



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Maria Ljungdahl

Kampen för rättigheterna

Mänskliga fri- och rättigheter i svensk rättskultur
Historik samt den rättsvetenskapliga diskursen 1940-2010

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare Kjell Å Modéer

Rättshistoria

HT 2010

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	6
FÖRKORTNINGAR	7
1 INLEDNING	8
1.1 Syfte och frågeställning	8
1.2 Avgränsningar	9
1.3 Metod och material	10
1.3.1 Diskursanalys	10
1.3.2 Rättskulturell metod	12
1.3.3 Övriga metoder	12
1.3.4 Material	13
1.4 Disposition	14
2 NATURRÄTT, UPPLYSNING OCH 1800-TALET – GRUNDEN LÄGGS	15
2.1 Den tidiga naturrätten	16
2.2 Naturrätten och samhällskontraktet	17
2.3 Revolutioner och rättigheter	19
2.4 Reaktioner och utveckling	22
2.5 Den Historiska skolan och begreppsjurisprudens	25
2.6 Konservatism och liberalism	29
2.7 Sekularisering, krav på social rättvisa och socialism	30
2.8 Bismarck och socialstatens framväxt	33
2.9 Skeenden i 1800-talets Sverige	35
3 1900-TALET – MOT ETT MODERNARE SAMHÄLLE	38
3.1 Följderna av det första världskriget	41
3.2 Den skandinaviska realismen	43

3.2.1	Axel Hägerström och framväxten av Uppsalaskolan	44
3.2.2	Att följa i fotspåren – Vilhelm Lundstedt	49
4	NATURRÄTTSRENÄSSANS, EKMR OCH DET SVENSKA UTANFÖRSKAPET	52
4.1	Naturrättsrenässans	52
4.2	Europarådet och EKMR	54
4.2.1	EKMR i Sverige	55
4.3	Sverige som stod utanför	58
5	DEN SVENSKA FÖRFATTNINGSREVISIONEN	60
6	STEGET IN I DEN EUROPEISKA RÄTTSKULTUREN	70
6.1	Sverige och EU	70
6.2	En reformerad grundlag	72
6.3	Rättigheter och framtiden. Problem och utmaningar	73
6.3.1	Det hägerströmska arvet och rättigheterna	73
6.3.2	Retraditionalisering och civil religion	74
6.3.3	Terrorism	76
7	FOLKRÄTT, MÄNSKLIGA FRI- OCH RÄTTIGHETER OCH ARVET EFTER HÄGERSTRÖM I DEN RÄTTSVETENSKAPLIGA DISKURSEN	78
7.1	Tiden före Sveriges ratificering av EKMR (1940-1952)	78
7.2	Tiden efter Sveriges ratificering av EKMR 1952 (1952-1966)	83
7.3	Från tilläggsprotokollet 1966 om Europadomstolens behörighet (1966-1979)	87
7.4	Tiden efter 1979 års rättighetskatalog (1979-1995)	90
7.5	Från inkorporeringen av EKMR i svensk rätt och framåt (1995- 2010)	96
7.6	Diskursanalytisk slutsats	103
8	AVSLUTNING	105
8.1	Slutsats	106
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	110
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	116

Summary

Are there such things as moral, rights and an inner sense of justice? Do they origin from God or are they something given by nature? If there are such things, should they be a part of the legal system? This essay has drawn its inspiration from this kind of thoughts and how they have been handled through history.

The structure of the essay is two-folded. Part one is a historical review of the emergence of the law of nature and human rights together with the emergence of legal positivism and legal realism. The second part is focused on human rights and the ECHR in the postwar Swedish society. During the postwar years Swedish attitude towards human rights and the ECHR has differed from the rest of Europe, which has placed Sweden in an alienated position. The road towards becoming a part of the European culture has not been smooth nor obvious. It is my sincere hope that I through this essay may be able to illustrate how the Swedish attitude towards human rights and the ECHR have changed from the 1940's up till now and also what role the Scandinavian legal realism and the 'Uppsala School' has played for this attitude. To be able to further investigate this period I have used a discourse analysis based on the jurisprudential discourse of a Swedish legal journal.

My conclusion is that the legal education, science and practitioners together with the politicians have indeed been affected by the 'Uppsala School'. Through the EU accession and the incorporation of the ECHR in the Swedish legal system human rights get its grand Swedish breakthrough. This also enabled Sweden to take part in, and be a part of, the European culture. The reasons I have found to the Swedish attitude towards human rights are the Swedish alienated position, the strong social democratic government, the assumed conformity between the ECHR and Swedish law, the weak position of the courts and finally the Scandinavian legal realism and the 'Uppsala School'. However, these reasons are not to be seen independently, since they during the 20th century have influenced each other and developed mutually.

Sammanfattning

I och med reformationen frångicks högmedeltidens skolastiska naturrätt och en annan typ av naturrätt, den rationalistiska, tog över. Utmärkande för denna naturrätt är att den kom att skjuta den gudomliga rätten något åt sidan. Hugo Grotius syfte var att finna en lag som var bindande för alla nationer men som inte nödvändigtvis baserades på någon specifik rättstradition. Grotius humanistiska metod kom att ersättas av en mer vetenskaplig metod som syftade till att bygga upp ett system baserat på logik och som utarbetats genom experiment och observationer. Detta tillvägagångssätt möjliggjorde en frigörelse av naturrätten från någon särskild auktoritet.

I slutet av 1700-talet skedde två viktiga revolutioner, dels den amerikanska som resulterade i The Bill of Rights, dels den franska revolutionen och dess rättighetsdeklaration. I deklARATIONEN stadfästa rättigheter beskrivs som oförytterliga och omistliga mänskliga rättigheter. En annan minst lika viktig revolution var den industriella. De tekniska framstegen var stora och fabriker som följde krävde arbetskraft, vilket medförde att fattiga landsortsbor sökte sig till städerna. De sociala missförhållandena i städerna fick klyftan mellan rika och fattiga att öka ytterligare vilket i sin tur fick missnöjet och revolutionslusten att pyra bland den nya arbetarklassen.

1800-talet fick en omvälvande start i Sverige genom förlusten av Finland, en oblodig statskupp, ny kung och ny regeringsform, allt under 1809. I den nya regeringsformens 16 § gavs en viss antydning till en katalog av mänskliga fri- och rättigheter.

Under 1800-talet kom romantiken som en reaktion mot naturvetenskapens rationalism och logik samt Napoleonkrigens förödelse. Denna rörelse satte värde på känslor, fantasi och irrationalitet samt ett historisk betraktelsesätt. Tron på att genom förnuftet komma fram till absolut riktiga slutsatser som kunde appliceras på alla människor och situationer lämnades därhän. Istället förespråkades att finna svar och vägledning i historisk erfarenhet och tradition. Genom att denna metod kom att tillämpas inom rättsvetenskapen

blev naturrättens modell som ett generellt giltigt rättssystem obrukbart. Naturrätten kom att kraftigt kritiseras av såväl Immanuel Kant som Jeremy Bentham. Under 1800-talet kom rättsvetenskapen med den Historiska skolan i spetsen att lägga grunden för rättspositivismen. I och med den Historiska skolan legitimerades den gällande rätten, något som naturrätten inte gjort, och det var den gällande rätten som kom att bli rättsvetenskapsmännens verktyg och utgångspunkt. Ideologiskt bestod 1800-talets politik i stort av liberalism och konservatism. En tredje ideologi som växte fram var socialismen vilket kan sägas vara en följd av de usla förhållanden som arbetarklassen levde och verkade under. En annan viktig faktor jämte de politiska ideologierna var nationalismen. 1800-talet och början av 1900-talet var sekulariseringens tid vilket ändrade den allmänna människosynen. Kristendomens läror förlorade allt mer betydelse för rättsordningen och i dess ställe placerades de tre politiska huvudideologierna och rättsutvecklingen kom istället att styras av den partipolitiska maktkampen. Med sekulariseringen kom också en ny tanke om en social rättvisa. I slutet av 1800-talet kom den första socialstaten att bildas i Tyskland genom Otto von Bismarck försorg och tyskarna kom att lösa den enskildes trygghetsproblematik långt innan andra stater.

1900-talet är känt som modernismens århundrade och modernitetens ideologier växte fram som en reaktion mot 1800-talets konservatism och kom därför att vara mycket traditionskritisk. Den Historiska skolan kom i skymundan och istället riktades blicken mot den föränderliga gällande positiva rätten. Moderniseringsprocessen har beskrivits som världens avmystifiering. Efter första världskriget försattes Europa i ett djupt trauma och för den överlag missnöjda europeiska befolkningen framträdde de totalitära ideologierna som ett attraktivt alternativ. 1920 bildades NF och ILO, men NF kom aldrig att bli särskilt framgångsrikt. Förbundet var för svagt för att kunna bibehålla freden och stod maktlöst inför de stora politiska kriserna samt den allmänna upprustning som följde. Förbundet upplöstes officiellt 1946.

Från demokratins genombrott under 1920-talet fram till 1980-talet var rättspositivismen, rättsrealismen och den av Axel Hägerström grundade

Uppsalaskolan de dominerande skolorna inom svensk rätt. Naturrätt och rättigheter, hävdade rättsrealisterna, fanns inte. Man menade att rätten enbart var en funktion av den politiska makten, och eftersom det inte fanns några objektiva rättigheter, stod det varje riksdagsmajoritet fritt att fylla rätten med önskat innehåll. Detta synsätt ledde till att de traditionella parallellställda begreppen 'rätt och moral' kom att åsidosättas och ersättas av 'rätt och makt'. Efter andra världskrigets förödelse kom naturrättens tro på eviga värden att få en renässans i Europa som en motreaktion till Tredje rikets 'orätt'. Den 'Radbruchska formeln' var utmärkande i den rättsvetenskapliga naturrättsdiskursen. Det fanns efter kriget ett behov att synliggöra folkrättens principer vilket resulterade i skapandet av FN 1945 och deklarationen om de mänskliga rättigheterna samt grundandet av Europarådet 1949 och EKMR. Sverige ratificerade EKMR 1952 men erkände inte Europadomstolen förrän 1966. Vid ratificeringen av EKMR konstaterades normharmonin mellan svensk rätt och konventionen. Denna inställning ändrades efter ett antal fällande domar mot Sverige under 1970-1980-talet. Det har på senare år skett en förändring i HD's förhållningssätt till EKMR, vilket det omtalade Åke Green-fallet är ett exempel på. Efterkrigstiden innebar diverse rättsuppgörelser för Europa. Sverige däremot bibehöll sin neutralitetspolitik och uppgörelser ansågs onödiga. Överlag ansåg man inte i Sverige att man hade något rättsligt förflutet att göra upp med. Följden blev att de naturrättsliga teorierna inte fick någon renässans i det svenska samhället. Neutralitetspolitiken och avsaknaden av rättsuppgörelser fick Sverige att avskämmas och hamna i ett utanförskap i förhållande till resten av Europa. Det fanns hos det statsbärande partiet en skepsis mot EKMR's naturrättsliga inslag, bristen på sanktioner och mot domstolen i Strasbourg.

Under efterkrigstiden växte behovet av en revision av 1809 års regeringsform, vilket aktualiserades av att 1809 års RF allt sämre motsvarade författningspraxis och att det inte fanns något tillfredsställande skydd för rättigheter. Regeringsformen blev således föremål för ett antal utredningar: den Tingstenska utredningen (SOU 1941:20), Författningsutredningen (SOU 1963:16-18), Grundlagsberedningen (SOU 1972:15) (vilket resulterade i den nya RF 1974 och ett rättighetskapitel om

fyra paragrafer), Fri- och rättighetsutredningen (SOU 1975:75), Rättighetsskyddsutredningen (SOU 1978:34) (RF anses nu ha fått sin rättighetskatalog) samt Fri- och rättighetskommittén (SOU 1993:40) (EKMR inkorporeras i den svenska rätten). 1995 anslöts Sverige till EU. Beslutsöverföringen till EG (nu EU) gjordes beroende av Regeringsformens och EKMR's rättighetsskydd. Genom Lissabonfördraget har skyddet för rättigheter inom EU ökat. Genom Grundlagsutredningen (SOU 2008:125) träder från årsskiftet 2011 ett stort antal ändringar i regeringsformen i kraft, bl a har det omdebatterade uppenbarhetsrekvisitet tagits bort.

Det råder delade meningar om vilken betydelse Uppsalaskolan haft för rättigheternas utveckling i Sverige, men det förefaller som om de flesta rättsvetenskapliga författare ändå anser att såväl utbildning, forskning, praktiserande jurister och politiker har påverkats. Genom det svenska samhällets retraditionalisering och europeisering finns det åter plats för idealism och värderingar, och därmed även för religion. Det stora genombrottet för mänskliga fri- och rättigheter i Sverige kan sägas ske genom anslutningen till EU och när EKMR inkorporerades och började gälla som svensk lag. Resultatet blev att Sverige, med svag konstitutionell tradition avseende rättighetsskydd och som stått utanför den europeiska författningskulturen., kom att införlivas i denna. Diskursanalysen av perioden 1940-2010 visar att hegemonin över ordet *rättighet* förflyttats från rättsrealisterna till naturrättarna, genom ett diskursbrott under 1980-talet. Uppsalaskolan och rättsrealismens tankegods förefaller under hela den undersökta perioden ha varit mer eller mindre aktuella.

Jag tycker mig ha funnit fem huvudsakliga anledningar till varför fri- och rättighetsfrågan behandlats som den gjorts i Sverige. Dessa anledningar är det svenska utanförskapet, det starka socialdemokratiska styret, att man konstaterade normharmoni mellan svensk rätt och EKMR vid ratificeringen, domstolarnas svaga ställning, samt den skandinaviska rättsrealismen med Uppsalaskolan, Hägerström och hans anhängare. Detta är dock inte av varandra oberoende anledningar, utan de har påverkat varandra och utvecklats jämsides under 1900-talet.

Förord

Allting började under kursen Allmän rättslära VT 2009, där 7,5 hp skulle ägnas åt rättshistoria. Ett frö till den för uppsatsen aktuell frågeställning såddes när jag i Kjell Å Modéers bok Juristernas nära förflutna läste en anekdot om hur EKMR hade bemötts av en skånsk domstol i början av 1990-talet, ”Den konventionen tillämpar vi inte i den här domstolen”.¹ För en juris studerande som påbörjade sina studier 2006 var det närmast komiskt, skulle inte EKMR tillämpas som vilken annan rättskälla? Efter att ha bekantat mig med Uppsalaskolan och den Skandinaviska rättsrealismen började ett sammanhang att visa sig vad gäller Sveriges historiska avhållsamhet gentemot folkrätt och mänskliga fri- och rättigheter. Idén som slog rot började under mina rättshistoriska fördjupningskurser att gro och står nu, efter mycket arbete, i blom genom denna uppsats.

Jag vill självklart tacka mina nära och kära som stöttat, korrekturläst och kommit med glada tillrop - utan er hade det inte blivit någon uppsats! Stort tack vill jag även rikta till min handledare Kjell Å Modéer som med sin otroliga kunskap om 1900-talet har kunnat guida mig på rätt väg och fungerat som en ständig källa till inspiration.

Maria Ljungdahl
februari 2011

¹ Modéer, Juristernas nära förflutna - Rättskulturer i förändring (2009 A), s 359

Förkortningar

ECHR	European Convention on Human Rights
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
FN	Förenta Nationerna
HD	Högsta domstolen
ILO	International Labour Organization
ICC	International Criminal Court
LO	Landsorganisationen i Sverige
NF	Nationernas Förbund
RF	Regeringsform
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställning

Vari från moral, rättigheter och känslan för rätt och fel kan härledas är något som lagts många tankar på genom århundradena, jag vågar nästan drista mig till att säga årtusendena. Är det från Gud, något som är av naturen givet eller är det bara en känsla som vi har som formats av vårt samhälle och kultur? Om man kan släppa dess härkomst och i vart fall enas kring att det finns en moral och en rättskänsla bör den, ska den, i så fall utgöra en del av rättssystemet? Kan rätt och moral ens åtskiljas? Det är ur dessa funderingar och hur de har hanterats som inspirationen till denna uppsats emanerat.

