldet.....	22
1.3.2 Autonomi och rättigheterna.....	23
1.3.3 Stark och svag maktdelning.....	24
Del 2 - Svensk rättstradition i utveckling.....	25
2.1 Boström och idealismen .....	25
2.2 Hägerström och Uppsalaskolan.....	26

---

2.3 Uppsalaskolans arvtagare .....	28
2.4 Konstitutionen och rättigheterna 1809 till 1974 .....	30
2.5 Tredje rikets fall och rättigheternas intåg .....	32
<b>Del 3 - Kritik och Alternativ .....</b>	<b>35</b>
3.1 Ett försvar av rättigheterna .....	35
3.1.1 Rättigheterna och den gällande rätten .....	35
3.1.2 Rättigheterna och lagstiftaren .....	37
3.2 Ett försvar av folksuveräniteten .....	37
3.2.1 Rättigheternas baksida .....	37
3.2.2 Begränsning av statsmakten utan rättigheter .....	38
3.3 Deliberativ demokrati .....	39
3.4 Att avsäga sig rättigheterna .....	40
<b>Del 4 – Analys .....</b>	<b>41</b>
4.1 Lagen och den gällande rätten .....	41
4.2 Lagstiftaren .....	43
4.3 Kants revansch .....	45
4.4 Slutsats .....	46
<b>Slutord .....</b>	<b>49</b>
<b>Källor .....</b>	<b>50</b>

## BAKGRUND

Som nedan skall visas kan det med fog hävdas att Norden, och Sverige i synnerhet, så gott som uteslutande har undgått den stormiga påverkan som de frihetliga filosofierna medfört efterhand de kommit och gått på den europeiska kontinenten. Detta har lett till att det i Sverige har utvecklats en, internationellt sett, ganska egen syn på relationen mellan staten och folket.<sup>2</sup> En del av förklaringen till denna utveckling kan vara rent geografisk. Vi har legat en bit bort från de stora politiska händelsernas centrum, ytterligare avskärmade av Östersjön. De främsta anledningarna finner vi dock snarare i historien, där Sverige under lång tid intagit en dominerande position över sina nordiska grannar.

När de stora kontraktsteorierna formulerades i slutet av renässansen, med de engelska revolutionerna som följd, hade Sverige sin stormaktstid. Åren mellan 1654 och 1718 hade vi den mest repressiva monarkin sedan riksdagens tillkomst, det Karolinska enväldet. Att detta vid Karl XII död övergick i frihetstiden var inte tack vare någon storslagen revolution som befriade folket. Istället handlade det om ett fåtal högt uppsatta tjänstemän som utarbetat ett alternativ som kunde ersätta enväldet och som plötsligt fick möjlighet att agera.<sup>3</sup> Tiden som följde skulle Sverige av både Rousseau och Voltaire kallas för ett frihetligt föredöme fastän folket knappast fått det bättre än innan. Med undantag av tryckfrihetsförordningen som instiftades 1766 var det samma envælde som innan, bara att suveränen bytts ut och blivit folkvald.<sup>4</sup> Splittringen i riksdagen mellan hattarna, stödda av Frankrike, och mössorna, dito av England, var dock stor och Sverige förlorade en del landområden, främst i Baltikum och södra Finland. Gustav III såg ett inbördeskrig på uppsegling och genomförde en statskupp 1772 varmed frihetstiden avslutades och kronan återfick regeringsmakten precis i tid för att lägga en våt filt över Sverige under perioden för både den amerikanska och den franska revolutionen.<sup>5</sup> Säkerhets- och enhetsakten som antogs 1789 förde så gott som all makt åter till kungens hand.<sup>6</sup>

Gustav III son och tronföljare, Gustav IV, var övertygad om att han var kung av guds nåde. När han, i samband med att Sverige slutgiltigt förlorade Finland, blev störtad 1809 hade Napoleonkrigen satt agendan i Europa och upplysningens förnuftsideal började övergå i romantikens konservativa nationalism.<sup>7</sup> Under 1800-talet stärkte det svenska folket genom parlamentarismens gradvisa införande ändå sitt grepp om makten samtidigt som den tyska idealismen stärkte sitt grepp om den filosofiska debatten. Vid det laget att rösträttsreformerna

---

<sup>2</sup> Sterzel, s. 38.

<sup>3</sup> Lindqvist, s. 333.

<sup>4</sup> Sterzel, s. 95.

<sup>5</sup> Lindqvist, s. 411.

<sup>6</sup> Lindqvist, s. 456.

<sup>7</sup> Strömberg, s. 44.

förskjutit riksdagssammansättningen från ståndsriksdag till allmän folkrepresentation måste man säga att Sverige i praktiken blivit en folksuverän stat, dock fortfarande inom ramen för 1809 års författning. Med tiden skulle vi även få en filosofisk ideologi som stod bakom att det steget togs fullt ut och manifesterades i regeringsformen och Sverige blev en parlamentarisk demokrati även på papperet.<sup>8</sup>

Den parlamentariska principen tjänade Sverige väl under det författningslösa halvsekle.<sup>9</sup> Fler och fler engagerade sig i samhället och tog plats i byggandet, en naturlig följd då kretsen av röstberättigade växte drastiskt åren runt 1900. Eftersom att dessa "nya medborgare" var kvinnor och arbetarklass vilka hungrande efter jämställdhet ledde detta till att det socialdemokratiska partiet kunde etablera sig som Sveriges stora parti och fick en nästan obestridd maktställning under denna period.<sup>10</sup> Att de demokratiska processerna till stor del var fria ifrån hämmande regleringar möjliggjorde omfattande reformer med god ekonomisk tillväxt som följd. Frånvaron av tvingande hänsyn för en nations ledning att förhålla sig till skulle dock snart visa sig kunna få förödande konsekvenser på andra sidan Östersjön.

Efter andra världskrigets slut var det alltför tydligt att enbart positiv rätt, tillkommen genom ordinarie lagstiftningsprocess, inte var tillräcklig för att fylla de krav på legitimitet som en rättstat har att uppfylla. Övergreppen mot det judiska folket under Hitler hade genomförts i laga ordning enligt de nationella bestämmelserna. Detta problem såg sin antites direkt i efterspelet, Nürnberggrättegångarna 1945-46, där ledande nazister ställdes till svars för sina illdåd. Dessa rättegångar kritiserades både då och senare för att ha genomförts utan laglig grund och därmed inte varit mer än sofistikerade lynchmobber. Detta ledde till utformandet av människans grundläggande mänskliga rättigheter, vilka 1948 antogs av Förenta Nationernas generalförsamling. Rättighetsprojektet innebar att man skapade ett lager i rättsordningen som stod ovanför en stats nationella lagstiftning. De mänskliga rättigheterna skulle inledningsvis ses som en allmängiltig moralisk ledstjärna mot vilken, på sikt, även övergrepp mot mänskligheten skulle kunna prövas. Samtidigt var detta projekt i stor utsträckning ett utfall av den kamp som samhällets övre skikt drivit gentemot statsmakten åtminstone sedan merkantilismen inleddes på 1500-talet.<sup>11</sup> Denna historia innebar att rättigheterna i stor utsträckning hade formulerats i syfte att skydda adel och handelshus ifrån monarkers regleringar och godtyckliga inblandning i

---

<sup>8</sup> Förvisso fortfarande med monarki som officiellt statsskick men utan några faktiska befogenheter för statschefen konungen.

<sup>9</sup> Begreppet *det författningslösa halvsekle* förklaras ingående nedan i kapitel 2.4.

<sup>10</sup> Sterzel, s. 21.

<sup>11</sup> Liedman, s. 106-107.



deras affärer.<sup>12</sup> Under årtiondena efter rättigheternas inträde har dessa sedan stärkt sin position och utvecklingen gått mot att det liberala tankegodset anammats på individnivå<sup>13</sup> samt fått effekter på marknaden i form av tilltagande avreglering.<sup>14</sup>

I denna utveckling ser man dels hur grundläggande demokratiska principer om medborgarens rättigheter växer fram och dels hur folksuveränitetsprincipen successivt etableras varpå spänningar uppstår. Den här uppsatsen berättar historien om hur synen på rättigheter i Sverige förändrats över tid och hur denna syn påverkat balansen mellan nyss nämnda principer utifrån två perspektiv. Det ena perspektivet är hur den successivt förändrade synen har avspeglats eller inte avspeglats i vår författning och det andra tar upp hur synen på den gällande rätten måste förhålla sig till detta.

---

<sup>12</sup> Att just dessa, de civila och politiska rättigheterna och äganderätten, hamnade i förgrunden föranledde Sovietunionen, Polen, Jugoslavien, Tjeckoslovakien, Ukraina och Vitryssland att lägga ned sina röster när deklarationen röstades igenom.

<sup>13</sup> Vahlne Westerhäll, s. 635-63.

<sup>14</sup> Welin, s. 13, Bengtsson, s. 182.

## FORMALIA

### SYFTE

Huvudsyftet med den här uppsatsen är att undersöka den position rättigheter har i Sverige idag när det gäller att begränsa den politiska majoritetens vilja och problematisera denna position. Med utgångspunkt i förhållningssättet att spänningen mellan enskild och samhälle är det avgörande problem som demokratiska teorier vill lösa vill jag kontextualisera utvecklingen av synen på rättigheter i Sverige och visa hur filosofi, politik och lagstiftning har verkat genom historien för att föra oss till den punkt vi befinner oss på idag. Utifrån denna undersökning samt olika teorier kring demokrati vill jag sedan, eftersom olika ståndpunkter skär hela vägen ned till och tvärs igenom begreppet gällande rätt, presentera den bild av den gällande rätten som jag tycker verkar rimligast att inta.

Därmed kan det tyckas som att föremålet för denna uppsats är väldigt splittrat; dels hanterar den frågeställningar om det demokratiska systemets kärna och dels dito om juridikens - den gällande rätten. Dessutom kanske någon skulle tycka att dessa delar var för sig hade varit fullt nog att analysera inom ramen för en tillämparuppsats om 30 högskolepoäng, en invändning som det är svårt att försvara sig mot på ett ödmjukt sätt. Jag vill dock mena att det sekundära syftet, vid sidan av huvudsyftet ovan, är just åskådliggörandet av likheterna i problematik mellan den demokratiska nivån och den juridiska vilket kan ge ett svar på frågan om vad den gällande rätten bör anses innehålla. Därför måste dessa båda ämnen avhandlas i förening.

### PROBLEMFÖRMULERING

Den spänning mellan individen och samhället som begreppet demokrati har inom sig är även det problem som genomsyrar denna uppsats. Två viktiga regimer som används för att hantera denna spänning är de individuella rättigheterna respektive folksuveräniteten som i de moderna demokratierna fungerar som motvikter mot varandra i ett försök att finna en acceptabel balans. Dessa motvikter följer sedan med hela vägen ned till kampen om vad den gällande rätten kan sägas innehålla. Just detta, att de följer med uppifrån, menar jag öppnar för att svaret på vad den gällande rätten innehåller ligger mycket nära den ursprungliga frågan om demokratins villkor.

### FRÅGESTÄLLNINGAR

Uppsatsen laborerar med flera frågeställningar som tillsammans uppvisar en bild av hur rättssystemet och det demokratiska systemet interagerar och hänger samman. En central fråga är hur den demokratiska processen påverkas av att rättigheter används som medel för att förhindra majoritetsvälde. En annan är den om huruvida oskrivna rättigheter skall tillåtas fungera som trumf inom ramen för den gällande rätten. Följdfrågorna blir hur demokratiska

beslut som inskränker individens autonomi skall kunna bli så balanserade som möjligt och vad den gällande rätten skall anses innehålla.

## DISPOSITION

Uppsatsen består av fyra delar där de tre första är utredande och den fjärde består av analys och slutsatser av de tidigare. Varje ny del inleds med en kort introduktion vilken förklarar vad som tas upp och vad som är syftet med det som framställs i respektive del. Den första delen är i någon mån konstituerande för resten av framställningen och har fått en mer utförlig introduktion för att läsaren skall komma in i uppsatsen på ett bra sätt.

## METOD

Uppsatsen utgår alltså ifrån den polemisering mellan de mer idealistiska eller naturrättsliga betraktelsesätten och de mer utilitaristiska eller rättspositivistiska dito som, grovt sett, historiskt har varit drivande i debatten kring människans och samhällets villkor. Genom att visa upp en syn på denna spänning kring tre stycken pelare, samt att denna syn delas med olika forskare, hoppas jag kunna övertyga om att mina slutsatser kring frågeställningarna är värda att ta på allvar.

En sådan pelare visar på de frågor som människor igenom historien ställt sig gällande samhällets villkor och de svar som givits, vilka lett fram till de demokratiska system vi ser idag. Här visar jag hur idéhistorien har brottats med relationen mellan individ och stat och knyter sedan an resultatet av detta till de moderna demokratiteorierna genom diverse exempel.

En annan är vittnesmålet över hur filosofier kommit och gått i Sverige och vad detta fått för konsekvenser för just vår syn på demokratin och därmed på utformningen av vår regeringsform och dess inverkan på gränsdragningen mellan individ och kollektiv. Det centrala här är den historiska beskrivningen av regeringsformens utveckling och jag visar här hur rättigheterna successivt tagit plats som en nyckelspelare i den svenska demokratin.

Den tredje pelaren tar sig an rättssystemets kärna, den gällande rätten och visar att teorierna kring rättigheterna och folksuveräniteten är lika livskraftiga och lika nödvändiga där. Här visar jag att samma förutsättningar gäller för domare i svåra fall som för den lagstiftande församlingen när de stiftar lag.

Ovanpå dessa pelare ligger en fronton som visar hur de hänger ihop och förklarar vad det medför för synen på rättigheter, folksuveränitet och gällande rätt.<sup>15</sup>

## MATERIAL

Källmaterialet vad gäller översikten över rättsteorierna är främst sammanställningar av olika tänkares teorier liksom redogörelsen för regeringsformens utveckling nästan uteslutande är baserad på andrahandsutlåtanden och mer sällan på de faktiska förarbetena. I de delar som har mer direkt avgörande betydelse för framställningen har dock originalkällor använts för att ge en djupare förståelse för dessa teorier.

Detta gäller exempelvis för Uppsalaskolan. Hägerström anses i sin bok *Das Prinzip der Wissenschaft 1 Die Realität* från 1908 ha brutit slutgiltigt med metafysiken och mitt val av ett verk från 1917 skall därmed vara representativt för de tankegångar som Uppsalaskolan främst förknippas med.<sup>16</sup> Strömberg som inte bör ses som helt objektiv vad gäller Uppsalaskolan har behandlats med försiktighet i detta avsnitt.<sup>17</sup>

Gällande den aspekt av rättigheterna som enligt vissa inverkar negativt på den demokratiska processen har jag valt Sonu Bedi som talesperson på grund av hans radikala och kompromisslösa hållning. Mikael Spång ger den bild av den moderna demokratins kärna som varit viktig för bakgrunden, fonden, i arbetet.

Rättigheternas plats i den gällande rätten försvaras nästan uteslutande av Dworkin. Detta dels eftersom han varit tongivande i rättighetsdebatten under tiden då den influerade svensk rätt och dels eftersom han, i *Taking Rights seriously*, presenterar vad som han själv betecknar som en generell teori om rätten vilket innebär att han även ger besked kring rättigheternas betydelse i den demokratiska processen.

## AVGRÄNSNINGAR

Vad gäller min egen syn på rättigheter, vilken jag ger uttryck för i uppsatsens avslutande delar, uppehåller jag mig inte vid själva analysen av huruvida rättigheter kan betraktas som reella företeelser eller inte. Istället sällar jag mig till den inställning som bl. a. Strömberg och Dworkin intar, nämligen att rättigheter är en samvetsfråga och låter läsaren själv ta ställning till vilka lärdomar som bör dras av den historia som uppsatsen beskriver.

---

<sup>15</sup> Denna struktur illustrerar mitt teoribygge, hur jag avsett att skapa ett övertygande resonemang, och är inte direkt överförbar på uppsatsens faktiska disposition med dess fyra delar. Strukturen är lånad ifrån den modell som användes vid utformandet av FN's allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.

<sup>16</sup> Nordin, 1983 s. 37.

<sup>17</sup> Frändberg, s. 383. Strömberg anges här som *Uppsalaskolans sista, mer renläriga företrädare*. En, kanske opropotionerligt, stor del av hans *Rättsfilosofins historia i huvuddrag* ägnas även åt Uppsalaskolan.

En annan avgränsning är mitt urval av filosofer i den första delen. Dessa har valts med hänsyn till att effektivt ge en bild av utvecklingen av de teorier som varit mest relevanta för utvecklingen av de demokratiska idealen samt den svenska rättsuppfattningen under 18- och 1900 talen. Det är således fråga om idéhistoria i urval med just detta bestämda syfte.

## BEGREPP

När jag problematiserar begreppet *gällande rätt* utgår jag från den gängse rättsdogmatiska bilden där lagtext och förarbeten samt i viss utsträckning doktrin och sedvänja är det som den gällande rätten skall uttolkas ifrån.

*Rättigheter* är naturligt nog ett centralt begrepp i uppsatsen och det som diskuteras är uteslutande de klassiska, första generationens rättigheter. Dessa behandlas både i dess naturliga, oskrivna form och dess kodifierade form. Vilket som ligger för handen är tänkt att framgå av texten.

Vad gäller de termer som finns för att beskriva spänningen inom det konstitutionella systemet tycker jag mig ha noterat några olika varianter. Till exempel kunde jag ha begagnat mig av distinktionen mellan *rättsstatsprincip* och *demokratisk princip* vilket görs i preambeln till europeiska unionens stadga om de grundläggande mänskliga rättigheterna. Eftersom min uppsats handlar om samspelet mellan regeringsformen och politiken föredrog jag dock Spångs beskrivning av det moderna demokratiidealet och har därmed använt termerna rättigheter, alternativt skydd för den enskildes autonomi, respektive folksuveräniteten.

När jag talar om *Sveriges rättstradition* och hur den utvecklats menar jag vår rättsordning just avseende synen på vilka rättsteoretiska filosofier som haft överhanden i debatten under olika perioder och hur detta påverkat synen på rättigheternas vara eller icke vara.

## DEL 1 – RÄTTSTEORI OCH DEMOKRATI

Frågor. Frågor är en bra utgångspunkt för denna del. I vilken utsträckning är människan sin egen, fri, och fränkopplad ifrån övriga medlemmar i samhällsgruppen? Hur mycket autonomi äger egentligen en varelse som utan sina relationer till andra inte skulle kunna överleva någon längre tid? I vilken utsträckning har å andra sidan kollektivet rätt att göra individen till ett medel för det gemensammas bästa? Frågor av den här typen som handlar om vart gränserna går mellan den enskilde och det allmänna är lika gamla som de organiserade samhällena.<sup>18</sup> Det är sökandet efter svar som har föranlett filosofer genom årtusenden att försöka karaktärisera människan och hennes omgivning. Beroende på hur de svarat så har de velat strukturera samhället på olika sätt.<sup>19</sup>

Nya frågor. Vad kommer rätten ifrån? Finns rättvisan endast i lagarna eller kan den finnas någon annanstans också? Var i så fall? Hur man svarar på dessa frågor ger konsekvenser för hur man ser på de möjligheter som finns för lagstiftning, vad man kan lagstifta om och vad som är reglerat ändå oberoende av lagstiftning. Idag samlar vi dessa frågor i begreppet *den gällande rätten* och försöker komma fram till vad den innehåller. Även dessa frågor är nära förknippade med dem om människans natur. För de gamla grekerna fanns svaren hos de dygder som naturen gav att människan skulle sträva mot. Av andra har rätten istället setts som avhängig våra förutsättningar innan vi ingick i det *sociala kontrakt* man ansåg gav upphov till staten, och vad ingåendet av detta kontrakt sedan innebar. Föreställningarna om rätten har alltså varierat i takt med samhällets utveckling vilket, enligt göteborgsprofessorn Håkan Gustafsson betyder;

*[A]tt den nuvarande rättsordningen bär spår av tidigare epokers idéer och rättstänkande, vilka på intet sätt är obsoleta, liksom att den nuvarande rättsordningen också inom sig bär fröet till nya rättsliga kategorier och föreställningar.<sup>20</sup>*

I denna del skall jag först redogöra för två tankeströmningar vars olika sätt att se på dessa frågor lett till att de landat i helt motsatta slutsatser. Vad de dock har gemensamt är deras stora inflytande på det politiska samtalets utveckling och, som jag senare skall visa, på den svenska rättstraditionen. Den första, som kan sägas följa en idealistisk tradition, ligger bakom mycket av dagens diskussion kring universella rättigheter vilken har fått stor betydelse för den rättsliga utvecklingen under 1900-talets senare hälft. Den andra, som sorterar under ett mer realistiskt förhållningssätt, ligger bakom framväxten av socialismen och Uppsalaskolan som låg till grund för den svenska statens väg mot folkhemmet under 1900-talets första decennier.

---

<sup>18</sup> Vahlne Westerhäll, 2005, s. 63.

<sup>19</sup> Alternativt så har samhällets struktur föranlett dem att beskriva människan på olika sätt. Vilket av dem får vi sannolikt aldrig veta.

<sup>20</sup> Gustafsson, s. 19.

Del ett avslutas med en redogörelse för den moderna demokratis principer. Dessa bygger på de teorier jag först går igenom och jag visar här på hur de är aktuella idag och på de spänningar inom det demokratiska systemet som detta medför.

## 1.1 IDEALISM - FRÅN STADEN TILL VÄRLDSMEDBORGAREN

Vad lärorna under denna rubrik har gemensamt är tanken om naturen eller staten som något annat högre, transcendent, gudomligt eller andligt väsen som inom sig bär på ett ideal för människan att sträva emot. Det finns inte någon självklar utgångspunkt för vart en sådan här översikt skall inledas. Filosoferna i antikens Grekland skrev, för sin tid, utförliga och djupsinniga beskrivningar över hur de uppfattade att världen omkring dem hängde samman. Dessa texter har, till viss del eftersom de varit relativt öppna för läsarens egen tolkning, överlevt tidens tand och år efter år gjort sig gällande vid forskning i morallära och politisk teori.<sup>21</sup> För att ge en bakgrund till det moderna samtalet kring universella rättigheter börjar jag därför med några ord om Platon (427-347 f. kr.) och hans lärjunge Aristoteles (384-322 f. kr.).<sup>22</sup>

### 1.1.2 FILOSOFEN OCH STADEN

Platon och Aristoteles talar båda om *staden* eftersom de antika samhällena var mindre enheter bestående av en stad med omkringliggande landsbygd och begreppet *staten* kom först senare. Det rätta och goda är enligt Platon intimt förknippat med hur samhället skall styras och detta förklarar han träffande i en berättelse som börjar i en grotta. I denna liknelse representeras människornas värld av grottan, och deras förnimmelser av skuggbilder på dess väggar. Skuggbilderna skapas då de fulländade *idéerna*, som finns utanför, rör sig förbi grottans öppning och därmed skuggar ljuset från solen. I grottan finns således exempelvis inga perfekta cirklar utan endast avbilder av den perfekta cirkelns idé vilken finns utanför grottan, i förnuftets värld. Platon försöker på så sätt förklara att det finns en osinnlig värld, i vilken man kan studera det godas idé, och som vår värld har som mål att efterlikna.<sup>23</sup> Denna idé är synonym med den naturliga rätten, och därmed rättvisan, och det är filosofernas uppgift att uttolka dess karaktär.<sup>24</sup> Det är i staden som det godas idé kan förverkligas och därför bör filosoferna vara de som styr staden. Platons idealstad är strikt indelad i klasser och för väktarna, den viktigaste klassen bestående av filosoferna och krigarna, tillåts ingen privat sfär med familj eller egendom. Detta eftersom de annars skulle distraheras ifrån sina dygdiga liv och därmed korrumpas i

---

<sup>21</sup> Nordin, 2006, s. 71.

<sup>22</sup> Det skall dock sägas att Platons filosofi var en reaktion mot de Sofister som skolat honom varav många istället hade en långtgående relativistisk inställning till begrepp som moral och rättvisa. Nordin, 2006, s. 15.

<sup>23</sup> Förhållningssättet att se på företeelser som syftande till ett mål kallas *teleologi* efter grekiskans *telos* som betyder mål. Nordin, 2006, s. 70.

<sup>24</sup> Nordin, 2006, s. 19.

förvaltandet av statens gemensamma bästa.<sup>25</sup> Dygd var för Platon medborgarens strävan efter perfektion i den uppgift han eller hon hade i staden.

Den för den här uppsatsen mest relevanta kritiken som Aristoteles drev gentemot Platons uppfattning var att han ville tillerkänna medborgarna i staden en större frihet. Han såg nämligen att var och en hade egna mål vilka bäst uppfylldes då personen själv kunde forma sin tillvaro. Aristoteles bild av dygden kan beskrivas som balanserandet av moraliska ytterligheter, dygden mod är avvägningen mellan feighet och dumdrighet etc. En medborgare som levde det goda livet var därmed en som var harmoniskt balanserad. Platon och Aristoteles läror har efterlämnat en tradition av att se på människan som i första hand en samhällsvarelse och på samhället som gott om dess lagar stod i överensstämmelse med den naturliga ordningen, naturrätten.<sup>26</sup>

### 1.1.3 GUD OCH FILOSOFEN

Kristendomens intåg markerar ett tydligt avsteg från Aristoteles lära vilket kommer till tydligt uttryck i den tidige kyrkofadern Augustinus (354-430) lära om *de två städerna*. Enligt honom förelåg i guds stad *en* övertygelse, i djävulens flera. Guds rätt, den enda rätten, kom till människorna genom *uppenbarelse*. Att det skulle finnas en annan naturlig rätt som kunde uppfattas genom förnuftet var följaktligen vidskepelse. Naturen blir här någonting ont som måste bekämpas för att uppnå den nåd som följer med guds ord.<sup>27</sup> Under renässansen anammar dock teokratismen återigen delvis de grekiska dygderna och de naturrättsliga tankarna. En viktig orsak till detta är att Thomas av Aquino (1225-1274), sedermera ett av katolska kyrkans viktigaste helgon, sätter Aristoteles läror i katolsk kontext vilket starkt bidrar till att den klassiska filosofin just föds på nytt och får stor spridning.<sup>28</sup> Genom att blanda Augustinus läror med Aristoteles, som han ofta kallade Filosofen, kunde Thomas uppvärdera det jordiska livet - både lyckan och dygden.<sup>29</sup> Thomas lärde att vi kan begripa den naturliga och oföränderliga lagen med förnuftet, men den ställs under Guds lag som uppenbarats genom bibeln.<sup>30</sup>

### 1.1.4 NATUREN, SAMHÄLLET OCH KONTRAKTET

Under andra halvan av 1600-talet publicerades ett antal verk som hade stor betydelse för upplysningstidens syn på stat, rätt och suverän. Dessa går numera populärt under samlingsnamnet *kontraktsteorier* och de innebar ett mer eller mindre avgörande uppbrott med den klassiska naturrättsläran. Bakomliggande faktorer till denna utveckling var bland annat en begynnande sekularisering och den naturvetenskapliga revolutionen, vilka bidrog till nya

---

<sup>25</sup> Nordin, 2006, s. 25.

<sup>26</sup> Nordin, 2006, s. 68.

<sup>27</sup> Nordin, 2006, s. 69.

<sup>28</sup> Strömberg, s. 16.

<sup>29</sup> Nordin, 2006, s. 49.

<sup>30</sup> Nordin, 2006, s. 48.



möjligheter att beskriva samhället.<sup>31</sup> Ett av dessa verk, som varit särskilt inflytelserikt gällande rättigheternas historia är John Lockes (1632-1704) *Two Treatises of Government* (1690). Där Aristoteles sa att människan *av naturen*, alltså ifrån första stund, lever i samhällen menar Locke istället att samhället inte existerade innan det upprättades genom ett *kontrakt* människorna emellan. Kontraktsteorierna utgår därmed ifrån människorna som ursprungligen enskilda, förnuftiga, rationella individer och försöker sedan förklara varför dessa vill ingå i gemenskaper och överlåta makten till en suverän.<sup>32</sup> Innan människan ingick avtalet hade hon, enligt Lockes idé om naturrätten, en rätt till sitt liv och det hon skapar, vilket även gav henne rätten att försvara sig själv och sin egendom. Eftersom alla människor har dessa rättigheter uppstår samtidigt skyldigheter att respektera andra och deras egendom. Vid överträdelser av dessa relationer är det dock inte möjligt för varje enskild person att lagföra förövaren varpå människorna upprättar samhällskontraktet som ger en suverän, alltså en ledare, makten att döma och utverka straff i sådana situationer.<sup>33</sup> Detta innebar att Locke såg samhället främst som ett nödvändigt ont för att kunna realisera rättigheter och inte som den självklara utgångspunkten för uppfyllandet av de dygder som ledde till det goda livet, vilket Aristoteles och Platon ansett.<sup>34</sup> Samhället upphörde att vara människans *telos* och blev istället ett resultat av hennes *vilja*.<sup>35</sup> Därmed fungerade inte längre de antika dygderna för att förklara hur samhället såg ut eller hur det borde se ut. Inte heller kunde de antika teorierna ge vägledning i vad som var moraliskt och därmed vad som var en legitim lag, naturrätten hade vi ju lämnat bakom oss. Kvar var bara suveränen som genom mandatet från Gud föreskrev lagar som per definition var rättvisa – "*Le état, c'est moi!*" – som Ludvig XIV lär ha sagt någon gång under sent 1600-tal.

### 1.1.5 RÄTTSPPOSITIVISMEN OCH DEN ENDA GÄLLANDE RÄTTEN

Under romantiken utvecklades sedan reaktioner mot upplysningstidens övertygelse om att man med förnuftet kunde dra långtgående slutsatser om hur världen var beskaffad. Bland dessa kan två inriktningar urskiljas - en konservativ och en progressiv. Båda skulle så småningom utmynna i teorier om den skrivna lagen som utgörande *gällande rätt*, därmed varande giltig i sig själv och inte endast i den mån den stod i överensstämmande med Guds eller naturens lag. Denna inställning kallar vi idag för rättspositivism och en av dess två inriktningars utveckling redogörs för nedan under 1.2.2. Den andra, som för idealismens arv vidare, tar sin början i den Historiska skolan vilken kritiserade att de förnuftsbaserade kontraktsteorierna inte beaktade folkens skilda historia och traditioner.<sup>36</sup> I Tyskland hade man sett hur de radikalare kontraktsteorierna hade

---

<sup>31</sup> Liedman, s. 108.

<sup>32</sup> Nordin, 2006 s. 101-102.

<sup>33</sup> Nordin, 2006, s. 84.

<sup>34</sup> Liedman, s. 114.

<sup>35</sup> Nordin, s. 71.

<sup>36</sup> Strömberg, s. 44.

fördärvat Frankrike genom revolutionen med Napoleonkrigen som konsekvens, varpå stora områden i Tyskland ockuperats. I Tyskland, som var splittrat och bestod av små stater, fick den Historiska skolan därför en samhällsbevarande och nationalistisk - konservativ - utformning där *det allmänna rättsmedvetandet* var det primat som den skrivna lagen skulle stå i överensstämmelse med. Om en lag eller sedvänja varit i bruk en längre tid utan att möta kritik sågs den som en del av detta allmänna rättsmedvetande - ett synsätt som ligger nära det naturrättsliga med en ideal rätt att pröva den kodifierade rätten mot.<sup>37</sup> Efterhand som Tyskland blev en enda nationalstat övergick denna syn i en uppfattning att det var *statens vilja* som faktiskt manifesterades i lagarna och vilken inte lät sig överprövas.<sup>38</sup> Denna senare skola har kallats *ideologisk rättspositivism* eftersom statens vilja enligt denna lära ses som ett ideal för den kodifierade, positiva, rätten. Det är ifrån denna gren av rättspositivismen som många av de centrala rättsliga begrepp vi använder för att beskriva juridiken - som gällande rätt, plikt och rättighet - utvecklats till att få de innebörder de har idag.<sup>39</sup>

### 1.1.6 IDEALISMENS FREDSPROJEKT

Immanuel Kant (1724-1804) får avsluta utläggningen om idealismens utveckling. Kants lära innefattar ett kontrakt, men detta är ämnat att föra mänskligheten till ett bestämt mål i enlighet med *naturens dolda plan* - därmed finns både naturrätten och kontraktet med.<sup>40</sup> I Kants utopiska samhällsideal agerar *världsmedborgarna* helt i enlighet med sina egna förnuft, och deras livsprojekt har till följd av en genomgripande upplysning fullt ut blivit kompatibla med varandra. Detta leder i sin tur till evig fred. Vägen dit går via hans mest kända imperativ: "Du skall alltid följa den regel som du vill se som upphöjd till allmän lag" var ur man bl. a. kan utläsa att "ingen får använda någon annan som medel för sitt eget mål".<sup>41</sup> Kants resonemang är alltså frihetligt i det att det tillförsäkrar största möjliga frihet för samtliga personer och förmedlar samtidigt rättigheter att göra allt som inte inskränker någon annans frihet.<sup>42</sup>

## 1.2 REALISM – A NEW WORLD ORDER

I de mer progressiva reaktionerna på förnuftsteorierna blev de framväxande moderna vetenskaperna centrala i forandet av synen på människan och hennes omvärld.<sup>43</sup> Den framstegstanke de förde med sig ansågs ha effekter även på de eviga frågorna och därmed måste det finnas utrymme för relativism och utveckling i synen på medborgare, stat och rätt. Dessutom hade en ny klass, proletariatet, börjat bereda sig utrymme vid maktens bord.