Till sitt upplägg är denna uppsats tudelad. Dels innehåller den en historik kring framväxten av naturrätt och rättigheter, deras plats i samhället samt rättspositivismen och rättsrealismens framväxt. Den andra delen fokuserar på hur rättigheter och EKMR hanterats i efterkrigstidens Sverige. Sverige har under åren haft en speciell hållning gentemot värderingar och rättigheter och deras plats i rättsordningen, vilket placerat oss i ett utanförskap i förhållande till resten av Europa. När vi nu inlett det nya millenniets andra decennium kan Sverige anses ha blivit en del av den europeiska rättskulturen, inte minst genom den stadigt växande unionen. Dock har vägen hit varit vare sig självklar eller problemfri. Min förhoppning är att jag genom denna uppsats kan illustrera hur den resan har sett ut och hur hållningen till mänskliga rättigheter förändrats från 1940-talet till vår samtid, men även vilken roll Uppsalaskolan och den skandinaviska rättsrealismen har spelat vad gäller förhållningssättet och tillämpningen av rättigheter och EKMR.

1.2 Avgränsningar

Ämnet som sådant har förefallit outtömligt; under varje liten sten som jag lyft på har det gömt sig en avgrund. Eftersom jag omöjligen under en termin kunnat gå till botten av varje sådan avgrund har jag nödgats att göra vissa avgränsningar. Uppsatsen utger sig inte för att vara uttömmande till sin karaktär, utan ska snarare ses som en inledning att arbeta vidare med.

Väl värt att framhålla är att den historiska återblicken främst avser framväxten av den västerländska kulturens naturrätt och rättighetsbegrepp.

Det finns många personligheter av intresse inom detta ämne, Axel Hägerström, Frede Castberg, Per Albin Hansson, Gustaf Petrén, Östen Undén och Carl Lidbom för att bara nämna ett fåtal. Allting är inte så enkelt att det bara rör sig om politik och juridik, även de mänskliga relationerna påverkar i stor utsträckning. För att få en mer sanningsenlig bild av förhållningssättet till rättigheter i Sverige skulle ett omfattande persongalleri behöva upprättas, vilket inte har gjorts i denna uppsats.

Den svenska konstitutionella utvecklingen från 1900-talets mitt och alla de förändringar den inneburit är ett synnerligen stort område. Jag har valt att plocka ut de bitar som är relevanta för fri- och rättigheter, vilket närmast har inneburit utformningen av andra kapitlet i 1974 års RF samt domstolarnas lagprövningsrätt. Jag är självfallet medveten om den unika plats som såväl tryckfriheten som yttrandefriheten åtnjuter i svensk lagstiftning och hur viktig dessa friheter är för demokratin. Jag har valt att lämna tryckfriheten och yttrandefriheten utanför och fokuserat på de rättigheter som numera återfinns i regeringsformen.

Denna uppsats avser inte att utreda eller definiera vad som utgör en rättighet, om det de facto finns rättigheter, var de kommer ifrån eller huruvida dessa är universella eller inte. Detta är dock intressanta frågeställningar och det finns mycket skrivet på området. En god såväl rättshistorisk som rättsfilosofisk introduktion till området kan fås genom William A Edmundsons *An introduction to Rights* och Micheline R Ishays

The History of Human Rights - From the Ancient Times to the Globalization Era som båda återfinns i käll- och litteraturförteckningen.

Kampen för rättigheterna sker inom olika fora och diskurser. I denna uppsats har jag begränsat mig till att enbart analysera den rättsvetenskapliga diskursen, väl medveten om att kampen för rättigheterna även sker inom såväl 'riksdagsdiskursen' som 'domstolsdiskursen'. Det är intressant att se till den rättsvetenskapliga diskursen och 'riksdagsdiskursen' då de för en teoretisk och lagteknisk kamp för rättigheterna. Den praktiska kampen och tillämpningen av rättigheterna sker dock i domstolen och av praktiserande jurister och advokater. Den praktiska tillämpningen av rättigheterna aktualiseras inledningsvis i Sverige genom ratificeringen av tilläggsprotokollet om erkännandet av domstolen i Strasbourg. Detta fastställs ytterligare genom EKMR's inkorporering i svensk rätt 1995, vilket gjorde det möjligt för svenska domstolar att använda sig av EKMR. Ett intressant tillägg till denna uppsats hade varit att se närmre på svenska domstolars praxis under dessa två perioder.

1.3 Metod och material

1.3.1 Diskursanalys

Diskursanalys är en tvärvetenskaplig och multidisciplinär metod som kan användas inom många olika sociala områden och undersökningar. Innebörden av begreppet diskurs som sådant är inte tydligt fastställt. I Diskursanalys som teori och metod anges dock att "för ögonblicket kan vi säga att en diskurs är ett bestämt sätt att tala om och förstå världen (eller ett utsnitt av världen)." Inom diskursanalysen som sådan finns olika inriktningar men gemensamt för samtliga är "utgångspunkten att våra sätt att tala på inte neutralt avspeglar vår omvärld, våra identiteter och sociala relationer utan spelar en aktiv roll i skapandet och förändringen av dem.". Utgångspunkten i diskursanalys är att det är diskursen i sig som ska analyseras, inte vad personerna egentligen menar eller vilken verklighet som egentligen gömmer sig bakom diskursen. Man ska alltså inte sortera uttalanden så som felaktiga eller riktiga, men det omöjliggör inte att

uttalandena kritiseras värderande. Syftet med en diskursanalys är att avslöja 'självklarheter', d v s att ha en kritisk inställning till självklar kunskap och hur vissa uttalanden utan vidare betraktas som objektiv sanning och andra inte. 'Diskursiv kamp' anses vara nyckelordet inom diskursteorin med vilket menas att olika diskurser är i ständig kamp om att uppnå hegemoni, d v s herravälde över språkets betydelse så att det överensstämmer med det egna sättet att tala om och uppfatta den sociala världen. Denna kamp innebär således att det aldrig finns en bestämd eller fixerad betydelse av ett socialt fenomen vilket resulterar i en kamp mellan olika definitioner av samhället och ger sociala konsekvenser. Diskursanalytikerns uppgift är att studera denna strävan efter hegemoni.² Syftet med att tillämpa diskursanalys i denna uppsats är främst att se hur hegemonin har förändrats i debatten om mänskliga fri- och rättigheter, särskilt vad avser begreppet 'rättighet', som kan anses utgöra en s k flytande signifikant och har en benägenhet att påverkas och tillskrivas olika betydelser av samtidigt existerande diskurser, men även hur EKMR har behandlats i debatten.

Som underlag till diskursanalysen har jag valt att undersöka den rättsvetenskapliga diskursen i Svensk Juristtidning från 1940 till 2010. SvJT har utgivits sedan 1916 och har under hela 1900-talet utgjort en viktig plattform för den rättsliga debatten och har beskrivits som "den svenska juridikens stolta flaggskepp och det helt dominerande fackorganet"³, vilket gör den lämplig som huvudkälla till analysen. Jag har även till viss del undersökt debatten i Juridisk Tidskrift, men inte i samma utsträckning som i SvJT. En annan tidskrift av intresse är Statsvetenskaplig Tidskrift, som jag dessvärre inte haft möjlighet att undersöka närmre. En mer djupgående analys av såväl Juridisk tidskrift som Statsvetenskaplig Tidskrift bör genomföras vid eventuell framtida forskning inom detta område. De artiklar jag använt som källor till min diskursanalys återfinns i käll- och litteraturförteckningen under litteratur.

Det råder delade meningar kring huruvida man i sin analys enbart ska se till texterna eller om man även ska se till vilken kontext de förekommer i och

² Winther Jørgensen och Phillips, Diskursanalys som teori och metod s 7, 28, 31

³ Östling, Nazismens sensmoral - Svenska erfarenheter i andra världskrigets efterdyningar s 182

vem som skrivit dem. Min målsättning har främst varit att försöka se till texterna och deras innehåll. Denna målsättning har således påverkat urvalsprocessen av materialet då artiklarna har valts ut efter sin tydliga anknytning till ämnet, snarare än vem som skrivit dem. En alternativ metod hade varit att välja ut ett antal nyckelpersoner och analyserat deras bidrag till diskursen under den aktuella perioden.

1.3.2 Rättskulturell metod

Syftet med metoden är att identifiera en rättskultur. Den rättskulturella metoden tar sin utgångspunkt i de rättsliga, men även religiösa, sociala, politiska eller ekonomiska ideologier och föreställningar som kan antas ligga till grund för och präglat rättskulturen i ett specifikt område. I denna uppsats avses Europa i allmänhet och Sverige i synnerhet. Dessa ideologier implementeras i nationalstaternas författningar och konstitutioner vari juristernas politiska makt och handlingsutrymme identifieras men även normernas plats i rättskälleläran. Även rättens aktörer är viktiga att identifiera för att kunna identifiera rättskultur. Slutlig ser man till juristernas infrastrukturer, deras nätverksbyggande och hur de t ex deltar i olika debatter, diskurser och publicerar artiklar i juridiska tidskrifter.⁴

1.3.3 Övriga metoder

Sedvanlig rättsdogmatisk metod har använts då lag- och konventionstext, förarbeten, praxis och doktrin har studerats för att försöka utreda och tydliggöra rättsläget då och nu. Metoden innebär analys och systematisering av juridiska begrepp samt beskrivande av gällande, äldre och utländska rättsregler.⁵ I mitt arbete har jag inte tillämpat en uttalat komparativ metod, vilket uppsatsen självklart kan kompletteras med. Snarare än en strikt komparation ges en internationell utblick när så ansetts lämpligt. I ett ämne som detta är det synnerligen svårt att inte plocka in den internationella kontexten.

⁴ Modéer (2009 A) s 41-42

⁵ Peczenik, Juridikens allmänna läror s 249-250

1.3.4 Material

Material har på intet sätt varit en bristvara, det har snarare varit en lavinartad upplevelse att söka material. Ju mer jag grävt inom ett område och ju fler spår jag följt, desto mer material har jag funnit, även i arbetets slutskede. Det har inte varit en reell möjlighet att ta sig an allt. Det finns ett antal relevanta verk avseende det aktuella forskningsläget. Max Lyles doktorsavhandling från 2006 *A call for scientific purity* ger en ingående beskrivning av Axel Hägerströms teorier om rätten och rättsvetenskapen samt en historisk återblick. Nazismens sensmoral- svenska erfarenheter i andra världskrigets efterdyningar är Johan Östlings doktorsavhandling från 2008 och den ger en god insikt i de idéströmningar som fanns i Sverige under efterkrigstiden. Ytterligare en doktorsavhandling men med några år på nacken är Joakim Nergelius *Konstitutionellt rättighetsskydd - svensk rätt i ett komparativt perspektiv* från 1996. Denna omfattande avhandling går noggrant igenom det då rådande konstitutionella skyddet för rättigheter såväl i Sverige som i omvärlden. Det har hänt en del sedan denna avhandling kom ut, vilket man bör ha i åtanke, men den ger ändå en väldigt bra överblick av rättighetsskyddet. Dessa tre avhandlingar återfinns i käll- och litteraturförteckningen. Två verk som dock inte återfinns i käll- och litteraturförteckningen är Gustaf Petrén och lagprövningsrätten av Uta Bindreiter (*Från Schlyters lustgård, Rättshistoriska uppsatser*, 2006) och Lars Björnes *Den nordiska rättsvetenskapens historia - realism och skandinavisk realism: 1911-1950*(Institutet för rättshistorisk forskning, 2007), men som båda är viktiga delar av det aktuella forskningsläget.

Den doktrin som jag använt mig av är till viss del tvärvetenskaplig och skriven av såväl statsvetare och teologer som jurister. Ämnet som sådant omfattar stora delar av samhället vari politik, juridik och religion utgör tunga bitar. Kjell Å Modéer har i flertalet skrifter berört och fördjupat sig inom områden och tidsperioder relevanta för uppsatsen. Att Modéers skrifter utgör ryggraden i denna uppsats är inte en överdrift. En del av de använda böckerna är kurslitteratur från olika rättshistoriska, rättsfilosofiska och folkrättsliga kurser som jag deltagit i såväl vid Lunds Universitet som vid Erasmus Universiteit i Rotterdam. *Svensk Juristtidningen* har, vilket beskrivits mer ingående ovan i det diskursanalytiska avsnittet, utgjort den

huvudsakliga källan för diskursanalysen. Då större delen av det använda materialet inte finns digitaliserat har jag gått igenom innehållet för varje årgång manuellt och därefter valt ut artiklar som tydligt berört ämnesområdet. För de årgångar som finns digitalt har en snarlik metod tillämpats. För avsnitten om den svenska författningsrevisionen och EKMR i Sverige har jag använt mig av riksdagstryck men även kompletterat med doktrin.

1.4 Disposition

Del 1 kan förefalla en smula framtung, eller baktung beroende på hur man ser det, och det är avsiktligt, då jag personligen uppskattar att ha möjlighet att se de långa linjerna i historien och hur dessa böljar fram genom århundradena. I rättighetssammanhang är förvisso min historiska återblick i Del 1 vare sig långtgående eller omfattande, men eftersom en historisk återblick inte är det allena rådande syftet med min uppsats har jag begränsat mig något.

Samtliga avsnitt i Del 1 samt 2.3, 2.4 och första delen av 2.5 i Del 2 är teoretiska och deskriptiva till sin karaktär. Avsnitt 2.5.3 utgörs däremot till viss del av mina egna åsikter, vilket jag hoppas framgår tydligt. Avsnitt 2.6 utgörs av en presentation av den rättsvetenskapliga diskursen samt diskursanalys. I det avslutande avsnittet resonerar jag kring ämnet och frågeställningen vari även ett försök till slutsats kommer att presenteras.

2 Naturrätt, upplysning och 1800-talet – grunden läggs

Naturrätten som samhällsfilosofi och rättsvetenskaplig metod kom att spela en stor roll för 1700-talets politiska idérörelse, Upplysningen, ett fenomen som haft stort inflytande på vår nutida uppfattning av mänskliga rättigheter. Den rationalistiska naturrätten tillhandahöll en begreppsbildning och argumentationsteknik som tillämpades på de reformkrav som ställdes för att driva igenom upplysningens nya moraliska syn på människan och samhället samt de nya idépolitiska värderingarna. Man ansåg sig kunna ge ett förnuftigt, och därför riktigt, svar på alla problem såväl ekonomiska och sociala som politiska och rättsliga. Tron på rationalitet och förnuft och kraven på reform och kodifikation kulminerade i Frankrike genom revolutionen och Code Civil.⁶ I det stora hela inspirerade den rationella naturrätten till en omstrukturering av juridiska ämnesområden vilket resulterade i de stora kodifikationerna. Syftet var att förenkla och göra lagen mer tillgänglig för medborgarna så att de kunde ta reda på de rättigheter och begränsningar lagen gav uttryck för. Naturrättsideologin innebar att man ansåg att man borde, och kunde, använda lagstiftningen som ett verktyg för att forma samhället. Den ideala lagkodifikationen skulle vara så klar och tydlig att domaren enbart skulle behöva läsa lagtexten för kunna följa det den föreskrev. Upplysningsfilosofer såsom Voltaire höll med om att lagen skulle användas som ett redskap för att forma samhället. Enligt Voltaire skulle gamla lagar brännas och nya skrivas för att goda lagar skulle kunna stiftas.⁷ Tillkomsten av upplysningstidens stora kodifikationer, som franska Code Civil, är ett resultat av tre faktorer. De politiska reformkraven och den rationalistiska naturrätten var inte allena avgörande utan även tryckerikonstens framväxt var en viktig faktor eftersom den utökade och effektiviserade möjligheterna till produktion och spridning av lagtext, vilket gjorde det möjligt att använda lagstiftning som styrinstrument.⁸ Upplysningen som fenomen blev möjlig på vissa samtida skeenden,

⁶ Anners, Den europeiska rättens historia 2 - några huvudlinjer s 30 - 31, Robinsons et al, European Legal History s 249, Ishay, The History of Human Rights - From the Ancient Times to the Globalization Era s 7

⁷ Robinsons et al s 253-254, Anners s 43

⁸ Anners s 31 - 32

nämligen den vetenskapliga evolutionen, merkantilismens framväxt, exkursioner till jordens alla hörn, konsolideringen av nationalstaten samt medelklassens framväxt.