---

<sup>37</sup> Strömberg, s. 45-46.

<sup>38</sup> Strömberg, s. 54.

<sup>39</sup> Strömberg, s. 55.

<sup>40</sup> Nordin, 2006, s. 116.

<sup>41</sup> Sådana lydelse brukar allmänt kallas *den gyllene regeln* och finns i flera religiösa skrifter. Exempelvis *allt vad ni vill att människorna skall göra för er, det skall ni också göra för dem*, Matteusevangeliet 7:12.

<sup>42</sup> Simmonds, s. 35.

<sup>43</sup> Nordin, 2006, s. 107.

### 1.2.1 PERSPEKTIV PÅ FÖRNUFTET

David Hume (1711-1776) och hans *A Treatise of Human Nature* (1739) anges ofta som det främsta angreppet mot de tänkare som, likt Locke m.fl. kontraktsteoretiker, hade resonerat sig fram till att världen måste vara ordnad på ett visst sätt. Han gjorde det genom att angripa själva kärnan i dessa teoretiska byggen; förnuftet. Hume menar att vårt mänskliga förnuft endast kan tala om för oss hur vi skall nå de mål vi satt upp för oss själva.<sup>44</sup> Där Locke sade att vår självbevarerätt var härledd ur förnuftet menade Hume att den istället, liksom alla våra uppfattningar om vad som är rätt och riktigt – vår moral, hade sitt ursprung i intuitionen och våra instinkter, kort sagt i vår känsla.<sup>45</sup> Därmed slog Hume fast att vår uppfattning av rättvisa inte härstammar i någon naturlig rätt utan i människors olika uppfostran, våra *konventioner*, och att någon objektiv rättvisa därmed inte uppenbarar sig för oss intuitivt.<sup>46</sup> Hume ses som liberal i detta att moralen var en sak för individen - låt vara påverkad av kollektivet - och inte något som kan bestämmas genom förnuftsmässig slutledning. Hur man istället skulle göra för att bedöma den moraliska riktigheten i en lag var det dock främst nästa tänkare som kom att ge ett utförligt och livskraftigt svar på.

### 1.2.2 PERSPEKTIV PÅ LAGEN

Jeremy Bentham (1748-1832) kan med sin konsekvensetik, *utilitarismen*, sägas ha grundat den moralfilosofi som moderna staters välfärdspolitik bygger på.<sup>47</sup> Bentham konstaterade att kontraktsteorierna som användes för att legitimera den makt som stiftade lag samtidigt legitimerade innehållet i rätten. Han utvecklade istället en teori som skiljde frågan om vad rätten innehöll ifrån frågan om vad rätten borde innehålla. Vad Bentham skulle bli mest ihågkommen för blev sedan hans lära som svarade på den senare frågan och därmed gav ett alternativ till hur bedömningen av om en lag kunde anses som moraliskt legitim skulle gå till; nyttomaximering som grund för vad som är moraliskt riktigt.<sup>48</sup> Enkelt uttryckt består denna teori i att en kalkyl används för att ta reda på vilken bestämmelse som totalt sett genererar mest nytta och att den bestämmelsen utgör det moraliskt riktiga alternativet. Hur nyttokalkylen ser ut och vad som därmed utgör den rätta regeln att handla efter kommer därmed att kunna förändra sig efterhand som vår kunskap om världen förändras.<sup>49</sup>

Bentham lade även grunden för den syn på den gällande rättens innehåll, rättspositivismen, som vi i stor utsträckning lever under idag, här istället beskriven utifrån Harts inflytelsrika

---

<sup>44</sup> Strömberg, s. 57. Hume tyckte istället att man vid byggande av teorier endast kunde utgå från vad som kunde visas på erfarenhetsmässig väg, ett förhållningssätt som kallas *empirism*.

<sup>45</sup> Nordin, 2006, s. 96.

<sup>46</sup> Nordin, 2006, s. 97.

<sup>47</sup> Welin, s. 19.

<sup>48</sup> Simmonds, s. 83.

<sup>49</sup> Welin, s. 22.

framställning.<sup>50</sup> Enligt Hart består den gällande rätten av sådana påbud som fastställts genom vissa processer som man i ett givet samhälle har enats om skall vara de korrekta och ingenting annat. Ofta innebär detta en nations författningssamling samt praxis ifrån domstolarna.

### 1.2.3 PERSPEKTIV PÅ MAKTEN

Om Bentham skrev Karl Marx (1818-1883) att denne *urbracka* var det *fantasilösa, pedantiska, pladdriga orak[let]* för det 19:e århundradets gemena borgerskap.<sup>51</sup> Marx och Bentham var inte alls överens gällande synen gällande hur, eller ens om, det ekonomiska systemet behövde förändras. Att de här ändå får stå under samma rubrik beror på Marx alternativa historiebeteckning, den materialistiska, vilken ligger till grund för den vetenskapliga socialismen.<sup>52</sup> Marx studerade i Berlin och gick inledningsvis i de tyska idealisternas fotspår. Detta framträder exempelvis i uppfattningen att *Det kommunistiska partiets manifest* (1847) inte gör anspråk på att vara evig sanning utan endast ett steg i en process som är i ständig förändring.<sup>53</sup> Han skulle dock bryta med deras idécentrerade historiebeteckning och istället hävda att även om ideologiska faktorer kan spela roll så är det de ekonomiska förhållandena som är den klart tyngst vägande orsaken till den historiska utvecklingen.

Denna materialism innehåller vissa tydliga inslag av det realistiska tankegodset. Framför allt såg Marx staten inte som något andligt väsen utan istället som en maskin, bemannad av en styrande elit. Därmed hade statens påbud inte någonting med rättvisa att göra utan syftade istället till att, genom det kapitalistiska systemet, utöva kontroll över samhällets majoritetsgrupp; arbetarna. Statsapparaten realiserade alltså inte enligt Marx någon folksjäls idéer utan var istället en inrättning för organiserat tvång.<sup>54</sup> Där andra tänkare sett staten som en av Naturen, Gud eller Konventionen inrättad förutsättning för ett gott liv såg Marx den istället som kapitalets sammanslutning, endast syftande till att försvara de besuttnas intressen. För att uppnå jämlikhet och frihet, eller kanske rättare sagt jämlik frihet, blev således slutsatsen att kapitalismen måste omkullkastas.<sup>55</sup> Oavsett vad Marx tyckte om Bentham så skulle den senares läror ändå bidra till att en mer progressiv syn på rätten fick fotfäste, vilket i vart fall bidrog till att möjliggöra reformer i riktning mot Marx utopi.

---

<sup>50</sup> H.L.A. Hart (1907-1992) har i *the Concept of Law* (1961) givit en erkänt utförlig analys av rättspositivismen och det är även hans slutsatser som Ronald Dworkin polemiserar emot i sin bok *Taking Rights Seriously* (1977) vilken jag återkommer till i kapitel 3.1.

<sup>51</sup> Marx, s. 537.

<sup>52</sup> Strömberg, s. 48.

<sup>53</sup> Liedman, s. 188. Främst återspeglar detta den dialektik som vi ser hos Hegel och som nämns i behandlandet av den tyska idealismens inverkan på svensk filosofi under 1800-talet nedan.

<sup>54</sup> Strömberg, s. 51.

<sup>55</sup> Nordin, 2006, s. 122.

### 1.3 DEMOKRATIER

Begreppet demokrati har genom åren givits en mängd innebörder och demokratins kärna är således svårdefinierbar.<sup>56</sup> Popper<sup>57</sup> exempelvis ansåg att det centrala rekviritet var att folket skall kunna byta suverän utan revolution.<sup>58</sup> Desto vanligare är det att ta fasta på begrepp som folkstyre eller folkvilja.<sup>59</sup> Det är även vanligt att beskriva demokrati som en struktur ämnad att kanalisera deltagande, representation och preferenser.<sup>60</sup> Aleksander Peczenik ställer förutom en sådan kärna upp ett antal villkor för demokratin: *majoritetsbeslut, politisk intresserepresentation, medborgarnas deltagande i politiken och rättsskipningen, fri åsiktsbildning, fri tillgång till information och öppenhet, vissa andra fri- och rättigheter, rättssäkerhet, maktindelning, kontroll över politiska beslut och de politiska makthavarnas ansvar.*<sup>61</sup> Den definition av demokratins grundläggande funktion jag valt att ta fasta på, Mikael Spångs<sup>62</sup>, bär inom sig självt kärnan i den problematik som denna uppsats analyserar och anlägger på de svenska förhållandena – konflikten mellan individens autonomi och folkstyret. De teorier jag nämnt ovan i kapitel 1.1 och 1.2, kanske främst de med idealistisk klangbotten, har på olika sätt bidragit till att forma det som Spång kallar *det moderna demokratiidealet* och som kommer till tydligt uttryck i den teoretiska struktur som kallas konstitutionell demokrati.<sup>63</sup>

Sett på det här viset kan Förenta nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna (allmänna förklaringen) ses som en sammanställning av den moderna demokratins förutsättningar och i den ser man de avtryck som historien lämnat.<sup>64</sup> Allmänna förklaringen består av trettio artiklar vari man tydligt kan utläsa intressena av folksuveränitet å ena sidan och individens rätt till sin privata sfär å den andra.<sup>65</sup> Tillvaratagandet av dessa motstående intressen kan tillsammans sägas utgöra grundprinciperna för modern demokrati.<sup>66</sup> Genom antagandet av allmänna förklaringen kan världen således sägas ha enats om att de demokratiska principerna skall eftersträvas av jordens alla länder.

---

<sup>56</sup> Peczenik, s. 63.

<sup>57</sup> Karl Popper (1902-1994) var en österrikisk filosof och vetenskapsteoretiker. I *Det öppna samhället och dess fiender* (1945) utmålas Platons auktoritära idealism som bakgrund till fascismen och Hegel och Marx som den stalinistiska kommunismens upphovsmakare. Att eftersträva mittenvägen, ett öppet samhälle som uppmuntrar sund debatt, är enligt Popper nyckeln till ett framgångsrikt samhälle. Nordin, 2006, s. 162.

<sup>58</sup> Peczenik, s. 67.

<sup>59</sup> Peczenik, s. 64-65.

<sup>60</sup> Hadenius, s.62.

<sup>61</sup> Peczenik, s. 60.

<sup>62</sup> Spång är universitetslektor och docent i statsvetenskap vid Malmö Högskola.

<sup>63</sup> Spång, s. 51.

<sup>64</sup> Exempelvis artikel 17 om äganderätt (Locke) eller 29 om medborgarens plikter och förmåner, som spänner ända ifrån Platon till Kant.

<sup>65</sup> Exv. allmänna förklaringen art. 7-12 respektive art. 21 tillsammans med art. 28. Detta utvecklas vidare nedan.

<sup>66</sup> Spång, s. 17.

Även om världens länder enats så långt är demokratibegreppet ändå i stor utsträckning öppet för att fyllas med innehåll. En viktig förutsättning för att få en bred uppslutning kring allmänna förklaringen var att det inte uttalades om rättigheterna skulle ses som universella, gällande lika för alla överallt, eller istället stå i relation till kulturella betingelser och därmed kunna variera regionalt.<sup>67</sup> Beroende på den aktuella statens historia och den filosofiska grundinställning till människans natur som är förhärskande där, kommer de olika principerna således att viktas olika. Sverige sägs till exempel vara en demokratisk rättsstat med monarkisk statsform, parlamentariskt styrelsesätt och starkt kommunalt självstyre.<sup>68</sup> Eftersom Sveriges styrelseform även tycks uppfylla de villkor för demokrati som angavs inledningsvis ser jag inga hinder för att anlägga Spångs teori om de konstitutionella demokratierna på de svenska förhållandena. Nedan följer en utveckling av den konstitutionella demokratis grundläggande principer var för sig och sedan en beskrivning av maktodelningsläran, vilken spelar roll för viktningen dem emellan.

### 1.3.1 FOLKSUVERÄNITETEN OCH MAJORITETSVÄLDET

Dessa begrepp, folksuveränitet och majoritetsvälde är centrala för denna uppsats perspektiv på begreppet konstitutionell demokrati. Principen om folksuveräniteten framträder tydligt i allmänna förklaringens artikel 21 paragraf 1 och 3 om representativitet, fria val samt att folkets vilja utgör grunden för regeringens auktoritet. En tidig förlaga till folksuveräniteten finner vi i *Defensor pacis* (o. 1320) skriven av Marsilius av Padua (1275- o. 1342). Boken avhandlar *härskarfördraget* som förespråkar ett sekulärt statsstyre där regenten fått sin makt från folket och inte från gud via påven, vilket annars var en vanlig uppfattning då såväl som under en lång tid framåt. *Defensor pacis* var främst viktig för de senare lärorna om samhällsfördraget och fick inget stort genomslag i sin samtid.<sup>69</sup> Nästa starka förespråkare för folksuveräniteten var Jean Jacques Rousseau (1712-1778) som höll jämlikheten som det främsta målet för staten. Enligt Rousseau är människan visserligen född fri men för att kunna upprätthålla denna frihet måste en samhällsgemenskap upprättas och alla hennes rättigheter övergå till denna. När alla medborgare gör detta kan ingen bestämma över någon annan och allas rättigheter förvaltas av *allmänviljan*, vilken är samtliga individers bästa ur *kollektivets perspektiv*.<sup>70</sup> Den kan aldrig ha fel, inte inskränkas i lag och ingen kan heller åberopa några individuella rättigheter gentemot dess beslut.<sup>71</sup> I Rousseaus beskrivning kan man därmed rätt tydligt ana de bekymmer som en oinskränkt folksuveränitet kan föra med sig.

---

<sup>67</sup> Spång, s. 115.

<sup>68</sup> Sterzel, s. 38.

<sup>69</sup> Strömberg, s. 16.

<sup>70</sup> Strömberg, s. 36.

<sup>71</sup> Nordin 2006, s. 93.

För att praktiskt kunna införliva allmänviljan i så stor utsträckning som möjligt tillämpar de flesta demokratier majoritetsprincipen. När så stora enheter som dagens stater skall enas om beslut är det den allmänna uppfattningen att ett konsensusförfarande i allt för stor utsträckning skulle innebära att inga beslut fattas eller att de blir för urvattnade för att effektivt kunna styra samhället.<sup>72</sup> Majoritetsprincipen medför dock risker för att de intressen som innehas av grupper i majoritet skall gå ut över dem i samhället som inte utgör majoritet, något som brukar kallas majoritetstyranni. Ett exempel på sådana risker är att medborgarna inte antas kunna skilja på egenintresse och allmänintresse. Detta skulle leda till att den majoritet som är underprivilegerad i en fråga alltid skulle kräva mer utan att ta ansvar för vad detta innebär för samhället i stort. En annan risk är att ett fullt genomslag för majoritetens uppfattning i både stort och smått skulle få en negativ inverkan på pluralism och mångfald i samhället, vilket på sikt utplånar den dynamik som är viktig för ett samhälles utveckling över tid.<sup>73</sup> För att förhindra att majoritetstyranni inträder måste folksuveräniteten därför begränsas och det är i detta syfte som de individuella rättigheterna kommer in i bilden.

### 1.3.2 AUTONOMIN OCH RÄTTIGHETERNA

Reglerandet av folksuveräniteten genom rättighetslagstiftning och maktindelning utgör alltså den konstitutionella delen av begreppet konstitutionell demokrati. Införandet av regleringen upprättar det som kallas *rättsstaten*, vilken har två sidor till sig: den formella och den materiella. Formellt sätt kräver rättsstaten att alla behandlas lika inför lagen, vilket vi finner uttryck för i allmänna deklARATIONENS artikel 7 om likhet inför lagen och diskrimineringsförbud och artikel 10 om rätt till rättvis rättegång.<sup>74</sup> Men endast detta kan inte garantera de demokratiska värdena eftersom det formella perspektivet inte ställer några krav på lagarnas innehåll. Därför är den materiella aspekten viktig som garant för att lagarna uppfyller grundläggande krav på respekt för medborgarna vilket exempelvis uttrycks i artiklarna 3 och 5 om kroppslig frihet och i artikel 17 om äganderätt och skydd ifrån statens intervention i privata tillgångar.<sup>75</sup> I artikel 1 anges att deklARATIONENS rättigheter gäller lika för alla människor och i artikel 28 att alla människor har rätt till en social och internationell ordning som uppfyller dessa. Syftet med dessa med flera rättigheter är alltså att sätta upp spelregler för folkets maktutövning över sig självt och därmed upprätthålla rättsstaten.<sup>76</sup> Bestämmelser som dessa finns med i alla rättsstaters författningssamlingar.

---

<sup>72</sup> Spång, s. 54.

<sup>73</sup> Spång, s. 56-57.

<sup>74</sup> Peczenik, s. 60.

<sup>75</sup> Peczenik, s. 61.

<sup>76</sup> Spång, s. 63-64.



### 1.3.3 STARK OCH SVAG MAKTDELNING

Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu (1689-1755) ses allmänt som maktodelningslärens grundare med sin *L'esprit des lois* (1748), men det finns olika tolkningar av hur man bör se på maktodelning. Utan att göra anspråk på rangordning efter vare sig preferens eller förekomst börjar jag med det som kallas "stark maktodelning". Montesquieus lära ligger tillsammans med Lockes tankar om icke fråntagbara rättigheter till grund för den amerikanska konstitutionen.<sup>77</sup> Att man i Amerika var misstänksam mot den offentliga makten ledde tillsammans med den stora diversiteten i den amerikanska befolkningen till en författning som ofta används som illustrerande exempel på en genomförd stark maktodelning.<sup>78</sup> Konstitutionen säkerställer demokratin genom att makten delas mellan statens tre viktigaste institutioner: den dömande, lagstiftande och styrande, vilka har separerade kompetenser samt ställs i viss beroendeställning till, och utövar kontroll över, varandra.<sup>79</sup> Detta eftersom man ville komma till rätta med riskerna med att makten koncentrerades hos en folkgrupp eller i en av dessa institutioner, främst den lagstiftande.<sup>80</sup> Här finns därmed en konstitutionsdomstol vilken kan bedöma om lagar och förordningar står i enlighet med konstitutionen och därmed har en funktion liknande den som rättsvetare i gamla tider hade då de avgjorde om en lag var förenlig med naturrätten eller folksjälen.<sup>81</sup> Detta medför ett starkt fokus på rättighetskatalogen i fastställandet av individens förhållande till staten och sådana domstolar fick därför stor spridning i Europa efter andra världskrigets slut.<sup>82</sup>

I delar av Europa var den omvända synen istället övervägande, med grund i Rousseaus bild av folket som en enhet och att statens uppgift var att realisera den allmänna folkviljan.<sup>83</sup> En svag tolkning av maktodelningsläran innebär fortfarande tredelningen i lagstiftande, verkställande och dömande institutioner men besluten över hur landet skall styras ligger nästan uteslutande hos det lagstiftande organet, parlamentet, och det balanserande momentet är minimalt. Denna typ av demokrati brukar därför benämnas som parlamentarism och är tydligast i Storbritannien men är även stark i de nordiska länderna.<sup>84</sup> Även om det inom parlamentarismen brukar finnas möjligheter till lagprövning intar den ofta en svagare position eftersom det inte ses som någonting självklart eftersträvansvärt att folkviljan skall inskränkas.<sup>85</sup>

---

<sup>77</sup> Strömberg, s. 39.

<sup>78</sup> Hadenius, s. 112.

<sup>79</sup> Hadenius, s. 116.

<sup>80</sup> Spång, s. 65.

<sup>81</sup> Strömberg, s. 55.

<sup>82</sup> Hadenius, s. 116.

<sup>83</sup> Hadenius, s. 110.

<sup>84</sup> Hadenius, s. 111. Parlamentarism innebär även att endast parlamentet är folkvalt och skiljs ifrån presidentialism där även den exekutiva makten väljs, som i Amerika. Hadenius, s. 97.

<sup>85</sup> Hadenius, s. 111-112.



## DEL 2 - SVENSK RÄTTSTRADITION I UTVECKLING

Denna del beskriver hur de ovan berörda idéerna påverkat den svenska rättstraditionens utveckling. Det visas dels sett till de mer filosofiska resonemangen som svänger från idealism till realism och tillbaka igen. Det visas även sett till hur detta haft inverkan på regeringsformens innehåll genom åren, närmare bestämt från 1809 och fram till idag där man ser en tydlig förändring i rättigheternas alltmer framskjutna position. Vad gäller tiden innan 1809 års författning kan man konstatera att maktindelningen i Sverige handlade om viss kompetensfördelning mellan kungen och folket, på folkets bekostnad, samt att rättighetskatalogen i regeringsformen knappt var värd mer än sitt namn.<sup>86</sup>

### 2.1 BOSTRÖM OCH IDEALISMEN

Till följd av att det svenska universitetsväsendet i stor utsträckning hade det tyska som förebild var svensk rättsteori under 1800-talet under stort inflytande av tyska filosofer.<sup>87</sup> Detta gällde även för Christopher Jacob Boström (1797-1866), som var den svenske filosof som kanske starkast präglade rättsutvecklingen under denna tid.<sup>88</sup> Likt många av de tyska tänkarna var Boström av uppfattningen att rätten fanns som ett andligt väsen och att den positiva rätten var en kodifiering av denna.<sup>89</sup> Ett exempel utgörs av den erkänt inflytelserika tyska filosofen Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) som bland annat var inspirerad av Kant. Enligt Hegel utgjorde statens institutioner tillsammans med medborgarna en "folkande".<sup>90</sup> Det var denna ande som den skrivna lagen skulle stå i enlighet med för att vara rättvis. Boström såg, liksom flera av de tyska tänkarna, Gud som det högre medvetande som utgjorde riktmärket för moralen och därmed rättvisan.<sup>91</sup> Gemensamt med Hegel var även att Boström skiljde på statssamhället och folksamhället, vilka hade skilda intressen som borde bevakas av skilda representanter.<sup>92</sup> Detta var en okontroversiell uppfattning i ett Sverige där kungen, instiftad genom guds nåde<sup>93</sup>, fortfarande innehade den styrande makten men där folkrepresentationen tilltog i styrka.<sup>94</sup>

---

<sup>86</sup> Sterzel, s. 16.

<sup>87</sup> Strömberg, s. 65.

<sup>88</sup> Nordin redogör för de "boströmianer" som besatt stora delar av de filosofiska professurerna i slutet av 1800-talet. Nordin, 1983, s. 9.

<sup>89</sup> Nordin, 1983, s. 29.

<sup>90</sup> Malnes o Knutgaard, s. 168.

<sup>91</sup> Nordin, 1983, s. 29.

<sup>92</sup> Nordin, 1981, s. 26.

<sup>93</sup> Nyutfärdade lagar inleddes i Sverige fram till 1973 med "VI GUSTAF ADOLF, med guds nåde, ..., göra veterligt". Strömberg, s. 22.

<sup>94</sup> Holmberg m. fl., 2003, s. 29. Från 1809 års regeringsform avtog kungens makt successivt för att slutligen upphöra i och med den partiella författningsreformen 1969.

En grundpelare i Hegels filosofi är läran om dialektiken. Enligt denna kommer varje historisk strömning med nödvändighet att övergå i en motreaktion vilken intar motsatt ståndpunkt, dock med ständigt inflätande av nya influenser vilket ger en ständigt pågående, organisk utveckling.<sup>95</sup> Precis som Hegel således förutspått uppstod Uppsalaskolan mot slutet av 1800-talet som en variant av de rättsrealistiska teorier vilka växte fram i reaktion mot de idealistiska.<sup>96</sup>

## 2.2 HÄGERSTRÖM OCH UPPSALASKOLAN

Axel Hägerström (1868-1939) var en filosof verksam på Uppsala universitet där han inledde studier 1886. Mellan 1911 och 1933 innehade han där den ordinarie professuren i praktisk filosofi. Där Boström, likt Platon, såg vår värld som en blek avbildning av den verkliga världen, idévärlden, såg Hägerström tvärtom att den absoluta verkligheten ligger framför oss i tiden och rummet medan föreställningen om en idévärld är en illusion.<sup>97</sup> Här verkar Hägerström vara på väg i riktning mot en materialistisk världsåskådning.<sup>98</sup> Dock använder han sig, precis som de klassiska rationalisterna<sup>99</sup> av ett *criterium veri*, ett sanningskriterium som grund för hela sitt teoribygge, och från vilket samtliga övriga företeelser kan härledas på deduktiv, logisk, väg.<sup>100</sup> Hägerströms *criterium veri* är vetenskapens princip, vilken han finner i *begreppet om verklighetens nödvändiga självidentitet*.<sup>101</sup> Detta innebär att han, trots att han väljer en rationalistisk åskådning inte gör sig beroende av någon betraktare utan låter verkligheten så att säga stå för sig själv. Härmed ringar Hägerström in ett teoribygge som, till skillnad ifrån Boströms, blir dualistiskt såtillvida att det kan göra skillnad på rätt och moral och som samtidigt avfärdar metafysiken, vilket i förlängningen leder till att rättighetsbegreppet kan avfärdas. Åke Frändberg sammanfattar Hägerströms filosofi i följande, här något nedkortade, tre punkter:

1. *Endast företeelser, som utfyller en del av det tidsrumsliga utrymmet, existerar. Således existerar inte rättigheter och skyldigheter, rättsregler och rättsordningar.*
2. *Normativa omdömen och värdeomdömen saknar sanningsvärde. De är blott känsloexpressioner.*

---

<sup>95</sup> Nordin, 2006, s. 118.

<sup>96</sup> Glavå o Petrusson, s. 110.

<sup>97</sup> Nordin, 1983, s. 39.

<sup>98</sup> Materialism som världsåskådning innebär att man, till skillnad från många rationalister, ser materien som absolut och existerande oavsett mänsklig eller annan betraktelse. Här är Isaak Newtons (1643-1727) lära om naturen som en maskin i vilken människan är kuggar central. Denna utmynnar i en determinism (ödesbestämmelse) som är svår att acceptera eftersom den utplånar den mänskliga fria viljan.

<sup>99</sup> Rationalismen (av *ratio*, grek. för förnuft) har varit en central tankeströmning sedan renässansen. En framstående rationalist var René Descartes (1596-1650) vars välkända *criterium veri* var *jag tänker, alltså är jag*. Utifrån detta slöt han sig sedan på logisk väg fram till hur världen måste vara befattad vilket ledde till just sådana föreställningar som Hägerström såg som metafysiska.

<sup>100</sup> Nordin, 1983, s. 38.

<sup>101</sup> Nordin, 1983, s. 38.

3. *Vad rätten, under den metafysiska överbyggnaden av rättigheter och plikter, utgörs av är mekanismer av sociopsykologisk natur. Ett socialt maskineri. Sanktionernas genomdrivande i samhället bidrar till att orsaka det rättsliga handlandet och skapar en pliktkänsla hos människorna.*<sup>102</sup>

Hägerström konstaterar att rätten bygger på en moralisk idé och att moraliska idéer antingen är värdeidéer eller pliktidéer.<sup>103</sup> Han visar sedan att vad som ligger till grund för vår lagstiftning inte kan vara en värdeidé.<sup>104</sup> Pliktidén kvarstår därmed som sådan grund. Pliktkänslan beror enligt Hägerström på att rättssystemet bestraffar vissa ageranden vilket skapar en känsla av att vilja följa lagen.<sup>105</sup> Följaktligen är det lagstiftaren och inte en varseblivning av någon transcendental rättskänsla som ger oss pliktkänslor. Detta led, tillsammans med en förklaring av Lockes och Kants teorier om grunden för äganderätten som ohållbara, för Hägerström till slutsatsen att rätten måste bygga på något annat än vad man tänker sig att olika människor har rätt till enligt någon form av inneboende kraft.<sup>106</sup> Han säger så här:

*”Den positiva rätten är sålunda verkligen i sin idévärld genomdragen av logiskt ohållbara naturrättsliga idéer. Då nu dessa, eftersom de sakna varje sanningsgrundval, måste hänskjutas på intressen såsom i väsentlig grad föranledande dess utformning, så är den positiva rättens idévärld i själva verket en samling fiktioner, som i väsentlig grad bestämmas av där bakom liggande intressen, som kunna hålla sig uppe genom att kasta denna slöja framför sig.”*<sup>107</sup>

I angivandet av dessa intressen är Hägerström tydligt influerad av det marxistiska tankegodset. Om liberalismens genomförande efter den franska revolutionen, särskilt åsyftande avtalsfriheten<sup>108</sup> och äganderätten, säger han så här:

---

<sup>102</sup> Frändberg, s. 377.

<sup>103</sup> Hägerström, 1917, s. 20-23.

<sup>104</sup> Hägerström, 1917, s. 31-33. Detta eftersom det då skulle förutsättas att en borgenär skulle tvingas visa att denne har ett faktiskt intresse av att erhålla den summa som gäldenären är skyldig. I vår gällande lagstiftning är så inte fallet utan en rättighet skall alltid respekteras till och med om dess realiserande skulle kunna vara direkt skadligt för rättighetsinnehavaren. Därmed kan rättigheterna inte ha med en moralisk idé om värde att göra.

<sup>105</sup> Hägerström, 1917, s. 33-46. Att värdeidén inte har någon framträdande plats i vår lagstiftning tillbakavisades rätt lätt. Pliktidén upptar däremot en betydligt större del av Hägerströms framställning eftersom påståendet att själva anledningen till att vi känner oss förpliktade skulle vara vår upplevelse av en transcendent (utanförhängande) moral är just det han vill motbevisa. Hägerström når i den här frågan sin ståndpunkt genom en serie av logiska slutsatser som är för omfattande för att återges här.

<sup>106</sup> Hägerström, 1917, s. 47-52.

<sup>107</sup> Hägerström, 1917, s. 108.

<sup>108</sup> Hägerström kontrasterar gärna, den i liberala system upphöjda, avtalsfriheten med den under romartiden utvecklade *bona fide*-principen, läran om intresseavvägning. Principen utgick ifrån att avtal ingicks för ett ömsesidigt gynnande av parterna vilket innebar att båda parter även måste stå risken om avtalet inte uppfylldes, snarare än att det skulle lydas blint till sin bokstav. Detta medförde en mindre strikt bedömning vid avtalsbrott. Hägerström, s. 40-41.

*”Men vad blev följden av sådana idéers genomförande? Jo, en egendomsanhopning på ett relativt fåtal händer och en klyvning av samhället i besittande och icke-besittande klasser – istället för den feodala klyvningen i adliga och icke-adliga. Den icke-besittande klassen hade nu visserligen skenbart sin frihet i behåll.”<sup>109</sup>*

Därmed kan man enligt Hägerström inte dra likhetstecken mellan sådana fiktiva rättigheter och den moral som rätten ändå är tänkt att försvara. Här ser man även hur hans syn på den teoretiska filosofin får återverkningar på den praktiska.<sup>110</sup> Värdeomdömen ses inte som uttalanden om någonting verkligt, varpå det inte heller går att utifrån sådana fastställa om en lag är rättvis eller orättvis, om en handling är god eller ond. En vetenskap kan inte baseras på sådana uttalanden och även rättsvetenskapen måste därmed nogsamt undvika att fälla sådana.<sup>111</sup> Dock var Hägerström inte någon renodlad rättspositivist.<sup>112</sup> Vad som började som ett korståg mot metafysiken<sup>113</sup> utmynnade så småningom i uppfattningen att konsekvenserna för samhället var den måttstock som kunde avgöra huruvida en lag var att se som rättvis och därmed skulle tillämpas. Detta framgår tydligt i en artikel från 1931 där Hägerström skriver:

*”Ja, stundom kan det bli ett krav på honom [domaren], att han handlar mot lagens klara ordalydelse, nämligen om det antingen kan sägas, att lagstiftaren inte kunnat förutse de sociala konsekvenserna under närvarande förhållanden av lagens användande i föreliggande fall eller den i det hela blivit föråldrad.”<sup>114</sup>*

### 2.3 UPPSALASKOLANS ARVTAGARE

Hägerströms åsikt i citatet ovan delades av hans lärjunge Vilhelm Lundstedt (1882-1955) som även han var professor vid Uppsala universitet men i civilrätt. Lundstedt var även riksdagsledamot för socialdemokraterna 1929-1948. Hos honom finner vi för första gången *samhällsnyttan* som uttalat primat för rättstillämpningen.<sup>115</sup> Vad som skall ses som mest samhällsnyttigt torde dock vara öppet för värderingar och med detta blev Lundstedt kritiserad för att ha anammat en ny ideologi för att legitimera rätten.<sup>116</sup> Att det skulle förhålla sig så förnekade han dock bestämt och hävdade istället att samhällsnyttan framgår av lagstiftningsprocessen, exempelvis genom förarbetena och att det därmed inte är fråga om

<sup>109</sup> Hägerström, 1917, s. 72.

<sup>110</sup> I Sverige skiljer vi på teoretisk filosofi, vilken bl. a. behandlar vetandets, och därmed moralens, *förutsättningar*, och praktisk filosofi, som behandlar vad som bör ses som (mest) *moraliskt acceptabelt*.