2.1 Den tidiga naturrätten

Naturrätten har alltsedan antiken utgjort en viktig teori om rätten och dess ursprung. Cicero skriver i sin *De re publica* att "Det finnes en sannskyldig lag - nämligen det oförvillade förnuftet - som står i samklang med naturen, gäller alla människor och är oföränderlig och oförstörbar. [...] Det är aldrig moraliskt rätt att åsidosätta denna lag genom mänsklig lagstiftning, [...] det finns blott en lag, evig och oföränderlig, förbindande för alla folk."⁹ Under högmedeltiden fanns, enligt skolastiken och dess främste företrädare Thomas av Aquino (1225-1274), tre rättskällor, *jus divinum volutarium* (den av Gud uppenbarade rätten) som stod över de andra två rättskällorna *jus naturale humanorum* (den hellenistiska naturrättsidén) och *jus positivum* (den romerska skrivna rätten). I och med reformationen frångicks högmedeltidens skolastiska naturrätt och en annan typ av naturrätt, den rationalistiska, tog över. En viktig faktor för naturrättens utveckling är den europeiska upptäckten av Amerika som gav en verklighetsanknytning till den annars väldigt abstrakta diskussionen kring rättigheter, särskilt avseende vilken rätt man hade att kolonisera och vilka rättigheter ursprungsbefolkning såsom indianer kunde tänkas ha. Den rationalistiska naturrätten är troligtvis den största källan till inspiration i Europas rättsutveckling efter *Corpus Juris Civilis*. Utmärkande för denna naturrätt är att den kom att skjuta *jus divinum* något åt sidan, men utgjorde på intet sätt någon sekularisering utan snarare en frigörelse från den kristna moralläran. En av den rationalistiska naturrättens främste företrädare var holländaren Hugo Grotius (1583-1645).¹⁰ Grotius är mest känd för sin skrift *De jure Belli ac Pacis* som publicerad 1625, mitt under Trettioåriga Kriget. Grotius ansåg det essentiellt att det skedde en separation mellan moral och teologi för att dispyter mellan nationer med olika religioner skulle kunna lösas på fredlig väg. Syftet var att finna en lag som var bindande för alla nationer men som inte

⁹ citerat efter Strömholm, *Den föränderliga rätten och den eviga makten - ett tema i naturrättskritiken* s 525-526

¹⁰ *Annars* s 20-21, 24, Tierney, *The idea of natural rights - origins and persistence* s 10

nödvändigtvis baserades på någon specifik rättstradition. Detta var sannerligen en utmaning då det inte längre i Europa fanns någon accepterad auktoritet, såsom påve eller kejsare, på grund av reformationen och framväxten av suveräna nationella stater. Genom att använda sig av naturrätten försökte Grotius skapa en internationellt gångbar lag. Han menade att det låg i människans natur att, i enlighet med förnuftet, följa ett rätt utformat domslut. Hans naturrättssystem var således inte beroende av om Gud existerade eller inte. Grotius slutsats blev att lag kommer från instinkt och från Guds vilja, men måste utrönas genom förnuftet.¹¹

2.2 Naturrätten och samhällskontraktet

En tankemodell som nyttjades av naturrättarna var det s k ursprungliga samhällskontraktet. Då samhällskontraktet var just en tankemodell, och inte en ideologi, kunde den tillämpas för att hävda såväl absolut kungamakt som folksuveränitet. Idén om ett samhällskontrakt härstammar från antiken och bl a Aristoteles. Kontraktet användes för att ge en förklaring till varför det fanns en rättslig ordning i en stat. Staten sågs som ett resultat av en överenskommelse mellan dess invånare att skapa en gemensam stat och ett samhälle. Innan kontraktet skapades levde människor i ett urtillstånd.¹² Thomas Hobbes (1588-1679) tillämpade idén om samhällskontraktet, vilket han skrev om i sin bok Leviathan. I hans version av urtillståndet, även kallat naturtillståndet, är livet ensamt, våldsamt, otäckt, fattigt och kort; alla förde ett ensamt krig mot alla. För att undkomma detta tillstånd hade människorna omedelbart underkastat sig en absolut suverän genom ett, enligt Hobbes, av logiska skäl oåterkalleligt avtal. Suveränen var enligt Hobbes inkapabel till orättvisa, och även om denne skulle komma att stå till svars inför Gud, stod densamme inte till svars inför sina undersåtar. Hobbes teori om naturrätt och samhällskontraktet slog aldrig igenom, troligen på grund av hans pessimistiska syn på människan. Hobbes teori som legitimerade den absoluta kungamakten tillämpades dock flitigt.¹³

¹¹ Edmundson, An introduction to Rights s 17-18, Robinson et al s 216-217

¹² Robinson et al s 214, Anners s 22, 24

¹³ Edmundson s 22, 24, Anners s 22, Robinson et al s 218

Den naturrättsliga germanska skolan, företrädd av bland annat Samuel Pufendorf, Christian Thomasius och Christian Wolff, försökte tillämpa ett mer vetenskapligt tillvägagångssätt än Grotius, som snarare följde en kristen, humanistisk tradition. Den vetenskapliga metoden syftade till att bygga upp ett system baserat på logik som utarbetats genom experiment och observationer. Detta tillvägagångssätt möjliggjorde en frigörelse av naturrätten från någon särskild auktoritet och några särskilda grundantaganden. Naturrätten kom att byggas på uppfattningen att människan var en del av en naturlig värld styrd av naturlagar, vilka kunde skönjas genom observation och förnuft. Samuel Pufendorf (1632-1694) gjorde åtskillnad mellan den gudomliga rätten, naturrätten och den positiva rätten, men den gudomliga rätten ansågs tillhöra en annan sfär då den gick utanför jordelivet. Naturrätten var så sammanflätad med människans natur att det enligt Pufendorf inte gick att ha ett fungerande samhälle utan den. Positiv rätt å andra sidan stammade enbart från lagstiftarens vilja, men skulle för den sakens skull inte brista i förnuft och tillämpbarhet. Pufendorfs teori om samhällskontraktet liknar i vis mån Hobbes men han delar inte Hobbes cyniska syn på människan, utan anser att fred råder i naturtillståndet, vilket följer av naturtillståndet som sådant och någon mänsklig intervention krävs inte. Enligt Pufendorf var en förnuftig människa således skyldig att erkänna naturrätten. Pufendorf var en av de första att finna att människor inte bara hade rättigheter, utan även skyldigheter. Ingen rättighet kan ges till en person, om inte en skyldighet att inte hindra denna personens rättighetsutövning, åläggs andra.¹⁴ John Locke (1632-1704) delar Pufendorfs uppfattning om det fredliga naturtillståndet, men till skillnad från Hobbes menar han att man inte överlämnar alla sina rättigheter till suveränen när samhällskontraktet ingås. Människor avstod från rätten att försvara sina rättigheter med våld, men de skulle fortfarande ha rättigheterna hade man dock kvar, dvs rätten till liv, frihet och egendom. Om suveränen kränkte någon av dessa rättigheter och på så vis gick utanför sina befogenheter hade undersåtarna ingen skyldighet att lyda och rätt att göra revolution. Locke förespråkade vidare en mer begränsad furstemakt

¹⁴ Robinson et al s 213, 218-220, Edmundson s 25

vars uppgift var att styra staten väl. Enligt Locke så är medborgarnas samtycke till att styras det enda som legitimerar ett statsstyre.¹⁵

Den tyske rättsfilosofen Christian Thomasius (1655-1728) ville skapa en sekulariserad naturrätt. Thomasius tog det avgörande steget att skilja naturrätten från moralteologin genom att placera naturrätten och den gudomliga rätten jämte varandra, utan några inbördes relationer. Den rent juridiska naturrätten tillkom först med Thomasius genom hans slagord 'Homo animal rationale est', d v s att människan är en förnuftig varelse. Naturrättens grundprinciper utgick alltså från det mänskliga förnuftet. En man vars teorier som också haft stor inverkan på den europeiska rättsutvecklingen är Christian Wolff (1679-1754). Han skapade, med tidstypisk geometrisk metod, ett sammanfattande och sammanhängande system av naturrättsregler. Detta system innebar att rättsliga problem infördes i ett geometriskt uppbyggt system med utpräglad hierarki mellan reglerna. Reglerna i sin tur byggde på utförliga definitioner av begreppen. Således byggde Wolff grunden för 1800-talets begreppsjurisprudens och kodifikationer.¹⁶

Charles de Montesquieu (1689-1755) dominerade den statsrättsliga diskussionen under senare delen av 1700-talet och är mest känd för sin maktodelningslära. I sin bok *De l'esprit de loi* publicerad 1748 funderade Montesquieu över olika rikens styrelseskick och hur man skulle finna det bästa av dessa. I sin bok gjorde han skillnad mellan lagar och lagarnas anda. Det samhälle vari den politiska friheten var som störst skulle enligt Montesquieu styras mest framgångsrikt. För att uppnå politisk frihet krävdes en uppdelning av makten. Den styrande, den lagstiftande och den dömande makten skulle vara separerade men samverkande.¹⁷

2.3 Revolutioner och rättigheter

Den brittiska ekonomin var under senare delen av 1700-talet hårt påverkad av krig vilket resulterade i försök att få ut pengar från de amerikanska

¹⁵ Häthén, Stat och straff - Rättshistoriska perspektiv s 65, Edmunson s 28 - 30

¹⁶ Anners s 29 - 30

¹⁷ Häthén s 120-119, Robinson et al s 375

kolonierna genom ökade skatter och införseltullar. Dessa försök var allt annat än populära bland de tretton kolonierna och resulterade i att en upprorsrörelse organiserades, vilket blev starten till det amerikanska frihetskriget. Publicisten och filosofen Thomas Paine publicerade 1776 sin skrift *Common Sense* vari han med stöd av idéerna om mänskliga fri- och rättigheter uppmanade amerikanerna att slå sig fria från det brittiska styret. En ny stat baserad på människorättsliga principer skulle enligt Paine ersätta det kritiserade brittiska styret. Koloniernas oavhängighetsförklaring, *Declaration of Independence*, utfärdades av kongressen den 4 juli 1776 vilken till merparten var författad av Thomas Jefferson. I förklaringen kan man finna att alla människor är födda jämlikar och att de har vissa oförytterliga rättigheter: liv, frihet och att finna lycka. Det är tydligt att Thomas Jefferson influerats mycket av John Lockes teorier. Man menade att kolonierna utsatts för långvarigt maktmissbruk under Storbritanniens och kung George III styre, således hade de, helt i enlighet med Lockes teorier, återfått sin naturliga rätt att avsätta det maktmissbrukande styret och tillsätta ett nytt. Rättigheter hade således gått från teori till praktik. Frigörelsen från Storbritannien resulterade i oavhängighetskriget och fred nåddes först 1783. Med sin gemensamma fiende ur vägen började splittringstendenser att visa sig mellan staterna. För att motverka detta skapade kontinentalkongressen en ny författning vari de federala funktionerna stärktes och delstaternas makt begränsades. Författningen trädde i kraft 1788 men 1790 gjordes ett antal tillägg, som tillsammans utgjorde *Bill of Rights*, en rättighetskatalog.¹⁸

Även i Frankrike pyrde missnöjet och revolutionära tankar. Innan den franska revolutionen rådde *l'ancien régime* och Frankrike var fortfarande feodalt. Landet var folkrikt men ekonomin var anfränt efter många år av krig. Detta ledde till att kungen den 1 maj 1789 nödgades tillkalla den första riksdagen sedan 1614. Kallelsen av riksdagen visar vilken konstitutionell kris landet befann sig i och det måste ha varit en mycket omstörtande händelse i sig efter många år av kungligt envælde. Det hade varit politiskt oroligt i landet sedan något år tillbaka, valen av delegater till riksdagen spädde på dessa oroligheter ytterligare. Överlag var missnöjet stort och en stark opinion krävde författningsreformer. Händelserna under sommaren

¹⁸ Häthén s 123 - 125, Edmundson s 30-31, 38

1789, bl a eden i Bollhuset och stormningen av Bastiljen, ledde till att nationalförsamlingen antog ett principbeslut om avskaffandet av det feodala privilegiesystemet samt att en rättighetsförklaring skulle utarbetas. De s k augustirättigheterna om människors och medborgares rättigheter är ännu i dag en del av den franska författningen. Det är tydligt att rättighetsförklaringen var en upplysningsprodukt då den stadgade folksuveränitet och principer om legalitet, egalitet och proportionalitet. Rätt till frihet, egendom, personlig säkerhet och rätt till motstånd mot förtryck anges som naturliga, oförytterliga och omistliga mänskliga rättigheter. Marquis de Lafayette, krigshjälte från Amerikanska frihetskriget, i samarbete med Thomas Jefferson, är den som författat merparten av rättighetsförklaringen. Rättighetsförklaringen har fått utstå mycket kritik för att vara för abstrakt och vag för att de facto kunna tillämpas. Genom den nya författningen 1791, som efter många om och men accepterades av kungen, blev Frankrike en konstitutionell monarki. Det dröjde dock inte länge förrän missnöjet åter pyrde och 1792 genomförde radikala grupper en statskupp, kungen avsattes och Frankrike blev republik. Det s k skräckväldet inleddes. Tiden fram till sekelskiftet 1800 var tumultartad och fylld av statskupper. Den sista av dessa var Brumaire-kuppen som på sikt banade väg för Napoleon Bonaparte.¹⁹

Upplysningens rättighetskämpar slogs för rätt till liv (vilket även omfattade avskaffandet av tortyr och dödsstraff), religions- och åsiktsfrihet och för äganderätt. Viss kritik har riktats mot upplysningsrörelsen, då de rättigheter som krävdes inte omfattade alla och att löftet om universella mänskliga rättigheter därför inte uppfylldes. Exempelvis så fortsatte slaveriet i Amerika och de europeiska kolonierna, kvinnor och barn hade inte samma rättigheter som män och egendomslösa män hade begränsade politiska rättigheter vilket innebar att de bl a inte fick rösta. Kvinnor och egendomslösa män sågs som lägre stående eller passiva medborgare. Minoritetsbefolkningar utsattes för grova kränkningar, judar förvägrades rättigheter och homosexualitet sågs som en kriminell handling.²⁰

¹⁹ Häthén s 125-129, Edmundson s 38-39

²⁰ Ishay s 65, 108

När 1700-talet närmade sig sitt slut hade rättighetsretoriken bevisat sig användbar för att inspirera och motivera människor tillräckligt för att undergräva den etablerade politiska och moraliska ordningen. Även om Bill of Rights i Amerika har visat sig vara en av de mest framgångsrika genom historien, så var den franska rättighetsdeklarationen inte lika framgångsrik då revolutionen ledde till skräckvälde. Av detta drar Edmundson slutsatsen att den praktiska tillämpningen av rättighetsretoriken har haft något blandat resultat.²¹

2.4 Reaktionen och utveckling

Såväl lagreform som kodifikation krävdes i Frankrike efter revolutionen. Under 1790-talet framlades förslag på koder, men alla avvisades, ofta på grund av att de inte ansågs som tillräckligt revolutionära. Kodifikationsarbetet kom igång först 1800 när Napoleon Bonaparte blev konsul. Syftet var att skapa en enkel och tydlig lag som var tillgänglig för alla och 1804 presenterades Code Civil des Français som bestod av 2281 artiklar uppdelade i tre böcker. När det under konstruktionen av koden uppstod konflikt mellan romersk rätt och fransk sedvanerätt så gjordes inga kompromisser, istället valdes det alternativ som mest överensstämde med naturrätten och förnuftet. Code Civil kom inte att bli särdeles påverkad av någon naturrättslig begreppsteori, utan skapades helt enkelt så att den överensstämde med rättighetsdeklarationen. Code Civil, men även de andra franska koderna, har haft stor påverkan på den europeiska rättsutvecklingen. Code Civil kom att introduceras i stora delar av Europa genom Napoleonkrigen, men det lånades och kopierades friskt från Code Civil även på frivillig basis. Code Civil var uppskattad inte bara på grund av sin lättillgänglighet och generella återgivande av kodifikationsrörelsens ideal, utan även för att den överlag ansågs vara av mycket god kvalitet.²²

Efter Napoleons nederlag i Waterloo 1815 möttes segrarmakterna och det besegrade Frankrike i Wien. Mötets konservativa syfte var att återskapa det förrevolutionära Europa och de enväldiga suveränerna skulle ta tillbaka sina troner. De fasta och erkända gränser som funnits tidigare skulle även de

²¹ Edmundson s 41

²² Robinson et al s 263 - 266

återinföras, vilket gjordes helt utan hänsyn till den pyrande nationalism som spridits under Napoleonkrigen. Denna restaurering av Europa fungerade till viss del men i de flesta länder utbröt uppror när försök att återinföra tidigare styrelseskick gjordes. Det var inte lätt att släcka revolutionens glöd och de konservativa maktförsöken snarare gav bränsle till de liberalnationalistiska, och av romantiska ideal inspirerade, strömningarna ²³