<sup>111</sup> Strömberg, s. 67.

<sup>112</sup> Jfr. Hans Kelsens (1881-1973) *rena rättslära* vilken innebär att rätten har en egen inre moral och därmed varken behövs eller skall tolkas gentemot andra moralteorier när gällande rätt skall fastställas. Strömberg, s. 61.

<sup>113</sup> Hägerström lär ha upprepat att *”Praeterea censeo metaphysicam esse delendam”*, likt Cato d ä som ansåg att Cartago borde förgöras. Nordin, 1983, s. 46.

<sup>114</sup> Glavå o Petrusson, s. 115.

<sup>115</sup> Strömberg, s. 69.

<sup>116</sup> Glavå o Petrusson, s. 123.

domarens godtycke när sådana hänsyn åberopas. Detta resonemang kunde dock endast till viss del rättfärdiga hans position vilket han själv även erkände.<sup>117</sup> Lundstedt var även den som skulle föra korståget mot metafysiken längst genom att uppmana till ett avskaffande av fenomenet rättigheter som begrepp, något som han blev hårt kritiserad för utifrån och knappt ens fick medhåll för inifrån Uppsalaskolan.<sup>118</sup>

En annan som i hög grad bidragit till Uppsalaskolans inflytande på rättsutvecklingen var Per Olof Ekelöf (1906-1990), tidigare student under Hägerström och professor i processrätt vid Uppsala universitet mellan 1943-1972.<sup>119</sup> Han ansåg att rättsskipningens huvuduppgift bör vara att verka handlingsdirigerande på medborgarna snarare än konfliktlösande. Detta exempelvis genom att betona vilken målsättning en viss lag var tänkt att ha vid skrivandet av domsluten.<sup>120</sup> Om en regel gynnar den konfliktlösande aspekten i rättsprocessen på bekostnad av den handlingsdirigerande verkan utfallet har på samhället var det således en dålig regel. Han tycks gå så långt som till att även advokaterna borde inta den positionen. Ekelöf vidhåller själv att detta synsätt blir mer problematiskt i dagens samhälle som är mer individcentrerat, pluralistiskt och präglad av konkurrens.<sup>121</sup>

Uppsalaskolan vill alltså lära oss att rättigheterna är lagstiftarens *konstruktioner* och inte existerar av sig själva samt att deras ursprung är ett maktspel där de tjänar till att befästa redan gynnade medborgares positioner.<sup>122</sup> Det tankegodts som Uppsalaskolan gav upphov till har föranlett en motvillighet att införa rättighetskataloger i grundlagen. Man ansåg att där endast skall anges strukturen för statsskicket och att politiken inte skall vara fastslagen i, eller bunden av, lagar.<sup>123</sup>

---

<sup>117</sup> Glavå o Petrusson, s. 123-124.

<sup>118</sup> Glavå o Petrusson, s. 125.

<sup>119</sup> Frändberg, s. 392. Främst gällande synen på rättsskipningens, sanktionernas, lagtolkningens och bevisvärderingens funktioner.

<sup>120</sup> Nordin, 1983, s. 127.

<sup>121</sup> Ekelöf, s. 20 ff.

<sup>122</sup> Glavå o Petrusson, s. 132 & 137.

<sup>123</sup> Vahlne Westerhäll, 2005, s. 86.

## 2.4 KONSTITUTIONEN OCH RÄTTIGHETERNA 1809 TILL 1974

1809 års regeringsform stipulerade i sin första paragraf att "Sveriges Rike skal styras af en Konung och wara et Arf-Rike" och i den fjärde att "Konungen äger at allena styra Riket på det sätt denna Regerings-Form föreskrifwer".<sup>124</sup> Detta innebar att Sveriges statsskick, enligt Sterzel, var att betrakta som en personlig kungamakt även med de, ganska omfattande, bestämmelser som reglerade konungens styre.<sup>125</sup> Konungen utsåg ett råd som skulle finnas med vid fattandet av de flesta beslut kring rikets angelägenheter och beslut om lagändringar fattades gemensamt med riksdagen, där folket vid denna tid representerades genom stånden.<sup>126</sup> 1809 års regeringsform utgjorde därmed ett försök att uppnå en slags maktindelning mellan folket och konungen.<sup>127</sup> Sverige hade i sin närhistoria mellan två perioder av starka kungastyren haft drygt 50 år av rent folkstyre, den så kallade frihetstiden, och nu fanns det en vilja och en möjlighet att grundlagsfästa en balans som skulle motverka den typen av radikala maktskiften. Under perioden fram till den senaste regeringsformen skulle denna maktindelning gradvis komma att förändras och så småningom utmynna i den riksdag och regering som vi har idag.

Den fjärde paragrafen ändrades först vid den partiella reformen 1969, då enkammarriksdagen infördes, och den första inte förrän vid den stora reformen 1974.<sup>128</sup> Vid det laget hade landets styrelseutövning i praktiken dock genomgått en långtgående förändring i parlamentarisk riktning. Man kan som särskilt viktiga framhålla de beslut som legat till grund för vår moderna regering år 1840-41, samt representationsreformen år 1866-67 då ståndsriksdagen övergick i tvåkammarriksdag med folkrepresentation.<sup>129</sup> Redan år 1917, då kung Gustav V vid regeringsbildningen garanterade att respektera de parlamentariska principer som regeringspartierna stod för, kan regeringsformen sägas ha blivit slutligt utdaterad.<sup>130</sup> Detta år inleds så den period som har kallats för *det författningslösa halvseket*, vilket slutar i och med att den nya regeringsformen antas 1974.<sup>131</sup> Statsskicket var under denna period inte någonting som diskuterades särskilt aktivt i politiken och regeringsformen ansågs inte heller som något man

---

<sup>124</sup> Regeringsformen 1809-1959, s. 12-13.

<sup>125</sup> Sterzel, s. 329. Det kan dock tilläggas att det är svårt att helt inrymma den svenska styrelseformen i någon av de klassiska statsskicksetiketterna. Sterzel, s. 38.

<sup>126</sup> Sterzel, s. 16. Ståndsriksdagen hade sitt ursprung i 1400-talets Sverige och var indelad i präster, adel, borgare och bönder.

<sup>127</sup> Sterzel, s. 16. Till skillnad ifrån maktindelning mellan institutioner i staten. Det skulle således ha rört sig om en sådan "svag" maktindelning som behandlats ovan.

<sup>128</sup> Regeringsformen 1809-1959, webbupplagan, innehållandes utvecklingen från 1959 fram till reformen 1974.

<sup>129</sup> Sterzel, s. 16. Representationsreformen innebar att ståndsriksdagen övergick i en tvåkammarriksdag där första kammaren valdes av landstingen och den andra av folket, även om det inledningsvis var få som hade rösträtt.

<sup>130</sup> Sterzel, s. 17.

<sup>131</sup> Sterzel, s. 19.

med seriositet åberopade i rätten.<sup>132</sup> I den utsträckning man alls hade med regeringsformen att göra lär man helt enkelt ha läst *regeringen* istället för *konungen*.<sup>133</sup>

Vad gäller i grundlag reglerade friheter innehöll 1809 års regeringsform i 16§ följande lydelse:

*"Konungen bör rätt och sanning styrka och befordra, wrångwisa och orätt hindra och förbjuda, ingen förderfwa eller förderfwa låta til lif, ära, personlig frihet och wälfärd, utan han lagligen förwunnen och dömd är, och ingen afhända eller afhända låta något gods, löst eller fast, utan ransakning och dom, i den ordning Sweriges Lag och laga Stadgar föreskrifwa; ingens fred i des hus störa eller störa låta; ingen ifrån ort til annan förwisa; ingens samwete twinga eller twinga låta, utan skydda hwar och en wid en fri utöfning af sin Religion, så widt han derigenom icke störer Samhällets lugn eller allmän förargelse åstadkommer. Konungen låte en hwar blifwa dömd af den Domstol, hwarunder han rätteligen hörer och lyder."*<sup>134</sup>

Att denna upprädningsinledning av "Konungen bör ..." är dock en fingervisning om att dessa, om de över huvud taget var utkrävbara, var svaga rättigheter. Om "rättighetskatalogen" i 16§ har det även sagts att man under det författningslösa halvseket närmast sett på den som en garant för medborgaren att de verkställande myndigheterna hade att tillämpa den liggande lagstiftningen.<sup>135</sup> Paragrafen torde därmed närmast ha setts som ett uttryck för legalitetsprincipen och fyllde därmed inte alls den funktion som grundlagsskyddade rättigheter har idag. Istället har Sveriges rättighetsskydd av hävd betonat tryckfriheten vilken blev grundlag genom Tryckfrihetsförordningen 1766. Den gav medborgarna rätt till åsikts- och tankefrihet i tryckt skrift samt rätt till insyn i den offentliga verksamheten genom utkrävande av allmänna handlingar.<sup>136</sup> Här ser man hur det historiska arvet avspeglats i grundlagarna där opinionsfriheten varit den rättighet som värderats högst och satts att värna medborgarens intressen. Ännu ett uttryck för att Sveriges styre av hävd har legat nära modellen med svag maktindelning.

Det kan tyckas anmärkningsvärt att man då regeringsformen var så utdaterad inte såg sig tvungen att mer genomgripande ändra den beträffande just statsskicket. Den svenska erfarenheten sade dock att några stora grundlagsändringar inte var nödvändiga. Det konstitutionella systemet fungerade nämligen som det var, liksom i Norge och USA uppbytt av praxis, vilket gjorde att de politiska partierna inte visade något större intresse för frågorna om

---

<sup>132</sup> Sterzel, s. 19.

<sup>133</sup> Sterzel, s. 329.

<sup>134</sup> Regeringsformen 1809-1959, s. 23.

<sup>135</sup> Prop. 1973:90, s. 130.

<sup>136</sup> Prop. 1973:90, s. 130.



statsskicketts konstitutionella utformning.<sup>137</sup> Snarare kunde hastiga och otillräckligt överlagda lagändringar skapa osäkerheter gällande den styrande makten. Ett exempel på detta var att det under tiden som regeringen övertog alltmer av kungens befogenheter lär ha uppstått ett maktvakuum då den inte egentligen var helt förberedd på att disponera denna makt vilket försvagade rikets styrning.<sup>138</sup> Slutligen instiftas ändå folksuveräniteten i den genomgripande regeringsformen 1974. Till följd av det ovan sagda föranledde reformarbetet alltså inte några heta debatter kring statsskicket utan istället, och mer intressant för denna uppsats, mänskliga rättigheters vara eller icke vara.<sup>139</sup>

## 2.5 TREDJE RIKETS FALL OCH RÄTTIGHETERNAS INTÅG

Denna del av historien påbörjas i och med Sveriges undertecknande av den Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna (Europakonventionen) år 1950. Därmed utgör detta stycke inledningsvis en överlappning av det förra och visar på hur diskussionen om rättigheter klättrar på den politiska dagordningen fram till reformen 1974 och även fortsätter med det efteråt. Jag har redan nämnt hur andra världskrigets efterverkningar utmynnade i den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna. Europakonventionen var ett projekt med syfte att på ett konkret sett implementera delar av allmänna förklaringen i Europa.

Europakonventionen rymmer 59 artiklar men bara de första 18 behandlar de faktiska rättigheterna, alltså rätt många färre än i allmänna förklaringen. Här finner vi heller inga lydelse som tar sikte på folksuveränitet utan konventionen är istället fokuserad på individens skydd, alltså rätt till liv och kroppslig identitet, rättssäkerhet, tanke- och yttrandefrihet etc. Konventionen ratificerades av Sverige 1952 för att träda i kraft i september 1953.<sup>140</sup> Året därpå inleddes en utredning av behovet av att modernisera författningen, Författningsutredningen, vilken i sig inte ledde fram till några lagändringar utan främst skulle ligga till grund för den senare Grundlagsberedningen.<sup>141</sup> Målsättningen med Grundlagsberedningen var, beträffande rättigheterna, att den nya regeringsformen skulle säkerställa de förpliktiganden som Sverige åtagit sig genom Europakonventionen.<sup>142</sup> Samtidigt fanns det här en djup ideologisk motsättning mellan det statsbärande partiet socialdemokraterna och oppositionen.

---

<sup>137</sup> Sterzel, s. 20.

<sup>138</sup> Sterzel, s. 329.

<sup>139</sup> Sterzel, s. 20.

<sup>140</sup> Sverige underkastade sig dock inte Europadomstolens jurisdiktion förrän 1966 och blev fälld däri första gången 1982. Holmberg m.fl., 2003, s. 54.

<sup>141</sup> Sterzel, s. 19.

<sup>142</sup> Holmberg m.fl., 2003, s. 54.



Det socialdemokratiska partiet, med sin ideologiska hemvist nära Uppsalaskolans filosofi, var motståndare både till individuella rättigheter och möjlighet för domstolarna att överpröva lagstiftningsprocessen.<sup>143</sup> Resultatet blev att proposition 1973:90 *Förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.*, vilken leder till att 1974 års regeringsform träder ikraft, var ganska urvattnad vad gällde rättighetskatalog och lagprövningsförfarande. Det rörde sig om fyra paragrafer i det andra kapitlet där endast bestämmelserna i 4§ som reglerade opinions- och religionsfrihet lyder att medborgaren *skall* vara tillförsäkrad dessa gentemot det allmänna. Dessa friheter kunde dock enligt 8 kap 3§ inskränkas genom lag utan närmare upplysning om på vilka grunder detta fick ske. Den första paragrafen slår fast rättvisa och jämställdhet som *mål* vilka samhället skall *verka* för att uppnå och den andra att ett visst inflytande i arbetsfrågor och skydd mot uppsägning *bör* vara tillförsäkrat medborgaren. Vad gäller 3§ som rör äganderätt sägs att ersättning *bör* utgå enligt bestämmelse fastställd i lag vid expropriation eller liknande förfarande.<sup>144</sup>

Därmed blev det konstitutionella skyddet inte mycket större än det var med 1809 års regeringsform och tryckfrihetsförordningen. Rättigheterna presenteras men huvudvikten ligger 1974, och enligt Sterzel fortfarande idag, på frågan om hur de får begränsas av lagstiftaren och inte på hur de skall tillämpas i domstolen.<sup>145</sup> Detta visar på att rättigheterna, till följd av den historia som beskrivits ovan, snarare ses som inskränkningar i den demokratiska beslutandeprocessen än som individuella och faktiskt utkrävbara.<sup>146</sup>

Sedan tillkomsten av regeringsformen 1974 har flera ändringar gjorts varav de mest genomgripande har rört just de grundläggande fri- och rättigheterna där rättighetskatalogen har utökats i flera steg.<sup>147</sup> Idag består andra kapitlet av 25 paragrafer vilka även som regel har strängare formuleringar än de första från 1974. Äganderätten exempelvis innebär idag enligt 15§ att ingen kan tvingas avstå egendom utom när angelägna allmänna intressen kräver det samt att man då *ska* vara tillförsäkrad full ersättning. Utöver att vi fått fler rättigheter i regeringsformen har även tryckfrihetsförordningen kompletterats med yttrandefrihetsgrundlagen. 1980 infördes även en bestämmelse i regeringsformen, nuvarande 11 kap 14§, om möjligheten till lagprövning för domstolar vilket är en variant av de konstitutionsdomstolar som omnämns tidigare i demokratiavsnittet. Innan 1980 var lagprövning något som hade utvecklats i praxis och införandet i regeringsformen var avsedd att

---

<sup>143</sup> Sterzel, s. 21.

<sup>144</sup> Prop. 1973:90, s. 7.

<sup>145</sup> Sterzel, s. 41-42.

<sup>146</sup> Sterzel, s. 42.

<sup>147</sup> Sterzel, s. 22.

kodifiera denna praxis vilket innebar att en domstol skulle underlåta att tillämpa en lag om den stod i uppenbar strid med en överordnad norm.<sup>148</sup>

Att denna lagprövningsskyldighet kan innebära att våra mellanstatliga åtaganden påverkar utfallen i våra egna domstolar blev tydligt i fallet med pastor Åke Green, som predikade mot homosexualitet.<sup>149</sup> Där fastställde Högsta Domstolen att pastorn uppsåtligen hade uttryckt sig hätskt och därmed agerat brottsligt enligt svensk lag. Domstolen uttalade även att det inte stred mot religionsfriheten och inte heller uppenbart stred mot yttrandefriheten att döma Green till påföljd varpå lagprövningsregeln inte trädde in utan den svenska strafflagen skulle tillämpas.<sup>150</sup> Man bestämde sig ändå för att fria Green med hänvisning till att hans agerande enligt Europadomstolens praxis gällande religions- och yttrandefrihet sannolikt inte skulle anses gå utöver vad som angivits som tillåtet.<sup>151</sup>

2004 tillsattes Grundlagsutredningen vilken hade till uppgift att undersöka möjligheter att *stärka och fördjupa den svenska folkstyrelsen, att öka medborgarnas förtroende för demokratins funktionssätt och höja valdeltagandet*.<sup>152</sup> Utredningen var i stort sett enhällig vilket ledde till att den proposition som lades inför riksdagen 2009 klubbades igenom i princip utan att förändras. Propositionen framhåller *betoningen av domstolarnas och domarnas roll i det konstitutionella systemet* och i linje med detta har uppenbarhetsrekvisitet vid lagprövningen tagits bort och domstolarna fått ett eget kapitel i regeringsformen för att visa på deras särställning.<sup>153</sup> Vidare har EU-medlemskapet skrivits in i regeringsformen vilket enligt vad propositionen anger innebär att om vi skall gå ut ur EU så måste regeringsformen först ändras.<sup>154</sup>

Under denna period från en bit in på 50-talet och framåt formuleras den svenska filosofin, enligt Nordin, inte främst ifrån våra egna lärosäten. Istället följer den svenska rättstraditionens utveckling nära hur samtalet förs internationellt, vilket vid den här tiden innebar i USA och Storbritannien.<sup>155</sup> På grund av detta samt till följd av hans inflytelserika teori till försvar av rättigheterna får Dworkin stå för resonemangen när jag i nästa del börjar med att utveckla rättighetsdiskursen.

---

<sup>148</sup> Prop. 2009/10:80, s. 145.

<sup>149</sup> NJA 2005 s. 805.

<sup>150</sup> NJA 2005 s. 828.

<sup>151</sup> Görel Granström, *Svensk rättstradition i konflikt med europarätten? Exemplet Åke Green*. Edström, s. 25 ff.

<sup>152</sup> SOU 2008:125, s. 107.

<sup>153</sup> Holmberg m. fl, 2012, Zeteo, Grundlagsutredningen.

<sup>154</sup> Prop. 2009/10:80 s. 125-126.

<sup>155</sup> Nordin, 1983, s. 208.

## DEL 3 - KRITIK OCH ALTERNATIV

Utvecklingen efter andra världskriget var ingenting som Hägerström och knappt heller Lundstedt behövde ta ställning till. På deras tid var det förhållandevis lätt att komma undan med resonemang som resulterade i att medborgarna inte hade andra rättigheter än de som staten bestämt sig för att ge dem. Den tyska regimens, enligt nationell rätt, lagliga övergrepp mot det judiska folket skulle dock visa på orimligheten i en sådan hållning. För att förklara rättigheternas position i Sverige idag presenterar jag här först en teori som kritiserar det sätt att se på gällande rätt som Uppsalaskolan förfäktade. Samtidigt är som sagt rättigheternas dominerande position som begränsning av statens befogenheter ifrågasatt och därför beskriver det andra kapitlet även en teori som dels förklarar rättigheternas skadeverkande effekt i den demokratiska beslutsprocessen och dels ger en alternativ syn på hur det demokratiska folkstyret istället bör begränsas. Knuten till denna senare teori är ett alternativ, eller i vart fall ett komplement, till maktodelningsläran i synen på vad som är förutsättningen för en god demokrati, den deliberativa teorin, vilken jag även tar upp under den tredje rubriken i denna del. Del tre avslutas sedan med en redogörelse över de faktiska möjligheterna att avlägsna rättigheterna ur vår författningssamling.

### 3.1 ETT FÖRSVAR AV RÄTTIGHETERNA

Enligt Ronald Dworkin (1931-) kommer rättigheterna till uttryck i sådana principer som på ett träffande sätt beskriver eller överensstämmer med ett visst komplex av i lag fastställda bestämmelser, viss rättspraxis och andra beslut.<sup>156</sup> Dessa rättigheter utgör enligt Dworkin trumf i den utilitaristiska nyttokalkylen vilket innebär att om man innehar en sådan så behöver man inte argumentera för sin sak utan ens rätt skall respekteras.<sup>157</sup> Dworkin är av uppfattningen att *rättspositivismen och utilitarismen är två sidor av samma mynt* och hans teori går ut på att visa varför rättigheter måste gå före nyttohänsyn vid lösandet av *svåra fall*, fall där rättspositivistens syn på den gällande rätten inte ger moraliskt tillfredsställande resultat.<sup>158</sup>

#### 3.1.1 RÄTTIGHETERNA OCH DEN GÄLLANDE RÄTTEN

Dworkin utvecklar sin teori bland annat utifrån *Riggs v. Palmer*, som var just ett sådant svårt fall i en domstol i New York 1889.<sup>159</sup> Det fanns vid denna tid ingen uttrycklig regel om att man inte skulle kunna ärva den man mördat och således borde Palmer, som mördat sin morfar, fått ut den andel av arvet som enligt testamentet och en strikt rättspositivistisk syn på gällande rätt skulle tillfalla honom. Ställda inför detta moraliskt tvivelaktiga faktum valde domarna istället att låta principen att *ingen skall skörda vinning av egen orättshandling* väga tyngre än principen

---

<sup>156</sup> Simmonds, s. 106.

<sup>157</sup> Welin, s. 224.

<sup>158</sup> Simmonds, s. 113.

<sup>159</sup> Dworkin, s. 23.

lagbestämmelser som antagits av en demokratisk lagstiftande församling skall upprätthållas i enlighet med sin klara och otvetydiga ordalydelse.<sup>160</sup> Därmed hade de, genom att tillämpa sin diskretion istället för den gällande rätten, gått utanför det som är domarens egentliga roll och skapat en ny regel som de sedan retroaktivt dömt någon utefter, något som annars är strängt förbjudet i en rättsstat.<sup>161</sup> Dworkin ser ändå detta som något som ofrånkomligen måste ske och sätter sig därför ut för att visa att dessa principer är en del av den gällande rätten och att domarna därmed inte gått utanför sitt uppdrag när de dömt utefter dem.

Dworkin anser att sådana principer som domare använder sig av när en lag, eller frånvaron av en lag, ger ett utfall som inte står i överensstämmelse med en moralisk värdegrund är uttryck för rättigheter. Detta grundar han i ett resonemang med en övermänsklig domare som kan sammanställa alla moraliska, rättsliga och politiska teorier som ligger bakom ett regelkomplex och sedan utifrån denna sammanställning utläsa vilka principer som står mot varandra i det aktuella fallet.<sup>162</sup> Principerna, som har till syfte att tillvarata individers rättigheter, skiljer Dworkin sedan från samhällliga handlingsprogram vilka är kollektiva mål som antagits för att de ses som åtråvärda av samhället. Det är Dworkins uppfattning att principerna måste fungera som *trumpf* när en enskild hotas av det goda som kollektivet vinner på att regeln tillämpas.<sup>163</sup>

Dworkin visar även att principer skiljer sig ifrån regler men ändå är en del av den gällande rätten. Det sätt på vilka principer särskiljer sig kan beskrivas med följande två satser: (1) En regel är antingen gällande i ett fall eller inte. Vid en *prima facie* kollision mellan två regler finns bestämmelser för vilken regel som är den giltiga. (2) Principer däremot utgör *skäl* för att avgöra ett fall i en viss riktning men aldrig ensamt avgörande skäl. Olika principer står nämligen emot varandra och måste vägas för att avgöra vilken som har företräde.<sup>164</sup> Där regler är binära, i bemärkelsen tillämpbar eller ej tillämpbar, har principer istället en dimension av vikt vilket innebär att den hänsyn som måste tas kan vara större eller mindre samtidigt som de hela tiden är bindande rättsprinciper.<sup>165</sup>

Att principerna måste ses som en del av den gällande rätten sluter Dworkin sig till genom följande resonemang. Om en domare avgör ett fall som *Riggs v. Palmer* i enlighet med samhällliga handlingsprogram, vilket Dworkin jämför med eget godtycke, öppnar domaren för en rättsrealism som undergräver förtroendet för att domstolar realiserar människors rätt vilket på sikt kan rasera rättsapparaten. Om fallet däremot avgörs utifrån principer så

---

<sup>160</sup> Simmonds, s. 103-104.

<sup>161</sup> Dworkin, s. 46.

<sup>162</sup> Dworkin, s. 105, Simmonds, s. 108.

<sup>163</sup> Simmonds, s. 111-12.

<sup>164</sup> Dworkin, s. 24 & 25, Simmonds, s. 104.

<sup>165</sup> Dworkin, s. 26.

upprätthålls föreställningen om domstolars rättsvårdande funktion. Principer måste alltså ses som en del av gällande rätt eftersom alternativet vore att svåra fall avgjordes genom domarens godtycke.<sup>166</sup>

### 3.1.2 RÄTTIGHETERNA OCH LAGSTIFTAREN

En annan anledning till att Dworkin anser att det måste förhålla sig på det viset finner vi i hans syn på lagstiftaren. Han menar att de individer (utredare, folkvalda i den lagstiftande församlingen etc.) som tillsammans utarbetar och antar lagförslag inte förmår ställa sig bortom sina egna preferenser gällande hur de vill att deras omgivning skall se ut, något som även berördes under demokratiavsnittet.<sup>167</sup> För att dessa preferenser hos majoriteten inte skall gå ut över minoriteten, med förtryck och äventyrande av mångfalden som följd, måste ett speciellt skydd för individuella rättigheter finnas och även ges en tillräcklig vikt för att verkligen kunna fungera som trumf gentemot majoritetens vilja.<sup>168</sup>

## 3.2 ETT FÖRSVAR AV FOLKSUVERÄNITETEN

En av dem som skrivit om det problem som denna uppsats behandlar är Sonu Bedi, biträdande professor vid avdelningen för statsvetenskap vid Dartmouth College, New Hampshire. Hans bok *Rejecting Rights* behandlar frågan om rättigheter som effektivt medel för att förhindra majoritetens tyranni i det demokratiska systemet. Hans utgångspunkt är att det användande av rättigheter som Dworkin just försvarade inte kan användas för att uppnå en tillfredsställande balans mellan *frihet* och *demokrati*, de två intressen som i denna uppsats motsvaras av individens autonomi och folksuveränitetsprincipen, och att rättigheterna därför måste förkastas.<sup>169</sup>

### 3.2.1 RÄTTIGHETERNAS BAKSIDA

Tänkare som Locke och Rawls<sup>170</sup> skapar medvetet, menar Bedi, med hjälp av rättigheter utrymmen i människors dagliga liv som staten skall vara förhindrad från att inkräkta i utan att särskilt bemöta den problematik detta innebär ur ett demokratiskt perspektiv. De är helt enkelt övertygade om att statsmakten måste begränsas genom rättigheter och sätter sig ut för att göra just detta.<sup>171</sup> Dworkin anser å sin sida, som vi även sett ovan, det vara nödvändigt att som huvudregel låta *principer* övertrumfa samhällsnytta i fall där tydliga lagregler saknas. Bedi invänder att dessa förhållningssätt urholkar demokratin som styrelseform och även att Dworkin

---

<sup>166</sup> Simmonds, s. 109-110.

<sup>167</sup> Dworkin, s. 142-143.

<sup>168</sup> Dworkin, s. 205, Simmonds, s. 156-157.

<sup>169</sup> Bedi, s. 13.

<sup>170</sup> John Rawls (1921-2002) har utvecklat Kants imperativ och presenterar en teori för hur (materieellt) rättvisa lagar som ger mesta möjliga frihet för alla kan konstrueras. Nordin, 2006, s. 148.

<sup>171</sup> Bedi, s. 19-20.

inte redogör för paradoxen i att det är vi själva som styr över oss och att det styret borde kunna exekveras.<sup>172</sup>

Bedi visar även på förekomster av att rättigheter satt den demokratiska processen ur spel genom att amerikanska domstolar åsidosatt instiftade lagar, alltså situationer liknande den med pastor Åke Green. Detta gäller exempelvis försök till reglering av arbetstider i syfte att skydda arbetstagare mot orimliga villkor, vilket omöjliggjorts med hänvisning till avtalsfriheten.<sup>173</sup> Att rättigheterna inte är effektiva för att tillförsäkra frihet exemplifieras genom att rätten till kultur och privatliv länge möjliggjort förtryck mot kvinnor inom familjen. Därmed är det traditionella sättet att använda rättigheter för att begränsa statsstyret enligt Bedi förfelat och behöver förkastas.<sup>174</sup> Bedi presenterar instället en egen teori för att åstadkomma en begränsad statsmakt som varken resulterar i att någon blir skyddslös eller överbeskyddad.

### 3.2.2 BEGRÄNSNING AV STATSMAKTEN UTAN RÄTTIGHETER

Bedis teori går ut på att *skäl* och inte rättigheter bör vara utgångspunkten för hur folksuveräniteten bör begränsas för att förhindra majoritetstyranni. Den maxim som Bedi anser bör vara vägledande för domstolar när de skall ta ställning till om en lag är *Rättfärdig* (efter nyckeltermen i hans teori: *Justification*) är:

*Den demokratiska staten får endast eftersöka minimerande (mildrande, förhindrande, reglerande, etc.) av påvisbar, icke medgiven skada.*<sup>175</sup>

Han tar även upp ett antal fall där han anser att Supreme Court i Amerika har resonerat på det sättet och därmed visat att hans teori har bäring i praktiken.<sup>176</sup> Ett exempel är fallet *Nebbia v. New York*. *Nebbia* var en handlare som sålt mjölk billigare än vad som beslutats av den politiskt tillsatta "Mjölkkontrollnämnden", blivit bötfälld för detta och ansåg att hans ägande- och avtalsrätt därmed kränkts. Domstolen uttalade sig på detta vis:

*"neither property rights nor contract rights are absolute; for government cannot exist if the citizen may at will use his property to the detriment of his fellows, or exercise his freedom of contract to work them harm. Equally fundamental with the private right is that of the public to regulate it in the common interest."*<sup>177</sup>

Det kanske mest centrala i Bedis teori om Rättfärdigande, och även hans skäl till att förkasta rättigheterna, är att det när kriterierna är uppfyllda inte skall finnas någonting som ligger

---

<sup>172</sup> Bedi, s. 20-21.

<sup>173</sup> Bedi, s. 125-126.

<sup>174</sup> Bedi, s. 26-27.

<sup>175</sup> Bedi, s. 60.

<sup>176</sup> Bedi, s. 125-131 & 131-142.

<sup>177</sup> Bedi, s. 127.

bortom statens räckvidd för lagstiftning.<sup>178</sup> Vid otydlig lagstiftning är domstolen idag hänvisad till bedömningar kring om lagstiftaren har överskridit sina befogenheter, om lagen endast träffar vissa i samhället eller har retroaktiv effekt. Sådana bedömningar är svåra att göra och de görs mot bakgrunden av rättigheter som begränsningar för möjligheter till lagstiftning. Genom att tillämpa Bedis maxim undviker man att ge sig in i sådana bedömningar och ser endast till om regleringen tar sikte på skademinimering eller inte.<sup>179</sup>

Vad gäller själva skaderekvisitet utgår Bedi ifrån Mill som skrivit utförligt om både utilitarism och liberalism och tillerkänner båda ett värde.<sup>180</sup> Mills maxim säger att det enda syftet som rättfärdigar maktutövning mot en enskild, mot dennes vilja, är att förhindra att andra kommer till skada.<sup>181</sup> Bedi menar att just detta att Mill hade en bakgrund i dessa båda ytterligheter talar för att det rimliga uttolkandet av Mills ickeskade-maxim inte innefattar en bestämd privat sfär eller en lista med rättigheter. Istället ligger Mills maxim helt nära Bedis egen och utgår ifrån att det i botten liggande kravet på frihet skall ses som en begränsning av de resonemang som tillåts föras vid maktutövning mot enskilda. Detta placerar den utilitaristiska kalkylen hos den lagstiftande församlingen men begränsar den samtidigt till att befatta sig med skademinimering reglerad av vissa bestämda förutsättningar.<sup>182</sup> Det skall även sägas att Bedis skaderekvisit är så brett att det potentiellt även täcker in skada i form av ekonomisk ineffektivitet och därmed möjliggör lagstiftning för upprättande av offentliga parker, museer mm.<sup>183</sup>

Rekvisiten medgivande och påvisbar skada är syftande till att förhindra paternalism respektive att moraliska aspekter vägs in i bedömningen. Det senare exemplifieras genom att skada i ett föreställt senare liv inte kan tas med i kalkylen och därmed förhindrar olika religiösa föreställningar från att spela in i bedömningen.<sup>184</sup>

### 3.3 DELIBERATIV DEMOKRATI

Bedis teori kan ses som ett inlägg i debatten om deliberativ demokratiteori, för vilken Jürgen Habermas (1929-) är en tongivande förespråkare. Habermas har sin teoretiska bakgrund i Frankfurtskolan vilken är influerad av Kant, Hegel och Marx. Habermas läromästare såg förnuftet som delat i en del som såg till vilka medel som var rationella för att uppnå ett visst mål och en del som tog ställning till vilka mål som var eftersträvansvärda. Habermas menar själv att

---

<sup>178</sup> Bedi, s. 61.