En av 1800-talets viktigaste revolutioner kan nog sägas vara den industriella. Innan 1800-talet hade framställningen av produkter varit småskalig och lokal, men i och med den industriella revolutionen banades väg för massproducering, fabriker och urbanisering. De kraftkällor man hade tillgång till utöver man- och djurkraft, var vatten och vind. Upptäckten av ångkraft och dess applikation till maskiner kom att förändra allt detta. De nya maskinerna var dyra och för att få det att gå runt samlade man arbetskraft och maskiner på samma ställe - i en fabrik. Inledningsvis skapades en textil-, keramik- och stålindustri, men allteftersom tekniken utvecklades kom även andra områden att industrialiseras. England var ett föregångsland för den industriella utvecklingen och fram till slutet av 1800-talet var England en av världens, om inte världens, starkaste och viktigaste ekonomi. För att hålla igång fabrikerna krävdes dock arbetskraft vilket ledde till att många nya arbetstillfällen skapades. Detta lockade mängder av fattiga landsortsbor att flytta in till städerna för att söka lyckan. Det var dock sällan de fann lyckan på fabriksgolvet utan fick det snarare värre. De sociala missförhållandena i städerna fick klyftan mellan rika och fattiga att öka ytterligare vilket i sin tur fick missnöjet och revolutionslusten att växa bland arbetarna. ²⁴

Europa hade alltsedan 1500-talet präglats av renässansens naturvetenskaper såsom matematik och fysik. Naturvetenskapens rationalism och logiska metoder kom under 1700-talet att spilla över på kulturlivet, vilket fick det att framstå som stagnerat och statiskt. Upplysningsrörelsen i kombination med den förödelse av kulturskapelser som franska revolutionen och Napoleonkrigen dragit med sig beredde väg för en motreaktion, nämligen

²³ Häthén s 173 -174, 177, Ishay s 128

²⁴ Robinson et al s 288

romantiken. Denna rörelse satte värde på känslor, fantasi och irrationalitet. Stort värde sattes även på ett historisk betraktelsesätt. Tron på att genom förnuftet komma fram till absolut riktiga slutsatser som kunde appliceras på alla människor och situationer lämnades därhän. Istället förespråkades att svar och vägledning skulle sökas i historisk erfarenhet och tradition. Genom att denna metod kom att tillämpas inom rättsvetenskapen blev naturrättens modell som ett generellt giltigt rättssystem obrukbart. Oavsett naturrättens ställning hade rättsvetenskapen blivit starkt påverkad av den matematisk-geometriska metoden från 1600-talet, med sin hierarkiska begreppssystematik och logiska beviseteknik, vilket höll i sig genom århundradena. Således behölls den naturrättsliga begreppsjuridiken fram till 1800-talet då den till och med kan anses ha fått en metodologisk renässans. Immanuel Kant (1724-1804) kom att ge naturrätten dess avgörande dödsstöt genom sin skarpa kritik. Huvuddragen av Kants kritik var ifrågasättandet av det s k rena förnuftet. Kant lyckades genom sin moral- och pliktlära framgångsrikt bevisa det otillåtliga i den naturrättsliga grundstommen, d v s att rättsatser ansågs absolut riktiga då de var av naturen givna. Kant reducerade denna grundstomme till obevisbara och godtyckliga påståenden vilket eliminerade dess vetenskapliga trovärdighet. Kant hade särskilt stor betydelse för rättsvetenskapen i bl a Tyskland och de nordiska länderna.²⁵

En man som var skeptisk mot rättighetsretorikens framväxt var Jeremy Bentham (1748-1832), grundaren av den filosofiska ideologin utilitarismen. Att det skulle finnas av naturen givna rättigheter var enligt Bentham ett förtretligt struntprat - a mishchievous nonsense. Enligt utilitarismen är syftet med samhället att se till att största möjliga lycka genereras till största möjliga antal av dess invånare. Lag var enligt Bentham suveränens vilja i skrift och skulle användas för att uppnå utilitarismens syften. Lagstiftning var något som låg Bentham varmt om hjärtat och han ansåg att man skulle skapa en lagsamling vari alla rationella lagar i riket skulle samlas. Dessa lagsamlingar kallade han för kodifikationer och han anses vara upphovsman till termen som sådan. Bentham var inte negativt inställt till rättigheter inom den positiva rätten, men utanför den skriftliga lagen var rättigheter bara fiktion. Denna kritik gör Bentham till en viktig person i rättigheternas

²⁵ Anners, s 114 - 117

historia. Bentham kan sägas vara en frontfigur för den noggrannhet som växte fram bland filosofer vad gäller ords exakta och rätta mening för att undvika missförstånd och förvirring. Bentham var anhängare av den empiriska traditionen inom filosofin som menar att "knowledge is knowledge only to the extent that it relates to people's experiences, actual or possible"²⁶. Ord som 'rättigheter', 'mirakel' eller 'häxor' var tvungna att genomgå detta test och var meningsfulla enbart om de klarade testet, om inte var det bara strunt utan sanningsvärde och skulle bortses ifrån.²⁷

Under 1800-talet kom rättsvetenskapen med den Historiska skolan i spetsen att ge upphov till bl a pandektvetenskap och begreppsjurisprudens. Den Historiska skolan kom även att lägga grunden för rättspositivismen, vilket var en konsekvens av att den Historiska skolan ansåg den gällande och bestående rätten ha ett värde i sig själv. I och med den Historiska skolan legitimerades den gällande rätten, något som naturrätten inte gjort.²⁸ En mycket omfattande och djupgående process av samhällsförändringar skedde under 1800-talet. De historiska metoder man använde sig utav kunde inte riktigt ge vägledning i de problem som det växande industrisamhället genererade. Det var den positiva rätten som kom att bli rättsvetenskapsmännens verktyg och utgångspunkt, vilket resulterade i att de inte kunde bidra med så mycket vad gällde den sociala och ekonomiska framstegsprocessen och således nödgades kliva åt sidan. Något nyskapande inom den framväxande arbetsrätten och socialrätten var rättsvetenskapsmännen och domarkåren inte kapabla att komma med. Utvecklingen av dessa rättsområden kom istället att läggas på politikernas axlar.²⁹

2.5 Den Historiska skolan och begreppsjurisprudens

Den tyska nationalismen och strävandet efter att skapa ett enat Tyskland tillsammans med romantikens historiska relativism och traditionalism utgjorde en god grund för den rättsvetenskapliga utvecklingen. Tyskland

²⁶ Edmundson s 52

²⁷ Edmundson s 51 - 52, Robinson et al s 254, Häthén s 132

²⁸ Anners s 126

²⁹ Anners s 126-128

kom därför att utvecklas till ett rättsvetenskapligt föregångsland för de flesta europeiska länderna, med undantag för England och Frankrike, ända fram tills första världskriget. I början av 1800-talet grundade den tyske juristprofessorn Friedrich Carl von Savigny den Historiska skolan. Denna skola lärde jurister att ta utgångspunkt i och använda sig utav sin historia, det s k rättspolitiska argumentet. Reformation av rätten legitimerades genom avskräckande återblickar genom historien. Lagstiftaren ansågs få vetenskaplig kunskap genom att studera den äldre rätten och på så vis få rättspolitiska förslag till rättsliga förändringar. Det ska dock nämnas att von Savigny influerats av sina föregångare och då främst av juristen Gustav Hugo (1764-1844) som praktiserade romersk rätt. Precis som humanisterna ansåg Hugo att den romerska rätten måste studeras med dess sociala kontext i åtanke. Hugo var emot kodifikationer, då han ansåg att det hämmade jurister och domares kreativitet. Den Historiska skolan hade en socialdarwinistisk utvecklingsprocessuell, och således organisk, syn på rätten. Samhället ansågs bli allt mer civiliserat och modernt för varje generation, precis som människan blev smartare för varje generation. I och med den Historiska skolans genomslag kom naturrettens schematiska och universella metod, som dominerat i två sekel, att kritiseras och avvisas som metod. Anhängarna av den Historiska skolan visade stort intresse för rättshistoria, eftersom det var mycket viktigt att den samtida lagen var ordentligt rotad i det historiska förflutna. Men såväl Montesquieu som Edmund Burke (1729-1797) hade redan förespråkat att ett folks historia var viktigt för att kunna se framtiden an. Burke kan sägas vara den brittiska konservatismens förgrundsgestalt och kritiserade franska revolutionen och idén om medborgerliga rättigheter. Det fanns även en politisk anledning till varför naturrettens lämnades därhän. Naturrettsteorier användes ofta av de absoluta kungamakterna för att legitimera deras maktposition. Detta gjorde samhället beroende av en eller fåtal auktoritativa personer, vilket inte längre kunde accepteras i ett något sånär liberalt samhälle.³⁰

Under Napoleonkrigen hade flera tyska delstater hamnat under franskt styre. När dessa stater sedan återfick sin självständighet gjorde de sig av med allt som kunde påminna dem om den franska dominansen, Code Civil var en av

³⁰ Modéer (2009 A) s 35, Robinson et al s 269 - 270, 370, Häthén s 174, Annars s 114 - 115

dessa ting. Därefter följde en debatt kring hur tomrummet efter Code Civil skulle fyllas. Skulle delstaterna skapa nya lokala koder eller skulle de återgå till Gemeines Recht, d v s en gemensam rätt baserad på modifierad romersk rätt, som de haft tidigare? En ny kod kom att förespråkas, men som ej skulle baseras på Corpus Juris Civilis, då den ansågs vara olämplig för ett modernt samhälle. Istället skulle en enklare kodifikation, skriven på tyska och på så vis tillgänglig för alla, skapas. En sådan kod skulle bli en symbol för enhet och första steget mot ett enat Tyskland. von Savigny var inte anhängare av denna idé. Han menade istället att jurister skulle utvärdera den tyska rättstraditionen och utveckla lagen i enlighet med sitt resultat. En kod var inte lämpligt om man ville utveckla lagen, då en kod är statisk. Om en kod trots allt skulle vara aktuell, var det viktigt att den var djupt förankrad i den tyska rättens historiska bakgrund. von Savigny menade att lag, precis som språk, var ett resultat av en omedveten utveckling och på så vis reflekterade folksjälens; der Volkgeist. Jurister må ha till uppgift att utveckla lagen och utarbeta dess tekniska uttryck, men detta arbete skulle gå hand i hand med folksjälens. Det är dock värt att påpeka att folkopinionen på intet sett ansågs utgöra der Volkgeist, utan den utgjordes av ”den historiskt givna rättsliga idétraditionen, sådan den tolkades och uttrycktes av historiskt skolade rättsvetenskapsmän”³¹. En nations lag var influerad av historien och ett uttryck för nationens folksjäl, därför kunde enligt von Savigny inget rättssystem vara universellt, en åsikt som alltså gick stick i stäv med naturrättarnas. Det är intressant att även om anhängarna av den Historiska skolan och von Savigny avvisade naturrätten som ideologi och rättskälla, så kom de att fortsätta att tillämpa dess begreppsbildningsteknik. Denna väldigt strikta begreppsteknik kom att avskilja rättsvetenskapen från verklighetens rättsliga behov och problem. von Savigny hade stor del i detta då han strängt åtskilde politik och juridik samt praktisk och teoretisk juridik. von Savigny hade dock aldrig till syfte att utelämna samhällets och det sociala livets realiteter, utan enligt honom fanns dessa i begreppen som sådan. Då hans lärjungar tillämpade en striktare formallogisk metod än von Savigny själv kom realiteter att hamna utanför begreppsbildningen.³²

³¹ Anners s 118

³² Robinson et al s 271, Anners s 121-122

Den Historiska skolan förespråkade starkt den klassiska romerska rätten. Dess Germanisterna förespråkade däremot den historiska germanska rätten och menade att den var väl så högstående som den romerska rätten. De ville finna de rent germanska materiella reglerna från äldre tysk rätt och utreda deras utveckling och uppkomst.³³

Pandektisterna var en rättsvetenskaplig förgrening av den Historiska skolan, skapad av von Savignys elev Georg Friedrich Puchta (1789-1846), vars främsta syfte var att vetenskapligt tillämpa de romerska rättsliga texterna. Deras metod gick ut på att systematisera den romerska rätten så att den lämpade sig för att brukas i deras samtid. På sätt och vis var även pandektisterna inspirerade av den rationalistiska naturrätten, då de tillämpade en strikt schematisk metod med syfte att skapa ett sammanflätat system av rättsregler och begrepp. Detta schema skulle sedan kunna användas för att man genom logik skulle kunna finna svar på olika juridiska problem. Det är tydligt att de inspirerats av Wolff. Pandektisterna var även de mycket inspirerade av sin samtids naturvetenskap och försökte på vetenskaplig väg identifiera en ny sorts sanning, genom observationer och experiment. Man kan således säga att pandektisterna var rättspositivister då de tolkade den observerade lagen som något som var helt utan någon logisk koppling till moralisk rättvisa. Enligt pandektisterna hade jurister, som representanter för folket, ett särskilt ansvar för rätten såväl i praktiken som i teorin och skulle med sitt särskilt tränade sinne ge uttryck för principer och begrepp. Jurister skulle även skydda lagen från förhastad och okunnig inblandning av lagstiftare och medborgare. Att placera rättsregler i en systematisk kontext, se till vilken effekt de har på varandra samt erkänna deras ursprung så att de kan härledas till sin grundläggande princip, var även det juristens plikt och mer känd som begriffsjurisprudenz, begreppsjurisprudens. En konstruktion som bygger på systematisk hierarki kräver tydliga definitioner av alla inblandade begrepp. Man ansåg att styrningen av samhällsutvecklingen blev mycket effektivare ju mer precisa de juridiska begreppen var, eftersom lagstiftning och rättstillämpning i sin tur blev mer exakt. Dessa definitioner kom att bli allt mer abstrakta allt eftersom. Pandektisterna kom att bli en viktig faktor i tysk rättsvetenskap

³³ Annens s 123

under 1800-talet. Särskilt attraktiva var deras teorier eftersom de förespråkade enighet och inte mångfald vilket erbjöd en gemensam rättskultur som ej tog hänsyn till regionala olikheter och således tilltalade de växande nationalistiska krafterna.³⁴ Rättsvetenskapsmannen Rudolf von Jhering (1818-1892) var en av pandektvetenskapens främsta företrädare. von Jhering introducerade en ny modern syn på rätten då han menade att det var av stor vikt att rättsvetenskaplig teori kombinerades med praktisk erfarenhet. Skriften *Der Kampf ums Recht* är den internationellt mest lästa texten av von Jhering, vari han pekar ut de praktiserande juristerna som en särskilt utvald grupp. Praktiserande jurister hade ett ansvar att bekämpa orätt och kämpa för rättvisa, för vem skulle göra det om inte juristerna?³⁵

2.6 Konservatism och liberalism

Ideologiskt bestod 1800-talets politik i stort av liberalism och konservatism. Franska revolutionens upplysning ställdes mot den tyska romantikens konservatism, man kan säga att konservatismen är en reaktion mot upplysningstidens individualism. 1800-talets konservatism menade att människor alltid hörde till olika gemenskaper så som familjen eller skrän. Den övergripande gemenskapen var staten mot vilken individen inte hade några rättigheter, men däremot plikter. Tradition och beprövad erfarenhet värdesattes av konservatismen och all förändring skulle ske ett steg i taget och med försiktighet. Lagar och institutioner som växt fram genom historiens gång skulle behållas och inte förändras, då de var ett resultat av folkets genom historien samlade erfarenhet. Liberalismen, som har sin grund i upplysningstankarna, växte fram under 1820-talet. Till skillnad från konservatismen var liberalismen reformvänlig och använde ofta ekonomiska argument för att uppnå sina syften. Liberalerna kritiserade och ville avskaffa de frihetsinskränkningar av politisk och ekonomisk karaktär som blivit resultatet av det gamla Europas återskapande. Frihet från reglering och statlig styrning var de frihetsideal som förespråkades. Liberalerna var de främsta förespråkarna av rösträtts- och representationsreformerna. Liberalismens främsta rättspolitiska krav var att stor hänsyn skulle tas till den privata äganderätten, detta p g a att liberalismen ställde individen i