<sup>179</sup> Bedi, s. 63.

<sup>180</sup> John Stewart Mill (1806-1873) såg utilitarismen kombinerad med majoritetsstyret som riskabel men nödvändig och förklarade därför individens frihet, särskilt åsikts och yttrandefrihet, som viktiga förutsättningar för att samhället inte skulle bli en monokultur och förfalla. Nordin, 2006, s. 129-131.

<sup>181</sup> Bedi s. 64.

<sup>182</sup> Bedi s. 65.

<sup>183</sup> Bedi s. 66.

<sup>184</sup> Bedi s. 78-83 resp. 64-78.



den förra delen av förnuftet under det kapitalistiska paradigmet tagit över på det senares bekostnad.<sup>185</sup> Habermas vill att den politiska debatten vänder ryggen åt fördomar, schabloner, passioner och populism och istället ägnar sig åt en mer grundligt kvalitativ verksamhet som genom en ideal samtalsituation därmed kan resultera i en genuin upplysning.<sup>186</sup> Under sådana förhållanden skulle den lagstiftande församlingens beslut inte kränka några rättigheter eftersom varje medborgare då kommer att inse sin roll och sitt ansvar som både lagstiftare och lagens adressat.<sup>187</sup>

### 3.4 ATT AVSÄGA SIG RÄTTIGHETERNA

För att demokratin skall ha en betydelsefull roll i medborgarnas liv blir det centralt att den demokratiska processen upplevs som betydelsefull. Om medborgarna upplever att deras demokratiskt fattade beslut i slutändan står och faller med överstatliga institutioners beslut eller domar kan detta bidra till ett ointresse för demokratiska frågor. Det höjs även ibland röster för att vi bör avsäga oss sådana överstatliga kontrollfunktioner och återta makten över vår egen politik. Eftersom Bedi väckt frågan tar jag här upp möjligheterna att faktiskt avsäga sig rättigheterna.

Europakonventionens artikel 58 postulerar en uppsägningstid om sex månader innan varje påbörjad femårsperiod med vilken konventionen annars förlängs automatiskt. Sverige har med andra ord erkänt Europadomstolens överhöghet genom avtal som löper på fem år om de inte sägs upp vilket alltså är fullt möjligt. För att avlägsna rättigheterna ur vår egen författning, regeringsformen, Tryckfrihetsförordningen etc., krävs en grundlagsändring vilket enligt RF 8 kap 14 § innebär att beslut om detta måste fattas två gånger med ett mellanliggande riksdagsval. Det finns ingen funktion i vår författning som skulle kunna hindra ett sådant förfarande.<sup>188</sup> I fördraget om Europeiska unionen finns en bestämmelse i artikel 50 som möjliggör utträde inom maximalt två år förutsatt att utträdet inte erkänns vid en tidigare tidpunkt. Därmed kan vi alltså fransäga oss EU-samarbetet och de därmed följande rättighetskatalogerna även om det även här krävs en grundlagsändring eftersom det, som tidigare nämnts, numera är inskrivet i regeringsformen att Sverige är medlem i EU.

Vi kan alltså rent teoretiskt bli helt "rättighetsfria" på ungefär fem år. De politiska konsekvenserna av detta skulle dock högst sannolikt bli förödande med långtgående isolering i handels- och andra frågor som följd. Att inte respektera mänskliga rättigheter har sitt pris, speciellt för mindre stater utan storskalig export av värdefulla eller annars strategiska råvaror.

---

<sup>185</sup> Nordin, 2006, s. 159-160.

<sup>186</sup> Hadenius, s. 63-64.

<sup>187</sup> Peczenik, s. 70.

<sup>188</sup> Något som inte är lika självklart i exempelvis Tyskland som har en mycket stark författningsdomstol.



## DEL 4 – ANALYS

Målet med denna del är att visa på hur de ovan beskrivna omständigheterna och teorierna är sammankopplade och hur detta är relevant dels för min beskrivning av hur Sveriges demokratiska system och rättstradition utvecklats och dels för mitt ställningstagande till denna utveckling. Detta görs i tre steg. Först illustrerar jag min syn av vad den gällande rätten innehåller genom att ställa Dworkin mot Uppsalaskolan. Nästa steg visar vad denna syn medför gällande Bedis teori om nödvändigheten av ett alternativt sätt att begränsa folkstyret och möjligheten att avsäga sig rättigheterna. Det tredje steget utgör en exposé där jag förankrar poängerna från de tidigare två i forntiden samt drar ut linjerna in i framtiden. Efter detta kommer mina slutsatser där jag konkretiserar min syn på hur Sveriges konstitutionella situation har förändrats, vilken roll rättigheterna har i den utvecklingen och vad detta innebär för framtiden.

### 4.1 LAGEN OCH DEN GÄLLANDE RÄTTEN

Jag har beskrivit två teorier som givit varsitt svar på frågan om hur en domare skall agera i fall där tillämpandet av lagen sedd till sin bokstav får konsekvenser som inte är förenliga med den gällande moraliska uppfattningen. Dessa teorier skall jag strax utvärdera. Först dock: en strikt rättspositivistisk inställning ger att fastställandet av gällande rätt inte har med moral att göra och att domaren endast har att tillämpa den gällande rätten så som den ser ut uttolkad i rättskällorna. Förstådd på detta viset blir den gällande rätten även helt skild ifrån de moraliska överväganden det innebär att försöka balansera individens autonomi och allmännyttan, detta var lagstiftarens roll vilken är avslutad, och nu gäller det bara att tillämpa. Vi har dock i, det extrema, exemplet med nazityskland likväl som i *Riggs v. Palmer* sett hur det sättet att resonera kommer till korta och måste därför se till möjligheterna för rättsskipningen att skipa en rättvisa som är materiellt tillfredsställande och inte endast formellt.

I Dworkins och Uppsalaskolans respektive förklaringar av vad domare bör göra vid bedömningar av svåra fall ser vi även återigen hur de båda motstående intressena av rättigheter respektive samhällsnytta kommer att stå mot varandra i kampen om hur den gällande rätten ser ut. Dworkins teori om att principer måste vara en del av gällande rätt eftersom rätten annars blir endast domarens godtycke finner jag som samma sak som Lundstedts förklaring av att samhällsnytta måste vara vägledande för domaren i svåra fall. Lagstiftarens beslut att anta en ny lag kan ses som ett utfall av utilitarism eftersom det är en majoritet av befolkningen som enats om vilken som är den bästa ståndpunkten i en viss fråga, till exempel hur ett visst stycke mark bäst kan användas. Majoritetens uppfattning om kollektivets bästa blir positiv rätt och jag håller på så sätt med om att rättspositivismen och utilitarismen är sammanbundna. Men

Dworkins rättsprinciper finns som vi sett till stor del att finna i betraktandet av rätten, i just dessa beslut som lagstiftaren fattat, i domar och bestämmelser, vilket gör att även dessa principer har sitt ursprung i tillkomsten av lagarna.

Jag menar därmed att det som Dworkin gör med sin teori är att visa att de rättsprinciper han menar tar till vara på individernas rättigheter i sin tur själva är precis lika intimt kopplade till rättspositivismen. Att det faktum att även principerna finns att utläsa i lagstiftningen visar att individens rättigheter har beaktats i lagstiftningsprocessen. I de två satserna där Dworkin beskrev skillnaden mellan regler och principer skulle, menar jag, *princip* lika gärna kunna bytas ut mot *samhälleligt handlingsprogram* och att båda två därmed är en del av den gällande rätten.

I Sverige har det av tradition legat nära till hands att ta hänsyn till den demokratiska processen i rätten genom att förarbetena ses som en stark rättskälla. Här skall det även påpekas att sådana förarbeten visserligen kan betona allmänna mål, exempelvis miljöbalken, men att de även kan framhäva individens integritet, som i personuppgiftslagen, sekretesslagen etc. Jag håller till fullo med om att det är viktigt att i fall som *Riggs v. Palmer* upprätthålla förtroendet för rätten. Men att framhålla det viktiga i att göra det på grundval av rättigheter är däremot bara viktigt för upprätthållandet av förtroendet för rättigheterna.

Att dra dessa slutsatser leder till att jag måste acceptera den allmänvilja som det demokratiska systemet ger uttryck för som en lika självklar del av den gällande rätten som Dworkin anser att rättigheterna är. Här tar jag alltså ställning för den rättsrealism som Uppsalaskolan givit uttryck för och som utvecklats av flera, bl. a. Glavå och Petrusson i *Illusionen om rätten!*. Lika lite som jag tror att det faktiskt existerar något sådant som rättigheter utanför vår egen föreställningsvärld tror jag att begreppet gällande rätt har något visst bestämt innehåll. Gällande rätt har snarare vuxit fram som begrepp i samband med rättspositivismens utbredning och att samhällena blivit allt mer sekulära. I och med detta har den gällande rätten blivit ett destillat av den demokratiska processen och härbärgerar därmed samma villkor och motstående intressen som denna. Därför måste domstolen vara beredd att hantera samma frågor när den tar ställning i svåra fall som den demokratiska folkförsamlingen gör när den stiftar lag. Samtidigt är domstolarna en garant för likabehandling, objektivitet och förutsebarhet. Att det därmed måste finnas gränser för domstolars innovation gällande vad man åberopar vid avgöranden av svåra fall är nödvändigt för att bevara förtroendet för rättsväsendet. Lika viktigt för detta förtroende är det dock att det beslut som tas upplevs som förenligt med de uppfattningar av god moral, eller allmänviljan för att använda Rousseaus term, som är rådande i samhället. Svaret på vilket som är viktigast kan inte vara absolut utan måste avgöras i varje enskilt fall.

Jag tar samtidigt, återigen likt Glavå och Petrusson, avstånd ifrån Lundstedts syn på rättigheterna och anser till skillnad ifrån honom att rättighetskonstruktionen fyller en viktig funktion i rätten såsom ett etablerat begrepp när vi talar om att individer inte bör kränkas av staten. Vidare så är Dworkins rättighetsbegrepp, just i det att det inte är universellt utan har möjlighet att variera beroende på rättstradition, i min mening väl lämpat för att utgöra motvikt mot allmänviljan i den gällande rätten som jag ser den. Detta eftersom det är så flexibelt att det tillåter att en rättsprincip tas fram ur tomma intet om den på ett träffande sätt beskriver rättsläget vilket kan vara mer användbart än en färdig lista med rättigheter som är universell och oföränderlig.

Jag menar alltså inte att Dworkin har fel, utom i det att han vill att principer som huvudregel skall trumfa handlingsprogram. Snarare vill jag, mot bakgrund av motsättningen mellan folksuveränitet och rättigheter, hävda att *rättighetsdiskurs och utilitarism är de två sidorna av myntet* och att det som domaren har att ta ställning till i svåra fall är att väga mellan de båda. Jag vill även påstå att just detta görs idag vilket jag utvecklar i nästa stycke.

## 4.2 LAGSTIFTAREN

Att Dworkin förespråkat att principer bör trumfa nyttohänsyn har jag redan bemött och avfärdat som ett missförstånd gällande synen på vad som är gällande rätt. Mitt sätt att se på hur domstolar bör resonera när de tar ställning till lagars rättfärdighet blir därmed precis det som Bedi hänvisat till i domen *Nebbia*. Där konstaterandes nämligen att samhällets rätt att reglera ett moraliskt förkastligt beteende som utövas i skydd av en rättighet är lika grundläggande som rättigheten själv. Sådana domslut visar att spannet för rättigheterna redan idag ifrågasätts och att de långt ifrån har någon karaktär av att vara absoluta, vilket inte ens Dworkin påstår, utan att de istället har en viss vikt. Denna min syn på hur domsarbetet bedrivs, och måste bedrivs, får även konsekvenser för synen på demokratins villkor. Så som en domare i brist på tydliga regler måste väga mellan den enskildes och kollektivets väl måste, enligt mitt resonemang ovan, detsamma även gälla för den lagstiftande församlingen. Därmed är vi framme vid Bedis modell vilken, både i rätten och i den lagstiftande församlingen, kommer att stöta på problem.

Det Bedi gör anspråk på med sin teori om skadereduktion som primat istället för rättigheter vid domstolars bedömningar av om stiftade lagar är rättfärdiga, är att en gång för alla ha löst frågan om hur vi minimerar risken för att vissa lider skada av att andra skyddas av rättigheter. Teorin fungerar säkerligen också för att göra just detta men en domstol har även andra fall att ta ställning till än sådana. Fall som Åke Green målet eller *Riggs v. Palmer* där min syn som sagt är att domstolar redan idag väger mellan rättigheter och nyttoaspekter alternativt mellan olika rättigheter. Jag kan inte se hur domstolar utifrån Bedis modell skall agera i svåra fall som dessa, de fall där det inte finns någon lag eller där det är otydligt vilket intresse som skall äga företräde.

Skadereduktionsmodellen saknar enligt mig de dimensioner av vikt som är nödvändiga för en sådan avvägning resultatet och utlämnas istället åt hur domaren väljer att tolka de olika kriterierna.

Det är inte helt tydligt men jag föreställer mig att Bedi menar att hans maxim även skall vara utgångspunkt i lagstiftningsprocessen och att rättigheter följaktligen spelat ut sin roll även där. Enligt det resonemang som jag genomgående för skulle det inte vara möjligt att heller här argumentera utan rättigheterna. Själva det språk som rättigheterna för med sig behövs för att kunna uttrycka och inskräpa vikten av individens autonomi. Utan rättigheterna som argumentationsgrund ser jag att de risker som föranleder Dworkin att vilja ge rättigheterna trumfstatus blir betydligt större. Bedi vill att hans teori skall garantera objektivitet men jag menar att den kommer till korta eftersom de begrepp han laborerar med, påvisbar skada, medgivande etc., hamnar helt i händerna på nyttokalkylen vilken ensam är alltför utsatt för majoritetens preferenser. Här behövs föreställningen om rättigheter för att kompensera för riskerna med bristande objektivitet.

Jag vill dock tillskriva Bedis maxim ett annat viktigt värde, nämligen som ett test för att bedöma jämställdheten och fördomsfriheten i en lag. Bedis teori ser jag som ett uttryck för att *jämställdhet* blivit det nya slagordet för politisk förändring och samhällsligt fortskridande. Rättigheter och frihet har varit det slagord som främst legat till grund för demokratiernas successiva framväxt på monarkiers och diktaturers bekostnad. Dock blir rättigheter som slagord helt stukat om det ersätts med Bedis maxim. Med sitt fokus på rationella argument för lagstiftning blir kravet som Bedis maxim ställer istället jämställdhet, vilket faller sig naturligt eftersom vi redan har våra rättigheter och vårt självstyre. I de svåra fall som jag behandlat och vid stiftande av ny lag är det dock inte i första rummet jämställdhet som skall fastställas utan rågången mellan individen och kollektivet. När denna är fastlagd är Bedis maxim som sagt värdefull för att analysera jämställdheten i resultatet. På så sätt behöver vi inte enligt Dworkins recept låta rättigheter som huvudregel trumfa handlingsprogram, vilket kan bli (detta håller jag med Bedi om) ett trubbigt instrument. Istället kan jämställdheten tillförsäkras genom att Bedis maxim används som ett raster att se den föreslagna lagstiftningen genom, varpå den aktuella bestämmelsens genomslag och effekter kan modereras. Med andra ord är det min uppfattning att problemet med rättigheter inte är deras blotta existens, som Bedi menar, utan istället att uppsåtet med deras användning stundom kan ifrågasättas vilket Bedis maxim kan hjälpa till att komma till rätta med.

Bedis teori fullt genomförd - avfärdade rättigheter - skulle enligt mig medföra ett stort spelrum för folksuveränitetsprincipen vilket skulle ställa, kanske onåbart, höga krav på ödmjukhet och

tolerans hos medborgarna för att inte leda till majoritetstyranni. I nästa avsnitt visar jag istället en teori, eller en utopi, om friheten som i sitt upplysta tillstånd skall frambringa sådana dygder hos medborgarna att vi alla kan leva tillsammans utan att någon låter sitt eget livsmål gå ut över någon annans.