³⁴ Robinson et al s 273-275, Anners s 124

³⁵ Modéer (2009 A) s 101-102

centrum. Äganderätten skulle göras så trygg och så vidsträckt som möjligt. Kravet på äganderätt, som blev en grundpelare i 1800-talets liberala politik och hade stor betydelse för industriella revolutionens rättsutveckling, hade framställts redan under franska revolutionen och återfinns i augustirättigheterna (art 17), där äganderätten framställs som absolut, helig och okränkbar. En radikal idé som så smått började gro under 1800-talet var demokratin, som förespråkade att makten skulle finnas hos folket och att alla skulle ha lika civila och politiska rättigheter, vilket bl a innebar allmän (manlig) rösträtt. På grund av de våldsamma följder som Franska revolutionen fört med sig samt de många revolutioner som skedde under 1800-talets mitt, fruktades dock demokratin. En annan viktig faktor jämte de politiska ideologierna var nationalismen. Nationellt självbestämmande var en självklarhet för liberalerna och språk-, religion och kulturgemenskap, som ansågs vara nationella värden, fick även konservativa att stödja nationalismen. Det var dock svårt för de konservativa att förhålla sig till nationalismen. Förvisso fanns dragningskraft till de nationella värdena men samtidigt en önskan att det bestående skulle förbli och således uppstod problem när nationer krävde självstyre, just med hänvisning till sin forna nationella identitet baserad på gemensamma nationella värden. I detta splittrade politiska landskap kom den svenska rättskulturen att genomgå stora förändringar. Den franska hovkulturen och franska språket som dominerat under en längre tid kom att överges och i slutet av seklet hade en tysk borgerlig kultur och det tyska språket trätt i dess ställe.³⁶

2.7 Sekularisering, krav på social rättvisa och socialism

Politiska ideologier började växa fram under 1700-talet, vilket var unikt eftersom de, till skillnad från liknande tidigare företeelser, inte var sprungna ur en religiös övertygelse. Tre olika ideologier, konservatism, liberalism och socialism, kom att utvecklas under 1800-talet vilka än idag ligger till grund för våra olika politiska uppfattningar. Alltsedan kristendomens genomslag i senantikens Rom hade rättsutvecklingen varit hårt knuten till religiösa åsikter och intressen. 1800-talet och början av 1900-talet kom att bli

³⁶ Modéer (2009 A) s 60-61, Häthén s 174-175, 178-179, Robinson et al s 286, Annars s 105

sekulariseringens tid men även den tid då de europeiska samhällena kom att bli allt mer splittrade, mycket på grund av växande frireligiösa rörelser, vilket försvagade statskyrkornas auktoritet. Frikyrkorna och sekulariseringen kom att ändra den allmänna människosynen, vilket visade sig främst inom familjerätten och straffrätten. Kristendomens läror förlorade allt mer betydelse för rättsordningen och i dess ställe placerades de tre politiska huvudideologierna och rättsutvecklingen kom istället att styras av den partipolitiska maktkampen. Denna maktkamp fick inte så sällan revolutionära och våldsamma yttringar. Detta tillsammans med de brutala och hänsynslösa krig som härjade i franska revolutionens efterdyningar och brutaliteten och den förödelse som följde, mycket på grund av de nya vapen teknikens framsteg resulterade i, ledde till en vidareutveckling av folkrätten genom internationella avtal och överstatliga institutioner. Detta i sin tur ledde till att folkrätten blev en central rättsdisciplin. Med sekulariseringen kom en ny tanke om en social rättvisa. Social rättvisa som hade varit irrelevant när kristendomens grepp var hårdare och tron på att den yttersta domen, inför vilken ingen skillnad gjordes mellan fattig och rik, skulle jämna ut jordelivets orättvisor. Dessutom så menade man, med den strikta ståndsuppdelningen som var, att olika stånd hade olika privilegier och således uppfattades social rättvisa som relativ. Ståndsuppdelningen i sig ansågs som rättvis då den var en social nödvändighet. Genom att det genom industrialismen skapades nya sociala grupper, främst en arbetarklass, blev ståndssamhället politiskt orimligt. Första steget var när borgerskapet inte accepterade adelns dominans i ståndssamhället. Detta steg kom att leda till franska revolutionen. Borgerskapet krävde social rättvisa med hänvisning till naturliga rättigheter. Särskild vikt lades på kravet om ståndsprivilegiernas upphörande, vilket bland annat skulle innebära att alla blev lika inför lagen. Status, ekonomiska fördelar och möjlighet att konkurrera skulle regleras efter samhällsnyttig insats och duglighet, inte efter stånd eller börd. Den genom industrialismen växande arbetarklassen tog kraven på social rättvisa ytterligare ett steg. I det förindustriella samhället hade de i samhällets lägre stånd inte haft någon föreställning om klassorättvisa. Tidigare hade man varit utspridda i små grupper över hela landet, men i och med industrialiseringen och samhörande urbanisering kom arbetarna att finna varandra, och inse att de var många! Alla var de värnlösa

mot arbetsgivarna, fick usel lön för hårt arbete och hade tragiska levnadsförhållanden. Deras krav på social rättvisa och jämlikhet kom att bli mindre formell och juridisk än de krav borgerligheten framställt. Arbetarklassens situation kom att leda fram till bildandet av 1800-talets tredje ideologi, socialismen. Denna ideologi kom att förkasta den enskilda äganderätten till det som producerades, eftersom den ansågs som socialt orättvis, och förespråka revolutionära reformer för att radikalt förändra de sociala och ekonomiska missförhållandena i samhället. En av de viktigaste personerna inom socialismen var teoretikern Karl Marx (1818-1883) som skapade ett genomtänkt system med förankring i en historisk utvecklingslära. Han såg att man med start i slavsamhället och fram till kapitalismen, mycket på grund av industrialiseringen, hade hamnat i en ond cirkel då de rika blev rikare och de fattiga blev fattigare. Denna onda cirkel skulle dock komma att brytas: ”Till sist skulle proletariatet i förtvivlan resa sig, gripa makten och under en period av proletariatets diktatur göra samhället socialistiskt. Därefter skulle människorna bli så fredliga och samarbetsvilliga att statsinstitutionerna skulle dö bort och människorna leva tillsammans i fritt organiserade kollektiv - det kommunistiska samhället.”³⁷ Det fanns även en moralfilosofisk del i marxismen då arbetarklassens ansågs förvalta humanitets- och rättviseidealen. Deras kamp var dessutom internationell, vilket tydligt framgår av devisen ‘proletärer i alla länder, förena Eder’, som återfinns i Det kommunistiska manifestet från 1848. De andra samhällsklasserna, särskilt borgarna, ansågs vara så besmittade av kapitalismen och den vinningslystnad och det människoförakt som privat äganderätt skapade, att de inte kunde upprätthålla ett humanistiskt ideal. När arbetarklassen vunnit kampen för socialismen, och kommunismen, skulle ett samhälle präglad av mänsklig frihet, humanitet och värdighet uppstå. Det är viktigt att göra skillnad mellan den marxistiska socialismen och kommunismen. Förvisso har kommunismen sin grund i socialismen men avviker i sitt förespråkande av väpnade revolutioner och vikten av den proletariatets diktatur. Till skillnad från Marx, som menar att kapitalisterna kan komma att ändras, anser kommunismen att kapitalisterna är så moraliskt fördärvade att de måste utrotas. En ytterligare pusselbit till 1800-talets idévärld är den s k socialdarwinismen, uppkallad efter naturforskaren

³⁷ Annars s 101-102

Charles Darwin och baserad på dennes i arbetet *On the origin of Species* presenterade evolutionsteori. Denna teori innebar att djurarter hade utvecklats under långa tidsperioder under en ständig kamp för sin existens, vilket innebar att den som var bäst anpassad, d v s bäst anpassad till sin miljö, överlevde - the survival of the fittest. Darwin och hans teori fick dock utstå både glåpord och kritik, bl a för att hans teori stred mot bibelns skapelseberättelse. Hans teori vulgariserades, hårddrogs och försimplades. Kampen för tillvaron blev drastiska våldsuppgörelser där den som var bäst anpassad, d v s störst och starkast, vann. Denna vulgariserade darwinism kom att utvecklas till en samhällsideologi som särskilt betonade kampen mellan människor, raser och nationer. De som vann denna kamp ansågs som de starkaste och berättigades att bestämma utvecklingen.³⁸

Socialismens bidrag till människorättsrörelsen kan sägas vara kampen för allmän rösträtt, social rättvisa och barns rättigheter. Vidare kämpade de för ekonomisk jämlikhet och arbetstagar rättigheter, vilket bl a innebar tidsbegränsade arbetsdagar och rätt till utbildning.³⁹

2.8 Bismarck och socialstatens framväxt

Ett nytt riksterritorium och ökade ekonomiska marknader blev resultatet av den tyska segern i kriget mot Frankrike 1870-71. I segeryran och med en ekonomi välgödd av det franska krigsskadeståndet växte det andra tyska kejsardömet fram, ett enande som förvisso påbörjats redan under 1860-talet pådrivet av kungariket Preussen och dess kansler Otto von Bismarck. Ekonomin och konjunkturen steg mot skyarna, ett stort antal aktiebolag och banker etablerades och stora mängder privat kapital satsades. Men för hög tilltro till banker, vilda spekulationer och överanvändning av krediter fick den tyska ekonomin att till slut, efter börskraschen 1873, gå in i en stor depression. Den ekonomiska krisen var inte bara begränsad till Tyskland utan liknande händelser skedde runt om i Europa men även i Amerika. De ekonomiska kriserna ledde bl a till upprättandet av nationella skyddstullar samt att den liberala frihandelspolitiken lämnades därhän. Finansvärlden fick mota mycket kritik, ofta med antisemitiska inslag, vilket väckte en

³⁸ Anners s 98 - 107

³⁹ Ishay s 9

offentlig debatt kring den s k judefrågan. Dessa skeenden kom att påverka framväxten av sociallagstiftning i det tyska kejsarriket. Inledningsvis kom begreppsjurisprudensen att spela stor roll för det andra kejsarrikets rättsstatliga samhällsbygge. Juristerna sågs som samhällsingenjörer, ”professorerna var arkitekterna och lagstiftarna byggmästarna”⁴⁰. Det enade rikets nya riksförfattning var, trots intentionerna att bygga en rättsstat baserad på såväl frihet och individuell autonomi som ordning och statlig auktoritet, inte särskilt demokratisk. Kejsardömet var snarare en konstitutionell monarki och den egentliga lagstiftningsmakten fanns hos riksrådet, med företrädare från förbundsstaterna, och riksdagen. Rikskanslern var ordförande för förbundsrådet och denna post innehades 1871-1890 av Otto von Bismarck. Under denna period kom den tyska socialstaten, under ledning av Bismarck, att skapas och ett socialförsäkringsprogram som skulle hjälpa den i städerna bosatta arbetarklassen drevs igenom. Genom olika lagar under 1880-talet erhöll tyska arbetare olycksfallsförsäkring, obligatorisk sjukförsäkring och ålderdoms- och invaliditetsförsäkring. Tyskarna kom därigenom att lösa den enskildes trygghetsproblematik långt innan andra stater. Sverige införde t ex obligatorisk olycksfallsförsäkring först 1916. Bakgrunden till socialförsäkringsprogrammet står att finna i en konflikt som uppstod i samband med tysk-franska kriget mellan Bismarck och det snabbt växande socialdemokratiska partiet. Efter ett antal attentat från socialdemokratins sida kom den s k socialistlagen att genomdrivas 1878. Denna lag förbjöd alla socialdemokratiska, socialistiska och kommunistiska föreningar som hade till syfte att omstörta samhället. Lagen ledde till grova förföljelser, politiska ledare flydde landet eller fängslades, fackföreningar upplöstes och tidningar förbjöds. Socialförsäkringsprogrammet kom att presenteras direkt efter socialistlagen med syftet att ”krossa arbetarklassens politiska självständighetssträvanden.”⁴¹ och på så vis slippa fler revolter. Det kan antas ha funnits ytterligare skäl till socialförsäkringsprogrammet, t ex välgörenhet och medlidande för de som hade det sämre ställt. Bismarck ska i ett tal ha kallat programmet för praktisk kristendom. Bakom programmet finns dock det synnerligen politiska syftet att tysta en revolutionär

⁴⁰ Modéer (2009 A) s 101

⁴¹ Schmidt, Från franska revolutionens rättighetsförklaring till Beveridge-planen. Idéer och synpunkter i sociallagstiftningen s 106

opposition och på så vis säkra ett enat och militärt starkt Tyskland. Detta ledde till att den tyska sociallagstiftningen var mer ingripande och radikal än liknande lagstiftning i andra länder, England t ex.⁴²

2.9 Skeenden i 1800-talets Sverige

1800-talet fick en omvälvande start i Sverige. Till följd av förlusten av Finland i kriget mot Ryssland blev missnöjet mot de styrande stort och ledde till en revolutionär, men oblodig, statskupp. Kungen greps, avsattes av en samling högre ämbetsmän och officerare och abdikerade formellt några veckor senare. I samband med statskuppen bildades en kommitté för att lägga fram förslag till en ny regeringsform. Karl XIII valdes till kung den 5 juni 1809 och trots att bondeståndet inte godkände den nya regeringsformen, daterades den till den 6 juni. Först i slutet av juni hade regeringsformen godkänts av samtliga stånd. 1809 års RF har kommit att kallas Sveriges historia i lagparagrafer och kan ses som ett resultat av den erfarenhet som man samlat på sig under århundradena, dels genom det karolinska och gustavianska enväldet men även genom ständerväldets politiska maktmissbruk. Syftet med 1809 års RF var att undvika dessa ytterligheter. Man kan även finna spår av Montesquieus maktodelningslära i regeringsformen genom den femfaldiga funktionsfördelningen mellan kung och riksdag. Influenser och teorier från europeiska kontinenten har allt sedan medeltiden recipierats av den styrande makteliten, vilket kan anses ligga till grund för såväl kungligt envælde och ständervælde som för grundprinciperna i den nya regeringsformen. I regeringsformens 16 § återfinns en omskrivning av forna kungaeder, vilket ger en viss antydning till en katalog av mänskliga fri- och rättigheter. Paragrafen kom dock aldrig att praktiskt tillämpas av domstolarna, om en person försökte åberopa 16 § inför domstol betraktades personen i fråga närmast som en rättshaverist. Innebörden av 16 § förblev genom åren omdiskuterad och oklar, ett exempel är att det aldrig synes ha blivit utrett huruvida paragrafen bara band konungen och sedermera regeringen, eller om även riksdagen var underställd paragrafens lydelse. 1810 antogs en ny riksdagsordning, en ny successionsordning och en tryckfrihetsförordning, den sistnämnda kom

⁴² Modéer (2009 A) s 99, 106-107, 111, Häthén s 179, Schmidt s 105 - 106

dock att ersättas med en ny bara två år senare. Den nya regeringsformen kom inte att förändra riksdagens sammansättning, ståndsriksdagen kvarstod till representationsreformen 1865. Oppositionen hade då kämpat för att få igenom en förändring sedan 1830-talet och det konservativa motståndet hade varit starkt. Ståndsriksdagen upplöstes och ersattes av en tvåkammarriksdag. De två kamrarna hade samma beslutsbehörighet och samstämmighet mellan kamrarna krävdes för att fatta beslut. Huvudsakligen var de båda kamrarna identiska till funktion och betydelse. Representationsreformen fick debatten om rösträtt att intensifieras under slutet av 1800-talet, men någon förändring skulle inte ske förrän i början av det nya seklet.⁴³

Statskuppen 1809 och skapandet av den nya regeringsformen ledde till att lagen i allmänhet ansågs vara i behov av en revision. I huvudsak kritiserades 1734 års lag på tre punkter: lagtekniskt, rättsideologiskt och rättspolitiskt. För det första ansågs den vara föråldrad men även svåröverskådlig p g a de många kompletteringar och ändringar som gjorts genom åren. För det andra hade en helt ny ideologi avseende lagstiftningskonceptet, kodifikationer, växt fram på kontinenten. Kodifikationer var, som en del av upplysningsidéerna, såväl lättöverskådliga som lättillgängliga men hade även som ambition att vara fullständiga. Slutligen, i enlighet med upplysningens politiska anda, skulle lagstiftningen vara ett styrinstrument för samhällsutvecklingen. 1811 tillsattes en lagkommitté med uppgift att utarbeta förslag till såväl en allmän civillag som en allmän kriminallag, en uppdelning som inte kan återfinnas i svensk rättstradition och således var ett helt nytt koncept. Direktiven föreskrev att lagkommittén skulle uppdatera den rådande lagstiftning. Lagkommittén, som kom att slutligen bestå av reformlystna jurister, såg dock inte sin uppgift som sådan, utan de ville få igenom reformer baserade på liberalismens tankegod. Förslag på allmän civil lag och Förslag till allmän criminallag som presenterades 1832, och funnit sin dispositionsförebild i Napoleons Code Civil, bröt i sanning mot svensk lagtradition. Båda förslagen skickades på remiss till bl a Högsta Domstolen, där de fick ett svalt mottagande. Kritiken mot civillagsförslaget

⁴³ Häthén s 191-193, 199-201, Bernitz, De mänskliga rättigheterna i Europa och Sverige. Publicerad i Författningskulturer - Konstitutioner och politiska system (2009) s 13, Mattson & Petersson, Makten över politikens spelregler. Publicerad i Svensk författningsspolitik s 21

var främst av rättspolitisk karaktär och domstolen framhöll särskilt att det var tydligt att civillagsförslaget var skapat utifrån en fransk förebild. Kritikerna höll inte med om idén om lagstiftning som ett styrinstrument, utan menade att lagstiftning av detta slag var snarare ett sätt att implementera idéerna från franska revolutionen, vilket var samma argument som hade förts fram av Carl von Savigny och den Historiska skolan. Den Historiska skolan kom även i Sverige att bli den främsta motpolen till den reformvänliga liberalismen. Högsta domstolens justitieråd hade tagit stort intryck av den Historiska skolan och det var främst dess argument som framfördes i domstolens yttrande. Lagförslaget ansågs bl a både till innehåll och utformning väldigt främmande för folkets lynne, sedvanor och behov. Lagstiftningsarbetet kom genom HD-remisserna att stanna upp. Ytterligare ett bakslag var att den tidigare kodifikationsvänlige Karl XIV Johan kom på andra tankar. Liberalismen fick dock en uppsving genom Karl XIV Johans son Oskar I, vilket ledde till ett antal liberala reformer, bl a att ståndssamhällets privilegierade domstolar avskaffades. Oenigheten mellan konservativa och liberala fortgick dock under 1840- och 1850-talet och omöjliggjorde ett fullständigt lagreformsarbete och skapandet av en stor svensk kodifikation gick om intet.⁴⁴

⁴⁴ Modéer, Historiska rättskällor i konflikt - En introduktion i rättshistoria (2010 A) s 152 - 157

3 1900-talet – mot ett modernare samhälle

Framväxten av det moderna svenska samhället tog ordentlig fart under tidsperioden 1890-1920. De grundläggande målen för det moderna samhället var att republiker skulle ersätta monarkierna, det socialistiska klasslösa samhället skulle ersätta det borgerliga klassamhället, män och kvinnors ställning i samhället skulle jämföras samt att kyrkan och staten skulle gå skilda vägar. 1900-talet är känt som modernismens århundrade och modernitetens ideologier växte fram som en reaktion mot 1800-talets konservatism och kom därför att vara mycket traditionskritisk. Detta ledde till att den Historiska skolan kom i skymundan och istället riktades blicken mot den föränderliga gällande positiva rätten. Blickarna riktades även mot framtiden och med en politisk vision om att skapa ett bättre samhälle för kommande generationer. Lagen skulle vara konkret och verklighetsanknuten, vilket i sig var en reaktion mot 1800-talets idealism. Det rättsliga och politiska klimatet präglades av maktkampen mellan progressiva framtidsplaner och konservativ nationalromantisk idealism.⁴⁵ Den tyske sociologen Max Weber (1864-1920) har förklarat moderniseringsprocessen som världens avmystifiering eller avförtrollning. Denna tanke går dock att återfinna redan i det kommunistiska manifestet från 1848. Weber menade att hans samtid utöver avmystifieringen präglades av rationalisering och intellektualisering som inte kunde förstås utifrån någon given mening eller givna värden utan kunde bara ses utifrån en teknisk och vetenskaplig synvinkel. Detta skulle leda till att en värld som går att förstå och förklara, och därmed är möjlig att behärska. De främsta drivkrafterna bakom den sekulära rationaliseringsprocessen var enligt Weber kapitalism och byråkratisering. I enlighet med Webers tes är det enda som kan diskuteras rationellt fakta. Moral och andra värden lämnas således utanför som icke-rationella. Förvisso kan effekterna av olika värden diskuteras, men värdena i sig kan inte diskuteras rationellt. Weber uppställer målrationalitet och värderationalitet som två idealtyper av det mänskliga handlandet. Med det moderna samhällets framväxt kom målrationaliteten,

⁴⁵ Modéer (2009 A) s 18-19, 23-24, 63, 65

med inriktning på måluppfyllelse och nyttotänkande, att härska i samhället på bekostnad av värderationalismen, vars syfte var att leva upp till värderingar, normer och värden. Det vetenskapliga arbetet skulle koncentrera sig på fakta och därmed faller värden utanför vetenskapens sfär. Weber framhåller att det är viktigt att vetenskapen håller sig oberoende av livsåskådningar och värden och kan på intet sätt uttala sig om dem. Det råder en ständig kamp mellan olika värdesystem och därför är det omöjligt att på vetenskaplig basis ställa sig för eller emot endera system. Webers slutsats är att en tydlig åtskillnad måste göras mellan värdeomdömen och empirisk kunskap. Detta innebär även att politik och vetenskap ska hållas strikt åtskilda, ett motsatspar som kan jämföras med skillnaden mellan kunskap och känsla. En vetenskapsman kan förvisso undersöka relationen mellan medel och mål, men han kan inte bedöma riktigheten i målen som sådana. Weber framhåller att verkligheten i sig själv inte innehåller några värderingar, utan det är människan som tillskriver verkligheten värden och mening. Med detta synsätt innebär moderniseringsprocessen att verkligheten objektifieras och töms på inneboende mening och värden. En konsekvens av moderniseringsprocessen kan återfinnas i den skillnad som uppstår mellan ämbetsmannen och politikern. Politikern uppställer politiska mål medan det är upp till ämbetsmannen att förvalta dessa mål, vilket kan innebära att ämbetsmannen är skyldig att utföra order som egentligen går emot hans egen uppfattning. Ämbetsmannen tar inte ställning och ska inte blanda in sina egna värderingar utan ska enbart utföra de uppsatta politiska målen så effektivt och rationellt som möjligt. Det är politikern som hålls ansvarig för målen och den förda politiken, inte ämbetsmannen. Eftersom politik och etik tillhör olika sfärer, behöver inte politiken någon moralisk legitimitet. Separationen mellan moral och politik är även det en del av moderniseringsprocessen. Politik hör till den offentliga, rationella sfären, medan moral förpassats till den privata sfären. Weber var en viktig författare för många av våra svenska tänkare, inte minst för Axel Hägerström.⁴⁶

Som en följd av modernitetens politiska och rättsliga visioner lämnades de äldre borgerligare samhällsgemenskaperna därhän och medborgarna delades

⁴⁶ Sigurdson, Den Lyckliga filosofin s 23-24, 27-30, Olsson, Vilhelm Lundstedt, folkrätten och rättsrealismen s 267

in i nya kollektiva framåtblickande begrepp: klass, nation, ras, kön och generation. I det nya urbana samhället, påverkat av socialismen, växte tankar om såväl klasslöshet, klasskamp och klassresa fram. Klasskoncepten ledde till segregation och klassmotsättningar i den nya stadsmiljön, t ex genom att särskilda områden byggdes dels för arbetarklassens, dels för den borgerliga medelklassen. En viktig del av samhällets modernisering var kvinnans frigörelse och suffragetterörelsens kamp för kvinnlig rösträtt. Begreppet generation kom att symbolisera det framåtblickande samhället, den äldre generationen ställdes mot den moderna nya ungdomen. Barn och ungdomar blev en del av moderniseringen genom att deras utsatta ställning kom att tydligt synliggöras i det urbana samhället, bl a genom ökad ungdomsbrottslighet, vilket väckte lagstiftarens uppmärksamhet. Sveriges första barnavårdslagstiftning och en särskild ungdomsstraffrätt skapades kring sekelskiftet. Av den svenska författaren Ellen Key utsågs 1900-talet till barnens århundrade och begreppet barnets bästa kunde återfinnas i många av de familjerättsliga reformerna. 1800-talets nationsbegrepp kom att kritiserats av den politiska vänstern. Identitet sprang inte längre från nationalstaten, utan gick utanför gränserna och istället var det klassbegreppet som skapade identitet. Nationalismen och romantiken kvarhölls dock inom ämbetsmannakulturen och domstolarna. Genom kolonialismen och imperialismen kom de darwinistiska teserna att ställas på sin spets. Detta återspeglades inom rättsväsendet bl a inom straffrätten genom Cesare Lombrosos teorier. Samer, tattare, romer och inte minst judar kom att drabbas hårt av de diskriminerande lagar som skapades. Ytterligare ett viktigt begrepp för sekelskiftet var demokrati, även om det skulle dröja ytterligare tjugo år innan dess totala genombrott. Grunden till demokratins genombrott i Sverige lades genom värnplikten, rösträtten och den obligatoriska skolgången. De reformer som genomfördes av grundlagen omfattade bl a avskaffandet av kungens röster i högsta domstolen och Lagrådets grundande. Kungens maktposition kom att allt mer ifrågasättas, vilket gick hand i hand med parlamentarismens successiva framväxt, som eskalerade med Borggårdskrisen 1914. Detta innebar ett steg bort från maktindelning och istället ett steg mot folksuveränitet och demokrati. Genom den allmänna rösträtten för såväl kvinnor som män, behörighetslagen som gav kvinnor tillträde till offentliga tjänster samt genom den nya

giftermålsbalken som gjorde män och kvinnor jämställda inom äktenskapet fick demokratin under första delen av 1920-talet sitt slutliga genombrott i det svenska riket. Undantaget från de offentliga tjänsterna var dock domartjänsten, då man ansåg att förtroendet för domstolarna skulle försvagas om kvinnor tilläts som domare. Först 1945 fick kvinnor tillträde även till dessa tjänster.⁴⁷

Sekulariseringen av samhället ökade allt mer efter sekelskiftet, vilket kom att synas främst inom familjerätten. I Sverige innebar sekulariseringen att staten kom att överta kyrkans sociala uppgifter, genom skapandet av det moderna folkhemmet. Kyrkans fattigvård och allmosor lämnades därhän och istället sköttes fördelningen mellan rika och fattiga genom social lagstiftning.⁴⁸

Sedan upplysningstiden kan två maktpoler sägas stå mot emot varandra, nämligen individuella rättigheter och kollektiva intressen. De individuella rättigheterna var förhärskande under större delen av 1800-talet. Dessa rättighetsanspråk drevs framåt av borgerliga revolutioner och konstitutionskrav. Mot slutet av 1800-talet och 1900-talets början skedde dock ett omslag mot den andra maktpolen. I den moderna socialstaten är det de kollektiva intressena och det allmännas bästa som dominerar. Ett exempel på de kollektiva intressena är fackföreningsrörelsen. Denna rörelse var kring sekelskiftet ingen självklarhet i Sverige, men genom en lagändring 1940 fixerades ett skydd i föreningsrätten för organiserade arbetstagare.⁴⁹

3.1 Följderna av det första världskriget

Efter första världskriget, då tusen och åter tusen soldater hade dött i skyttegravar och på slagfält, försattes Europa i ett djupt trauma, vilket ledde till att väsentliga delar av samhällsordningen föll samman. Saken gjordes inte bättre av massarbetslöshet, ekonomiska kriser och revolutioner. För den överlag missnöjda europeiska befolkningen framträdde de totalitära ideologierna som räddare i nöden och kom att bli särdeles inflytelserika

⁴⁷ Modéer (2009 A) s 66-73, 206

⁴⁸ Modéer (2009 A) s 205

⁴⁹ Modéer (2009 A) s 89 , Schmidt s 107, 110

under den oroliga tid som följde första världskriget. Man kan säga att totalitarismen utgjorde demokratiens motkraft, och framförde idéer om klasskamp och raskamp. Parlamentarism och representativ demokrati ratades av de totalitära regimerna som menade att endast de representerade ett verkligt och direkt folkstyre.⁵⁰

På initiativ från förenta staternas president Woodrow Wilson grundades 1920 NF, vid samma konferens bildades även ILO, en underorganisation till NF med syfte att verka för internationell social rättvisa. USA kom dock aldrig själv att bli medlem i NF, vilket anses vara en av huvudledningarna till att förbundet inte rönt någon större framgång. Syftet med förbundet var framförallt att arbeta för fred och nedrustning men även för social och ekonomisk utveckling. Inledningsvis kom förbundet att lyckas lösa ett antal tvister, bl a Ålandsfrågan, men förbundet visade sig vara för svagt för att kunna bibehålla freden vilket blev tydligt under 1930-talet. Förbundet stod handfallet och maktlöst inför de stora politiska kriserna och den allmänna upprustning som följde. Även försöken att stoppa Tysklands, Japans och Italiens aggressionspolitik fallerade och dessa tre gick även ur förbundet. Förbundet slutade att fungera vid krigsutbrottet 1939, men upplöstes officiellt först 1946. Sveriges anslutning till NF var inte helt oproblematisk och mycket kritik framställdes från de borgerliga partierna, främst framhölls att det var en stor svaghet för förbundet att det inte blev universellt. Dels höll sig USA utanför, dels hölls även Tyskland och övriga förlorande stater utanför. Således blev förbundet inte ens representativt för segrarmakterna. Kritik riktades även mot att anslutningen till förbundet inte var i samklang med den traditionella svenska neutralitetspolitiken, med hänvisning till förbundets sammansättning.⁵¹

Ett annat förbund, med kristna förtecken, som också hade fredsbevarande syften var den Paneuropeiska unionen som bildades under 1920-talet av Richard Graf Coudenhove Kalergi (1894-1972). Hans vision var att skapa ett ekonomiskt, politiskt och militärt enat Europa. Under mellankrigstiden

⁵⁰ Häthén s 214, 255-256

⁵¹ Andren, Maktbalans och alliansfrihet - Svensk utrikespolitik under 1900-talet s 45-46, Ishay s 207, Svenska FN-förbundet <http://www.sfn.se/fn-info/om-fn/fns-historia/nationernas-forbund-nf/> (20101229)

varnade han för ytterligare ett krig och förutspådde att Europa efter kriget skulle komma att delas av en osynlig gräns mellan ”a Soviet colony and an American protectorate”⁵². Inledningsvis kom Europas intellektuella och filosofer att stödja Coudenhove, men mottagandet i politiska kretsar var minst sagt ljummet. Den första Pan-Europa kongressen hölls i Wien 1927 med 2000 deltagare från 24 nationer, vilket blev det riktiga genomslaget för den Paneuropeiska rörelsen och dess vision om ett politiskt enat Europa. Coudenhove och hans rörelse sågs dock som ett hot av Hitler och paneuropeisk litteratur förbjöds efter att Hitler kommit till makten 1933. Coudenhove själv tog sin tillflykt till USA.⁵³

3.2 Den skandinaviska realismen

Från demokratins genombrott under 1920-talet fram till 1980-talet var rättspositivismen, rättsrealismen och Uppsalaskolan de dominerande skolorna inom svensk rätt. Filosofen Axel Hägerström (1868-1939) grundade tiden efter första världskriget Uppsalaskolan och hade som motto för sin filosofi den träffande latinska parafrasen ‘praetera censeo metaphysican esse delendam’, d v s ‘För övrigt anser jag att metafysiken bör förintas’. Rättsrealismen var en kritik mot den idealistiska synen på rätten och statsfilosofin som karaktäriserat 1800-talet och 1900-talets början. Hägerström menade att man inte skulle låta metafysiska begrepp så som värde, ändamål och vilja besudla vetenskapsbegreppet, vetenskap skulle ha verkligheten som föremål. Naturrätt och rättigheter, hävdade rättsrealisterna, fanns inte. Man menade att rätten enbart var en funktion av den politiska makten, och eftersom det inte fanns några objektiva rättigheter, stod det varje riksdagsmajoritet fritt att fylla rätten med önskat innehåll. Detta synsätt ledde till att de traditionella parallellställda begreppen ‘rätt och moral’ kom att åsidosättas och ersättas av ‘rätt och makt’. Lagarna utgjorde ett politiskt styrinstrument varigenom samhället skulle kunna styras mot nya politiska mål. Stor vikt lades vid sanktioner, d v s straff, skadestånd etc, och utifrån det resonemanget kunde juridiskt osanktionerade rättigheter inte existera. Två jurister som kom att bli trogna anhängare av Hägerströms filosofi var Vilhelm Lundstedt (1882-1955) och Östen Undén (1886-1974),

⁵² International Paneuropean Union, <http://www.paneuropa.org/> (20110101)

⁵³ International Paneuropean Union, <http://www.paneuropa.org/> (20110101)

båda innehavare av professurer i civilrätt vid Uppsala universitet under mitten av 1910-talet samt politiskt engagerade socialdemokrater, Lundstedt som riksdagsman och Undén som utrikesminister under efterkrigstiden. Andra jurister som kom att sluta upp bakom rättsrealismen var Karl Olivecrona och Per Olof Ekelöf. Norrmannen Frede Castberg (1893-1977) var en anhängare av naturrättsligt inspirerad idealism. Castbergs idealistiska resonemang ansågs dock av rättsrealisterna som metafysiskt, eftersom objektiv rättvisa enbart var en illusion. Uppsalaskolans glansdagar bör kunna placeras i efterkrigstidens första årtionden framdriven av bl a Olivecrona och Ekelöf. Under 1950-talet var rättsrealismen med sitt motstånd mot metafysiken allena rådande, naturrätt ville man inte höra talas om, eventuellt kunde dock rättigheter tolereras. Rättigheter sågs under denna period snarare som kulturella konventioner än som metafysiska föreställningar och kunde på sin höjd anses gagna en god sak. Denna inställning märktes inte minst vid EKMR's ratificering då utrikesminister Östen Undén intog en skeptisk hållning och det ansågs att svensk rätt "täckte mer än väl de behov som fanns i Sverige"^{54, 55}.