### 4.3 KANTS REVANSCH

Strömberg menar att huvudlinjerna i rättsvetenskapen har drivit ifrån ett naturrättsligt förhållningssätt mot ett mera rättspositivistiskt under perioden 1600 till 1900.<sup>189</sup> 1986 skriver Simmonds sedan att under de senaste 100 åren har utilitarismen helt klart varit den moralfilosofi som satt agendan för rätt och politik.<sup>190</sup> Sedan han skrev det vill jag dock mena att pendeln är på väg tillbaka igen och att rättighetsdiskursen de senaste decennierna har satt tydliga ramar för samtalet om rätten.

Med utgångspunkt i Dworkins relativistiska rättighetsbegrepp kan vi ändå inta uppfattningen att det någonstans inne bland hans principer finns en hård kärna av rättigheter som är universella och oföränderliga över tid. Då har vi närmat oss den rättighetsuppfattning som mer härstammar ifrån den idealistiska traditionen; närmare naturen och dygdena, tillbaka till Platon. Hägerström har tänkvärt redogjort för Platons uttalanden, först i *Staten* där han säger att filosoferna borde beredas ett oinskränkt herravälde över staten. Men i Platons sista verk, *Lagarna*, har denna inställning ändrats till att ett sådant herravälde snarare vore ett värv för gudar och gudabarn än för människor och människobarn.<sup>191</sup> Hägerströms slutsatser av detta är att:

*"[V]åra rättsidéer med sitt krav på respekterande av personligheten kunde passa i en gudomlig värld, där det råder en inre samstämmighet mellan personernas syften, och där det hela kan bestå utan att enskilda personligheter måste trampas skoningslöst under de sociala livsbetingelsernas Jaggernautsvagn."*<sup>192</sup>

Hägerström såg alltså på de liberala projekten som vackra utopier, aldrig ägnade att realiseras och tyckte sig finna stöd för detta redan i Platons verk.

Kant däremot, såg just på upplysningstiden som bärandes på förutsättningarna för människans frigörelse ifrån vidskepliga föreställningar om tingens påstått naturliga ordning vilket därmed skulle möjliggöra hennes frigörelse ifrån allehanda former av förtryck, religiöst, statligt, socialt

---

<sup>189</sup> Strömberg, s. 61.

<sup>190</sup> Simmonds, s. 147.

<sup>191</sup> Hägerström, 1917, s. 74.

<sup>192</sup> Hägerström, 1917, s. 74. Varifrån H. fått sin inspiration till detta uttalande kan kanske anas i detta citat; "Arbetarens arbetsbetingelser fördärvas, han tvingas att underkasta sig arbetsprocessens småaktiga och förhatliga despoti, hela hans livstid förvandlas till arbetstid, och hans hustru och barn kastas under kapitalets Jaggernautsvagn." Marx, s. 570.

etc. Längs denna väg skulle även förutsättningen för varje individs maximala frihet finnas. Många skulle nog även säga att vi, åtminstone här i Europa, är friare idag än för tvåhundra år sedan. Dessutom kan man tänka sig att vi idag, tack vare modern informationsteknologi, har ännu bättre möjligheter att uppnå en upplysning som verkligen skulle kunna göra anspråk på att gälla för alla.

Under upplysningen runt slutet av 1700- och början av 1800-talet har det talats om så kallade *upplysta despoter* som visserligen var enväldiga men som till följd av tidsandan ändå härskade ansvarsfullt över sina undersåtar. Idag är vi som lever i utvecklade, demokratiska länder till följd av våra fri- och rättigheter i stor utsträckning våra egna suveräner med egna handlingsutrymmen som, med upplysningstiden mått mätt, nog närmast står att jämställa med despotens. Om man ovanpå detta tillstånd kunde anlägga en upplysningsdimension kunde man tänka sig att även den upplyste despotens ansvarsfulla agerande skulle infinna sig. Rimligtvis skulle man då landa rätt nära Platons ideala samhälle och människorna därmed börja likna gudar med samstämmiga, eller åtminstone kompatibla, livsmål.<sup>193</sup> I det läget skulle vi kunna testa Habermas tes om det fria samtalet och se om det skulle leda till att konsensus uppnås. Kanske är det faktiskt möjligt att uppnå Kants utopi om en värld i fred, eller rent av Augustinus Gudsstad, där alla lever under samma genuina övertygelse, vilken det nu skulle bli.

Man kan även se att det är just mot detta mål som det europeiska samarbetet strävar. Som det smått klassiska första stycket i preamblen i Europeiska unionens stadga om de grundläggande mänskliga rättigheterna lyder:

*“The peoples of Europe, in creating an ever closer union among them, are resolved to share a peaceful future based on common values.”*

#### 4.4 SLUTSATS

Mitt huvudperspektiv i denna uppsats har varit hur vi människor genom tiderna sett på förhållandet mellan medborgare och stat. I denna fråga har jag sett den idealistiska idétraditionen jag beskrivit som den främsta inspiratören för synen på rättigheter som avgörande för demokratins fortlevnad. Dess motsats beskrev jag som den realistiska traditionen där utilitarismen istället får uttryck i synen på demokratin, där tonvikten ligger hos den lagstiftande församlingen. Jag har även berört hur dessa motstående uppfattningar kan korrelera med synen på medborgarna som bärandes på huvudsakligen motstående intressen respektive att de i större utsträckning utgör en mer enhetlig grupp med gemensamma mål.

---

<sup>193</sup> Enligt en motsatstolkning av Hägerströms citat ovan.

Vad gäller Sverige har vi sett att vi under det författningslösa halvseklek innan grundlagsreformen -74 styrdes under en ganska renlärig parlamentarism, hade en svag maktindelning med en närmast oinskränkt beslutandemakt för den lagstiftande församlingen och med små möjligheter till överprövning av lagarna. Jag menar att med början 1966, då Sverige erkände Europadomstolens praxis som stående över svensk lag, har makten vad gäller beslutsfattandet i stor utsträckning utvecklats mot en mer tydligt konstitutionell demokrati med drag av en starkare maktindelning. Detta märks i det att rättigheter i allt större utsträckning blivit en del av lagstiftningen och att såväl den lagstiftande församlingens som domstolarnas beslut i många frågor kan överprövas av Europa- och EU-domstolen gentemot dessa rättigheter.

Man kan, och bör, då fråga sig om detta är bra. Jag tror, till övervägande del, att det är det. Mitt svar är att det finns fördelar i gemenskap, främst gällande fred och trygghet, och att dessa fördelar är oändligt skalbara, från grupp och kommunnivå upp till vår Europeiska union och vidare. Att hålla ihop gemenskaper som innefattar individer med allt mer skiftande kulturella bakgrunder är dock problematiskt. Här är parallellen tydlig till den utveckling i Tyskland under 1800-talet som antydde i kapitel 1.1.5. De enheter som motsatte sig en större gemenskap framhöll det egna folkets egenhet och menade att ett ingående i en union skulle innebära att makt förs ifrån folket till en plats där folkets traditioner och särart inte kommer att tas hänsyn till. Större enheter medför ett krav att en region skall formellt likabehandlas med andra som kan ha skilda ekonomiska och kulturella förutsättningar. I samband med detta kommer nationella, eller regionala, demokratiska organ att uppleva sig som trängda, som att de inte får utlopp för folkets allmänvilja, exempelvis som när Europeiska Unionen hänvisar till fördragets fri- och rättigheter för att omöjliggöra nationella politiska beslut.

Att dessa rättigheter i det läget är kodifierade i bindande konventioner och helt frikopplade från, och därmed någonting helt annat än, de naturliga rättigheter som Locke m fl. förespråkade torde även leda till att det blir svårare att kritisera legitimiteten i dem eller deras räckvidd. Jag exemplifierar med Lockes syn på rätten till egendom vilken grovt sett kan sägas ha grundat sig i att arbete blandades med jord och även var villkorad av att det finns tillräckligt och lika gott över till alla andra.<sup>194</sup> Om man tar bort dessa förutsättningar för rätten till egendom, vilket konventionerna och rättighetskatalogerna idag gör så blir det sannolikt lättare att rättfärdiga upplevda orättvisor.

För att komma till rätta med dessa baksidor med rättigheterna anser jag mot bakgrund av min positiva syn på allt större gemenskaper att en moderat inställning ändå måste intas än att kräva att rättigheterna skall raderas ifrån lagstiftningen eller att överstatligheten skall upphöra

---

<sup>194</sup> Locke, s. 210.



till förmån för ett mer nationalistiskt förhållningssätt. Här menar jag att den deliberativa demokratin kan spela en viktig roll. Genom att skapa ett sunt debattklimat i den demokratiska processen skulle de överväganden som ligger till grund för rättighetslagstiftningen, autonomi *kontra folksuveränitet*, ha lättare att få genomslag när domstolar tvingas ta ställning i svåra fall eller vid bedömning av om en lag är rättfärdig. En grundligt utredd och väl argumenterad lag skulle nämligen kunna stärka en domstol i sitt ställningstagande att låta en rättighet i ett enskilt fall vika för ett samhälleligt mål och därmed minskas det utrymme för att bedriva oönskade verksamheter som rättigheterna kan medföra. På så sätt kan synsättet att rättigheterna fortfarande är villkorade återinföras samtidigt som en utveckling av den demokratiska processen i en deliberativ riktning torde öka förutsättningarna för tolerans, i enlighet med 4.3 ovan, och därmed bidra till uppslutandet kring den överstatlighet som större enheter kräver.

Som titeln på det här arbetet även antyder håller jag alltså inte med Bedi om att rättigheterna måste avfärdas utan nöjer mig med en varning; vi bör akta oss för att ta rättigheter alltför allvarligt. Jag tror inte att vi någonsin kommer att få ett svar på om människan är främst en individ eller främst en samhällsmedlem. Som med så mycket annat tror jag snarare att hon är båda två, och att frågan måste ställas och svaret ges i relation till den aktuella kontexten. Gällande frågorna som ställdes i inledningen till del ett tycks vi utforma mer och mer komplexa resonemang för att besvara dem, men utan att egentligen komma närmare ett svar i endera riktningen. Vad vi däremot fått på vägen är en större förståelse för de villkor som vi lever och dör under. Det är bra. Det har bland annat lett till att vi kunnat se hur dessa villkor kan översättas i mekanismer som kan läggas till grund för lagom stabila och i hög grad fria samhällen.

Nyckeln till att samhället skall behålla sin vitalitet tror jag, liksom Mill och Popper m. fl. ligger i att ständigt söka balansen mellan individens autonomi och majoritetsviljan. Detta innefattar att hålla rättspositivismens historia, både ifrån det realistiska och det idealistiska perspektivet, i gott minne. Likväl som Dworkin har en poäng i att utilitarismen, med sin tonvikt vid folksuveräniteten, och rättspositivismen med sin gällande rätt går hand i hand är det tydligt att rättspositivismen även håller idealismen, med sina rättigheter, i sin andra. För att en god balans skall uppnås är det då viktigt att beslutsfattare både i domstolar och politiska organ har förståelse för dessa villkor och ser vad besluten de fattar får för konsekvenser i det långa loppet.

Ett bra verktyg för att uppnå sådan förståelse tycker jag är Thomas Thorilds citat som återgavs i början av uppsatsen. Det har följt mig genom hela arbetet och jag har gjort flera försök att avgöra om jag kan hålla med honom eller inte. Så här vid skrivandets slut har jag kommit fram till att citatets värde framförallt ligger just i att man fortsätter att försöka.



## SLUTORD

Slutligen vill jag tacka min granne Anna för korrekturläsning och värdefulla synpunkter, Dave Mustaine och Megadeth för inspiration och tempo i svåra stunder samt min älskade sambo Emma och våra underbara barn, Alvin, Eddie och Ossian för allt tålamod ni haft och all styrka ni givit, nu i mitt skrivande och under hela utbildningen i min tysta skola. Tack!

Särskilt nämnas skall även Anna, Cocco, Ewil, Lina och Viktor. Fast jag vet inte vad jag skall säga. Tack antar jag. Nu är vi alla klara. Fy fan vad vi e bra!

## KÄLLOR

### Litteratur

- Aristoteles, *Politiken*, Översättning av Karin Blomqvist, andra upplagan utan grekisk text, Paul Åströms förlag, Sävedalen 2003
- Bedi, Sonu, *Rejecting Rights*, Cambridge University Press, New York 2009
- Bengtsson, Jesper, *Det måttfulla upproret - Lindh, Sahlin, Wallström och 20 år av politisk förnyelse*, Norstedts Förlag, Stockholm 2004
- Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Massachusetts 1977
- Edström, Örjan, redaktör, *Svensk rätt i EU – en antologi*, Iustus Förlag, Uppsala 2007
- Ekelöf, Per Olof, *Rättegång - första häftet*, 8:e upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2002
- Frändberg, Åke, *Rättsordningens idé - en antologi i allmän rättslära*, Iustus Förlag, Uppsala 2005
- Glavå, Mats o Petrusson, Ulf, *Illusionen om rätten! Artikel i Minnesseminar for David Roland Doublet*, Fagbokforlaget Vigmostad og Björke, Bergen 2002
- Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens – En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen vid Lunds Universitet, Lund 2002
- Hadenius, Axel, *Demokrati - En jämförande analys*, Liber, Malmö 2001
- Holmberg, Erik och Stjernquist, Nils, reviderad av Isberg, Magnus och Regner, Göran, *Vår författning*, 13:e upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2003
- Holmberg, Erik och Stjernquist, Nils, Magnus Isberg, Eliason, Marianne och Regner, Göran, *Grundlagarna, regeringsformen, successionsordningen, riksdagsordningen*, 3:e upplagan, Norstedts Juridik, elektronisk via Zeteo 2012
- Hägerström, Axel, *Rätten och Staten - tre föreläsningar om rätts- och statsfilosofi (1917)*, utgivna av Martin Fries, Natur & Kultur, Stockholm 1963, första e-boksutgåvan 2010
- Liedman, Sven-Eric, *Från Platon till kriget mot terrorismen*, 14:e upplagan, Albert Bonniers Förlag, Stockholm 1972
- Lindqvist, Herman, *Historien om Sverige*, Norstedts förlag, Stockholm 2002
- Locke, John, *Two treatises on government (1690)*, Whitmore and Fenn m. fl., London 1821

Marx, Karl, *Kapitalet: kritik av den politiska ekonomin, bok 1, Kapitalets produktionsprocess (1867)*, Cavefors, Lund 1974

Nordin, Svante, *Boströmska skolan och den svenska idealismens fall*, Bokförlaget Doxa, Lund 1981

Nordin, Svante, *Från Hägerström till Hedenius - den moderna svenska filosofin*, Bokförlaget Doxa, Lund 1983

Nordin, Svante, *Det politiska tänkandets historia, 2:a upplagan*, Studentlitteratur, Lund 2006

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? – Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritzes Förlag, Stockholm 1995

Regeringsformen 1809-1959, Kungl. Boktryckeriet P.A. Norstedt & söner, Stockholm 1959, E-versionen finns tillgänglig på webbsidan:

<http://web.archive.org/web/20100831012655/http://www.sns.se/zino.aspx?articleID=839>

Simmonds, Nigel E, *Juridiska principfrågor*, Norstedts Juridik, Stockholm 1986

Spång, Mikael, *Det moderna demokratiidealet*, Studentlitteratur, Lund 2005

Sterzel, Fredrik, *Författning i utveckling - Tjugo studier kring Sveriges författning*, Iustus Förlag, Uppsala 2009

Strömberg, Tore, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag, 3:e upplagan*, Studentlitteratur, Lund 1989

Vahlne Westerhäll, Lotta, *Den lilla starka staten - Samtal om välfärdssystemets sociala hållbarhet i ett rättsligt perspektiv*, SNS Förlag, Stockholm 2005

Vahlne Westerhäll, Lotta, *Den starka statens fall - En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000*, Norstedts Juridik, Stockholm 2002

Welin, Stellan, *Från nytta till rättigheter - En politisk-filosofisk odyssey*, Bokförlaget Daidalos, Göteborg 2003

## **Rättsfall**

*Riggs v. Palmer*, 115 NY 506, 1889

*Fallet med pastor Åke Green*, NJA 2005 s. 805

*Nebbia v. New York*, 291 NY 502, 1934

## **Offentligt tryck**

Grundlagsberedningen

Författningsutredningen

Prop. 2009/10:80 *En reformerad grundlag*

Prop 1973:90 *Förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m. m.*

SOU 2008:125 *En reformerad grundlag*

### **Deklarationer och regelsamlingar**

1809 års regeringsform

1974 års regeringsform

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna

Europeiska unionens stadga om de grundläggande mänskliga rättigheterna

Fördraget om Europeiska unionen

Förenta nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna

Jag registrerades på kursen för examensarbetet första gången HT 2012 och omregistrerades VT 2013. Uppsatsen har inte examinerats hittills.

Anledningarna till att inlämningen fördröjts är främst att det tog lång tid innan jag hade mitt ämne klart för mig (ca en månad) men även att barnen ibland måste få ta tid man inte har.