3.2.1 Axel Hägerström och framväxten av Uppsalaskolan

Axel Hägerström flyttade som ung till Uppsala för att studera till präst men kom att bli påverkad av 1880-talets radikalism. Han lämnade sina teologiska studier, övergav sin kristna tro och började studera filosofi. Från 1893 och framåt verkade Hägerström som docent vid Uppsala Universitet och mellan 1911-1939 som professor i praktisk filosofi. Hägerströms filosofi var medvetet radikal och han ville genom sin filosofi förändra världen och bygga samhället på en rationell bas. Tillsammans med Adolf Phalén (1884-1939) kom han att grunda Uppsalaskolan, som kan sägas vara en reaktion mot den tidigare idealistiska s k boströmska filosofin som influerats av den tyska idealismen. Christopher Jakob Boström (1779-1866) förespråkade en hierarkisk verklighetssyn med Gud som den högsta verkligheten. Denna idealism låg till grund för Boströms politiska filosofi vari monarken utgör samhällets högsta verklighet. Hägerström reagerade våldsamt mot denna

⁵⁴ Östling s 192

⁵⁵ Modéer (2010 A) s 208-209, Modéer (2009 A) s 203-204, 245-246, Bernitz (2009) s 12, Sigurdson s 46, Östling s 190,192

idealism och dess systemtänkande, kunskapsteori, metafysik, värdeteori och politiska filosofi. Hägerström menade att metafysik var inget annat än sofistikerade ordlekar som påstås vara förankrade i verkligheten, men som egentligen är fullständiga meningslösheter. Att förgöra metafysiken var ett absolut måste för att nå sanning och klarhet och har beskrivits som ett personligt kall för Hägerström. Hägerström menade att det överallt i det moderna samhället fanns rester av magiska föreställningar av animistisk karaktär. Dessa metafysiska föreställningar var farliga och skulle bekämpas. Värderingar var bara uttryck för känsla och det var ur tron på absoluta värden som såväl fanatism som oförsonlighet sprang. Nära förbunden med Hägerströms rättsfilosofi är hans värdeteori. I enlighet med sin värdeteori anser han att rättigheter och förpliktelser enbart är vidskepelse från förr. Vidare ställer sig Hägerström skeptisk till begrepp som rättfärdighet och människovärde, vilket grundar sig i hans syn på verkligheten. Enbart det som kan mätas, iakttas och vägas kan ses som verkligt, och eftersom rättfärdighet inte kan observeras kan det enbart vara en fantasiprodukt. Den av Boström framhållna högre verkligheten fick även den ta emot kritik från Hägerström, som menade att den verklighet som refererades till som den högre inte var objektiv utan enbart en produkt av individens egna känslor. Hägerström framhåller materialismen som ontologi, d v s att allt verkligt är av fysisk natur. Eftersom de andra verklighetsuppfattningarna är motsägelsefulla, vill han framhålla sin egen ontologi som den enda, eftersom det helt enkelt enligt Hägerström inte finns något lämpligt alternativ.⁵⁶

Etiska frågeställningar sysselsatte Hägerström under hela hans filosofiska bana. Den mest omtalade hägerströmska etiken är utan tvekan värdenihilismen, som Hägerström ansåg färdigutvecklad genom sin skrift Till frågan om den objektiva rättens begrepp från 1917. Denna värdeteori innebär att värdesatser inte kan vara sanna eller falska, utan enbart är uttryck för känslor hos dem som yttrar värdesatsen. Det som enligt Hägerström ansågs som den mest avgörande etiska frågan var egentligen inte vilken moral som de facto skulle förespråkas, utan vad som egentligen menas med moraliska utsagor, den s k formella frågan. Detta innebär att etik inte kan

⁵⁶ Olsson s 263 - 264, Sigurdson s 44 - 45, 49-51, 72

vara en lära i moral, utan enbart en lära om moral, den kan alltså inte vara normativ, enbart deskriptiv. Men var kommer då moralen ifrån? Hägerström menar att det är ett anpassningsfenomen som har sina rötter i samhällelig sedvänja som dess invånare tvingats in i och vant sig vid. Invånarna försonar sig med detta genom att seden upphöjs till ett absolut moraliskt bud, som bibehålls genom bestraffning. Det moraliska budet kommer därefter att allt mer förknippas med en viss verklighet som t ex 'Guds vilja', som även den kommer att absolutifieras. I samband med verklighetens absolutifiering kommer dock föreställningen om denna absoluta verklighet som högsta instans att allt mer utgöras av det inom människan existerande samvetet, men behåller sin absoluta karaktär. Vidare framhöll Hägerström en åtskillnad mellan värde och fakta, hur något bör vara och hur något de facto är. Han hävdade även det naturalistiska misstaget, d v s att ett 'böra' inte kan härledas från ett 'vara'. Konsekvensen av att alla har en inneboende moral borde enligt Hägerström bli att absolutifieringen av moraliska värden faller bort, och om samvetet, och inte något yttre, utgör den moraliska auktoriteten bör det leda till att moralen relativiseras. Samvetet uttrycker således vår högst personliga värdering och inte något absolut perspektiv som gäller universellt. När tron på moralens objektiva betydelse lämnas därhän kommer dock inte moralen i sig dö bort, enbart absolutifieringen, vilket enligt Hägerström kommer att leda till ett humanare samhälle, eftersom det inte kommer att krävas några sanktioner för att de absoluta moraliska buden ska efterföljas utan de kommer att efterföljas av människor p g a kärlek till sina högsta värden. Kritiken som framförts mot Hägerströms av-absolutifiering är att allt i så fall skulle bli tillåtet, så kallad praktisk nihilism. Denna kritik bemötte Hägerström med att påståendet 'allt är tillåtet' också är en moralisk värdering och kan således varken vara sann eller falsk. Vidare menade han att följden av kritiken mot den absoluta moralen inte blir omoral. Snarare ger det människor en möjlighet att agera utifrån sina känslor rörande vissa företeelser, och eftersom Hägerström menar att känslor utgör moralens grund leder detta till ett klagörande av hur det verkligen förhåller sig. Hägerström utgår från att människor, trots att det inte finns någon absolut plikt, kommer att agera med samhällets bästa för ögonen, bara hon vet vad det är. Detta kommer att ske, inte för att det är rätt att verka för samhällets bästa, utan för att det är rationellt att göra det.

Hägerströms slutsats blir att en moralisk utsaga, t ex 'det är orätt att döda', inte kan vara sann eller falsk. Med moralens genealogi som beskrivits ovan ville Hägerström försöka förklara varifrån tron på objektiva värden och moraliska utsagor kommer. Han menar att det är en rest av ett primitivt känslotänkande, som uppkommit genom social påverkan och uppfostran. I verkligheten existerar dock inga objektiva värden, den som påstår det eller att det finns sanna eller falska moraliska värderingar, gör sig enligt Hägerström skyldig till metafysik.⁵⁷

Det må så vara att Hägerström menar att moraliska värderingar inte kan vara objektivt sanna, men han framhåller även att de kan fylla en funktion i bildandet av samhällen, vilket utgör Hägerströms politiska filosofi. Moraliska värderingar har de facto kommit samhället till godo genom att fungera som tuktomedel men även eftersom de ingjutit förtröstan och hopp om det godas seger. Vidskepliga föreställningar av social betydelse, t ex tron på ett helvete, kallar Hägerström för 'sociala vidskepelse', där religiösa föreställningar dock inte är det enda exemplet. Social vidskepelse kan även återfinnas inom rättstänkandet genom föreställningen om den bindande karaktären hos en grundlag, folksuveränitet eller ett avtals giltighet. Dessa föreställningar är egentligen uttryck för mänskliga intressen menar Hägerström, det kan t ex ligga i någons intresse att vissa rättigheter framhålls som absoluta, när det egentligen ligger makt- eller klassintressen bakom den påstådda rättigheten. En social vidskepelse som lyfts fram som socialt nyttig är föreställningen om mänskliga rättigheter och människovärde eftersom det alltsedan 1700-talet har påverkat det västerländska tänkandet. Genom upplysningen flyttades de mänskliga rättigheterna och naturrätten från de sociala institutionerna till den enskilde individen i naturtillståndet, vilket innebar att institutionerna inte längre ägde någon gudomlig auktoritet över individen. Hägerström finner det intressant att föreställningen om mänskliga rättigheter har visat upp så många olika sidor och således kunnat utnyttjas till många olika syften och sociala idéer. Hans förklaring är att föreställningen om mänskliga rättigheter är en kombination av tradition och intresse. Traditionen håller föreställningen aktuell medan intresset gör att den kan anpassas till de egna syftena.

⁵⁷ Sigurdson s 52-58

Hägerström konstaterar att ”Den personliga värdighetens rättsidé är liksom alla idéer om en inre rätt endast en duk, som mänskliga intressen spänna över sig och som bildar sig efter dessa som kläderna efter kroppen. Så tånjbar är den, att även mordlusten själv kan dölja sitt ansikte därunder”⁵⁸. Tanken om mänskliga rättigheter har fyllt en social funktion genom samhällets reformation och i klasskampen genom att fungera som ett socialt kitt mellan samhällsklasserna och på så vis bevarat sammanhållningen i samhället. Men enligt Hägerströms resonemang har rättigheter endast en relativ och tidsbunden social nytta samt är knutna till föreställningen om individens autonomi. Den ökade kunskapen under 1800-talet om människan kom att leda till att föreställningen om en personlig värdighet ifrågasattes allt mer, vilket även hade konsekvenser för mänskliga rättigheter. Hägerström uttrycker det som att för ”Varje steg som vetenskapen tager vidare i denna riktning slår ytterligare en spik i den naturliga rättens likkista”⁵⁹. Föreställningen om en naturlig rätt är metafysisk i sin karaktär och kritiken mot mänskliga rättigheter hänger därmed ihop med den kritik som riktas mot metafysiken som sådan. Genom att klassmotsättningarna vittrar bort och ersätts av ett solidariskt intresse för samhällets fortbestånd är mänskliga rättigheter inte längre nödvändigt för samhället. Den eventuella normlöshet som kunde uppstå efter de mänskliga rättigheterna skulle motarbetas genom att inskränka de klasskillnader som återstod.

I det ovan angivna vari Hägerström framhåller mänskliga rättigheter som en socialt nyttig illusion härstammar från artikeln ‘Om sociala vidskepelser’ skriven 1913. I artikeln ‘Om social rättvisa’ från 1931 har Hägerströms inställning till rättigheter ändrats. I denna artikel skriver Hägerström att absolutifiseringen av värden har haft negativa följder, vilket bl a lett till att klasskampen blivit fanatisk. Han menar att om de sociala vidskepelserna, till vilka mänskliga rättigheter hör, tas bort kommer samhället att humaniseras. I den fanatiska kampen blir rättigheterna, och kampen i sig, något heligt. Den som då kämpar emot det heliga blir följaktligen demoniserad, vilket enligt Hägerström är ett farligt drag i rättighetstanken, eftersom de som strider för sin rätt gör sig själva till gudar och när det uppstår konflikter

⁵⁸ citerat efter Sigurdson s 62

⁵⁹ citerat efter Sigurdson s 63

mellan absoluta värden kommer de inte att sluta förrän motståndet är förintat.⁶⁰

3.2.2 Att följa i fotspåren – Vilhelm Lundstedt

Axel Hägerströms kanske mest välkände lärjunge Vilhelm Lundstedt gjorde i ett tal på socialdemokraternas partikongress 1924 ett tydligt avståndstagande från folkrätten och hela den internationella rättsordningen och menade att den på intet sätt hade med rätt att göra. Folkrätten ansågs bidra till nationalism och chauvinism och låg i vägen för framväxten av en förnuftig rättsordning. Rättsrealisten Lundstedt erkände enbart rättsregler som var försedda med sanktioner, och således var faktumet att det i hans samtid saknades en internationell domstol en framträdande anledning till hans ingripande kritik av folkrätten. Så länge det inte fanns någon verkligt dömande makt, fanns det inte heller någon internationell rättsordning. På den socialdemokratiska partikongressen 1924 yrkade Vilhelm Lundstedt ”att partikongressen måtte besluta uppdraga åt partistyrelsen: 1. att utarbeta ett program för internationell rättsordning på socialdemokratisk bas, d. v. s. på basen därav, att, oberoende av alla abstrakta och därför överkliga rättsföreställningar, den allmänna välfärden, välfärdssamhällets intressen måste gå före den enskilda statens intressen, hur mycket dessa än hittills varit höljda i rättigheternas förföriska mantel; 2. att därefter med största energi och bestämdhet verka för, att av socialdemokratien i alla länder kravet omedelbart och effektivast möjligt reses på inrättandet av såväl en internationell domstol med absolut auktoritet, dömande efter en nu nämnd internationell rättsordning som, i samband med krav på allmän avrustning, av en internationell ordningsmakt avsedd att stå till denna domstols förfogande”⁶¹. I sin bok *Folkrätten - en livsfara för folken* utgiven 1937 fortsätter Lundstedts kritik mot folkrätten och ”Vad som gör denna folkrätt så livsfarlig för människorna, det är just suveräniteten och därmed sammanhängande föreställningar om rättskränkningar och om staternas rättigheter att gent emot rättskränkaren hävda rätten och rättfärdigheten. Staternas egna livsintressen bliva alltid till deras rättigheter”.⁶² Lundstedts uttalande visar även på hur strömningarna gick inom den svenska

⁶⁰ Sigurdson s 60 - 64

⁶¹ Lundstedt (1924), *Internationellt socialistiskt samarbete för freden* s 279-280

⁶² Lundstedt (1937), *Folkrätten - en livsfara för folken* s 22

socialdemokratin, även om hans syn på folkrätten inte till fullo kom att delas av partiet. Lundstedt var dock i samklang med det rådande rationalitets- och nyttotänkandet som länge varit dominerande inom socialdemokratin och kom att bli betydelsefull för socialdemokratins syn på reglering och rätt. Under åren 1929 till 1948 var Lundstedt socialdemokratisk ledamot av riksdagens andra kammare. Avgörande för Vilhelm Lundstedts avtryck i den svenska rättsfilosofin var hans möte och relation med Axel Hägerström. Det första mötet skedde samma år som Lundstedt tillträtt professuren i romersk rätt och civilrätt vid Uppsala universitet. Lundstedt, som inte hade några större kunskaper inom rättsfilosofi, kom att ingå i Hägerströms innersta krets och blev delaktig i att utveckla och utforma den skandinaviska rättsrealismen, som även är känd som Uppsalaskolan. Lundstedt var skoningslös i sin argumentation och i sina angrepp mot de befintliga rättsvetenskapliga begreppen. Han menade liksom Hägerström att det inte fanns några universella rättigheter eller skyldigheter, vilket ibland föranledde hårt motstånd då det gick emot den teoretiska grund som många jurister och rättslärdade stödde sig mot. Lundstedts syfte med sina teorier var hans önskan att påvisa de verkliga maktförhållandena som dolts bakom metafysiska föreställningar och inte så mycket i striden med rättfärdighetstanken som sådan.⁶³

Lundstedts lösning på hur rättsvetenskapen skulle befrias från metafysik och vidskepelse var att införa en rättsvetenskaplig teori om samhällsnyttan, som skulle ersätta den rådande liberala rättsideologin. Denna lösning skulle främst fungera som en tolkningsprincip för rättsvetenskapen men även för domstolarna. De existerande tolkningsmetoderna som baserades på rättsmedvetandet, d v s idén om att människan har av naturen givna rättigheter och skyldigheter, dög inte enligt Lundstedt då de grundade sig i överkliga föreställningar. Motivet till en stats rättsordning kunde enligt Lundstedt inte återfinnas i metafysiska föreställningar om rättvisa. Bidragande till den mänskliga sammanhållning är rättsordningen, som finns för samhällets skull. Således är samhällsnyttan motivet till rättsordningen argumenterade Lundstedt. De lagar som stiftades skulle vara till nytta för samhället i stort och det var således i detta samhällsintresse som lagarna

⁶³ Olsson s 260-263, 268

skulle tolkas. Tolkning fick inte ske utifrån enskilda intressen eller klassintressen, eftersom det skulle förefalla korrupt. Man kan se tydliga paralleller mellan Lundstedt resonemang och den socialdemokratiska visionen om folkhemmet, vari statens uppgift var att tillgodose samhället med välstånd och vällevnad.⁶⁴

⁶⁴ Olsson s 265-267

4 Naturrättsrenässans, EKMR och det svenska utanförskapet

4.1 Naturrättsrenässans

Skadorna efter det andra världskriget var om möjligt ännu större än efter det första, civilbefolkningen drabbades hårt och massutrotningen av Kontinentaleuropas judiska befolkning var en ofattbar katastrof. I Tyskland var förödelsen som värst och det fanns ingen möjlighet att fortsätta eller att få kontinuitet. Istället fick man börja om på nytt, visarna ställdes tillbaka till 'stunde null'. Man insåg att radikala förändringar skulle krävas för att ytterligare krig skulle förhindras. Naturrättens tro på eviga värden kom att få en renässans i efterkrigstidens Europa som en motreaktion till den politiskt anpassade rättsdoktrinen och rättsvetenskapen som funnits i Tredje riket. Man ifrågasatte om den stat som utgjorde Tredje riket verkligen var en rättsstat och om lagarna verkligen utgjorde 'rätt' i enlighet med den dominerande positivistiska läran. Det fanns en stark önskan att återupprätta the rule of law, rättsstaten, och många sökte inspiration och ledning i upplysningens naturrätt och rättsfilosofier såsom Locke och Montesquieu. Även den amerikanska författningen och dess rättighetsförklaring från 1790 var en viktig förebild. Den amerikanska demokratisynen, med fokus på den enskilda medborgarens rättigheter och det konstitutionella skyddet för denna åtnjuter genom de oberoende domstolarnas övervakning, har överlag spelat en stor roll för efterkrigstidens europeiska utveckling. I behovet att söka sig bortom modernitetens totalitära stater sökte man sig även bakåt till de medeltida renässansdiskurserna och rättigheternas djupstrukturer, vilket framförallt var ett perspektiv som den romersk-katolska kyrkan och dåvarande påven Johannes Paulus II bidrog med. Rättshistorikern Helmut Coing gjorde försök att återinföra naturrätten, inte minst genom sin bok *Die obersten Grundsätze Rechts*, och ansåg att positivismen skulle lämnas därhän och istället skulle en rättsuppfattning som bygger på idén att rätten är bunden till fasta etiska värden tillämpas. Rättens giltighet skulle göras beroende av dess förhållande till en, som Lyles uttrycker det, 'super-positive

norm' som utgör en högre nivå av rättvisa. Den s k 'Radbruchska formeln' var utmärkande i den rättsvetenskapliga naturrettsskissen som präglade 1940-talets slut. Formelns namn, den tyske juridikprofessorn och socialdemokratiska justitieministern i den forna Weimarrepubliken Gustav Radbruch, avsattes efter Hitlers maktövertagande 1933 från sin professur i Heidelberg, men återinsattes efter kriget. Diskussionen väcktes i samband med Nürnberggrättegången 1946 när andra världskrigets krigsförbrytare ställdes till svars för att ha startat ett anfallskrig och för brott mot mänskligheten. Det kom även att föras en process mot Tredje rikets jurister i Nürnberg, de s k juristprocesserna, för att de blint följt och tillämpat lagarna utan att reagera mot deras orättfärdighet. Hade domare en moralisk skyldighet att ifrågasätta formellt giltiga lagar och stred det i så fall inte mot allt de lärt sig, d v s att följa lagen? Radbruch, som var anhängare av rättspositivismen, menade att en domare de facto var bunden att tillämpa även sådan lag som förvisso är 'orätt', så som Hitlers nationalsocialistiska lagstiftning. Orätta lagar utgör en konflikt mellan rättssäkerhet och rättvisa, vilket enligt Radbruch är en rättvisans konflikt med sig själv. Det fanns dock en gräns för domarens bundenhet: "När den positiva rättens oriktighet når en sådan omfattning, att den genom den positiva rätten förborgade rättssäkerheten i förhållande till denna oriktighet inte längre är i jämvikt: i ett sådant fall får den orätta positiva rätten vika för rättvisan."⁶⁵ De lagar som uppenbart stred mot de mänskliga rättigheterna skulle domarna inte tillämpa, vilket är regeln som utgör 'Radbruchs formel'. Radbruch kritiserade även rättspositivismen eftersom den gjort folket, och även juristerna, maktlösa inför godtyckligt skapade lagarna. För att undvika återkomsten av orättstaten krävdes att moraliska element skulle inkluderas i rättsbegreppet. Naturrettsskissens uppgång följdes dock snart av dess fall. De metafysiska föreställningarna och tron på 'rättvisa' kritiserades, återigen med rationella argument, redan under början av 1950-talet. Naturrettens återkomst avfärdades som en del av efterkrigstidens återhämtningsprocess. Naturrett var en önskedröm och en illusion som folk famlade efter i sitt sorgearbete. Men faktum kvarstod att efter alla de kränkningar som skett mot folkrätten under kriget fanns ett behov att synliggöra dess principer vilket resulterade i skapandet av Förenta

⁶⁵ citerat ur Modéer (2009 A) s 259

Nationerna 1945 och deklarationen om de mänskliga rättigheterna 1948. I Europa grundades Europarådet och dess fri- och rättighetsdeklaration EKMR utformades. Efterkrigstiden kom att, som en reaktion mot de totalitära rättssystemens åsidosättande av de individuella mänskliga rättigheterna till fördel för det allmännas bästa, betona det mänskliga värdet hos varje enskild individ. Begreppet mänsklig värdighet återfinns i preambeln till den tyska grundlagen och även i Sverige kom begreppet att ha betydelse inom socialrätten. Brotten mot mänskligheten ledde till att olika rättighetsprojekt utvecklades, som t ex Marshallplanen, men även grundandet av FN, som Sverige blev medlem av 1946. Denna gång, till skillnad från NF, underströks vikten av att stormakterna deltog, d v s USA, Kina och dåvarande Sovjetunionen, och att det fanns en grundläggande överenskommelse rörande internationella frågor mellan medlemmarna som kunde understödja det fredsbevarande syftet men som även innehöll sanktionsbestämmelser. Medlemskapet skulle vara globalt och vara tillgängligt för alla fredsälskande stater. FN-stadgan som skapades 1945 utgjorde inledningsvis den centrala stadgan för mänskliga rättigheter, men genom åren har rättighetsskyddet utökats och konkretiserats. 1948 antogs Förenta Nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna och nästan trettio år senare (1976) trädde de två konventionerna om medborgerliga och politiska rättigheter respektive ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter i kraft. Deklarationen tillsammans med de två konventionerna skapar tillsammans the International Bill of Human Rights och utgör stommen i fri- och rättighetssystemet.⁶⁶

4.2 Europarådet och EKMR

Samtidigt som FN:s arbete för att främja och stärka mänskliga fri- och rättigheter ägde samma arbete rum i Europa, vilket resulterade i Europarådets grundande 1949. I Europarådets stadga anges vidmakthållande och vidareutveckling av mänskliga fri- och rättigheter som några av rådets uppgifter. Under Europarådets första rådgivande församling i september

⁶⁶ Bernitz (2009) s 14, Häthén 256, Ishay s 179, 214, Modéer (2009 A) s 258-259, 265-268, 271-273, 324, Modéer, Kristendom kap 10, Lyles, A call for scientific purity - Axel Hägerströms critique of legal science s 639, Steiner et al, International human rights in context - Law, Politics, Moral s 133, Östling s 193-194
Regeringen, <http://www.regeringen.se/sb/d/2464> (110102)

1949 fattades beslut om att utarbeta ett förslag till en konvention som skulle omfatta ett antal av de rättigheterna som återfinns i FN's rättighetsförklaring från 1948. En expertkommitté tillsattes och redan 1950 öppnades konventionen för undertecknande. Europeiska konventionen av 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna trädde i kraft 1953 efter att den ratificerats av tio stater, bl a Sverige. De fri- och rättigheter som stadfästs i konventionen och dess tilläggsprotokoll tillförsäkras varje person som befinner sig under någon av konventionsstaternas jurisdiktion, man behöver således inte vara medborgare i den aktuella staten. Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, förkortat Europadomstolen, är en internationell domstol med en heltidsarbetande domare från varje medlemsstat, och det centrala organ som ansvarar för tolkning och vidareutveckling av konventionens bestämmelser. Under åren har en väl tilltagen praxis utvecklats. Såväl fysiska som juridiska personer har klagorätt till Europadomstolen rörande bristande konventionsefterlevnad hos en medlemsstat, avseende både lagstiftningens utformning och myndigheters tillämpning av densamma. Även en medlemsstat kan väcka talan mot en annan medlemsstat, men detta utnyttjas högst sparsamt. EKMR och dess klagoinstitut och domstol var de första av sitt slag och är än idag det juridiskt mest utvecklade fri- och rättighetssystemet i världen omfattande omkring 30 procent av världens nationer.⁶⁷

4.2.1 EKMR i Sverige

EKMR undertecknades av Sverige 1950 och ratificerades 1952. I propositionen anser man att Europarådet, tillskillnad från FN, består av stater med en mer enhetlig syn på de mänskliga rättigheterna. Man ansåg inte att, efter en presentation och genomgång av de i konventionen upptagna rättigheterna, att det fanns några hinder för Sverige att ansluta sig till konventionen. I samband med ratifikationen erkändes kommissionens kompetens att motta klagomål från enskilda individer. Europadomstolens jurisdiktion erkändes däremot inte i samband med ratifikationen, man ville först se om domstolen jämte kommissionen fyllde någon praktisk funktion.

⁶⁷ Bernitz (2009), s 14- 16, Steiner et al, s 933, SOU 1993:40 del B, s 8

Först 1966 (SOU 1966:33) erkändes Europadomstolens kompetens att motta enskilda klagomål.⁶⁸

Som undertecknande part har man att tillämpa den teknik man anser mest lämplig vad avser att uppfylla åtagandena i konventionen, eftersom det inte finns någon allmän folkrättslig regel om hur det ska gå till. EKMR innehåller inte heller någon sådan bestämmelse. I vissa länder blir internationella överenskommelser automatiskt del av landets rättsordning och kan tillämpas direkt av landets domstolar och myndigheter. Så var inte fallet i Sverige utan här tillämpades dels transformation och dels inkorporering för att införliva EKMR. Vid transformation undersöks huruvida det föreligger så kallad normharmoni, om det inte gör det omarbetas konventionsbestämmelserna till svensk författningstext. Inkorporering innebär att det i svensk lag föreskrivs att en viss konvention ska vara gällande i Sverige. När Sverige tillträdde EKMR i början av 1950-talet ansågs konventionen redan vara uppfylld utan att ny lagstiftning stiftades eller att gammal lagstiftning ändrades. Denna inställning hävdades under en lång tid av Sverige, men i samband med att antalet fällande domar mot Sverige ökade visade sig denna uppfattning inte vara helt korrekt.⁶⁹

Eftersom det skulle innebära stora lagtekniska svårigheter avvisades under 1970-talets rättighetsdebatt förslag på att inkorporera EKMR i svensk rätt. Vare sig EKMR eller Europadomstolen kom att uppmärksammas nämnvärt i den svenska debatten under dess första årtionden. Detta ändrades väsentligt under 1980-talet då Sverige de facto fälldes av Europadomstolen i ett antal mål avseende kränkningar av äganderätten, utlänningsärenden, omhändertagande av barn, vissa rättssäkerhetsgarantier vid domstolsprövning samt domstolsprövning av förvaltningsbeslut. De fällande domarna satte fart på den svenska debatten och föranledde även vissa lagändringar. Det fall som haft störst betydelse för EKMR's genomslag i Sverige är fallet Sporrang och Lönnroth mot Sverige som avgjordes av Europadomstolen 1982. Fallet handlade om fastigheter som under en längre tid belagts med expropriationstillstånd och byggnadsförbud. Europadomstolen fann att en situation uppstått vari enskilda och allmänna

⁶⁸ Proposition 1951:165, s 3, 11, 14, SOU 1993:40 del B, s 11

⁶⁹ SOU 1993:40 del B, s 16

intressen hamnat i obalans. Bördan på de enskilda fastighetsägarna som de långvariga expropriationstillstånden och byggnadsförbuden gav upphov till ansågs orimlig. Det noterades även av domstolen att fastighetsägarna saknade möjlighet att få besluten omprövade eller rätt till ersättning. Europadomstolen dömde ut ett omfattande skadestånd till fastighetsägarna då de fann att det skett ett brott mot respekten för egendom samt brist på proportionalitet. Sporrang-Lönnroth målet väckte liv i den svenska debatten och visade att såväl Europadomstolen som EKMR kunde fylla en praktisk funktion även i Sverige. Statsminister Olof Palme välkända uttalande att han inte ville att Europadomstolen skulle bli en ”lekstuga för Gustaf Petrén”⁷⁰ föll så pass sent som 1983 med anledning av domen i Sporrang-Lönnroth målet. Sverige har blivit fälld vid ytterligare tillfällen på grund av bristande möjlighet att överklaga myndighetsbeslut till domstol. Att man kunnat överklaga till regeringen har inte ansetts uppfylla de uppställda kraven i EKMR art 6.1. Bernitz framhåller att de många fall som enskilda drivit mot Sverige, och fått rätt, ”visar att den tidigare vanliga uppfattningen, att Sverige har så högtstående rättsordning att den i huvudsak inte skulle beröras av Europakonventionen, var en klar felbedömning”^{71 72}.

Det har på senare år skett en förändring i HD’s förhållningssätt till EKMR och den forna misstänksamheten förefaller ha försvunnit. HD har i ett antal fall använt EKMR som grund i sin tillämpning och dömt ut skadestånd till enskilda med hänvisning till konventionen. Tillämpningen sker genom så kallad konventionskonform tolkning, d v s att svenska lagbestämmelser, även om praxis eller förarbeten säger annorledes, tolkas så att de uppfyller krav uppställda i EKMR, vilket innebär att en företrädesrätt för EKMR håller på att utvecklas. Ett tydligt exempel på detta nya förhållningssätt är det omtalade Åke Green-fallet. Pastor Green åtalades för hets mot folkgrupp då han i sin predikan uttalat sig synnerligen negativt om homosexuella, men frikändes av HD. Enligt svensk nationell rätt hade hans uttalanden förmodligen lett till en fällande dom, men HD gjorde en ‘sannolikhetsbedömning’ av uttalandena gentemot EKMR och

⁷⁰ Sterzel, Gustaf Petrén till minne. Publicerad i Våra rättigheter V -Rättighetsperspektiv, till minne av Gustaf Petrén (2007) s 14

⁷¹ Bernitz (2009) s 17

⁷² Algotsson, Grundläggande fri- och rättigheter. Publicerad i Svensk författningsspolitik s 42, Bernitz (2009) s 17

Europadomstolens praxis avseende art 9 (religionsfrihet) och art 10 (yttrandefrihet) och genom att frikänna pastor Green ansåg domstolen att den gjort en konventionsenlig tillämpning.⁷³

4.3 Sverige som stod utanför

När det andra världskriget nått sitt slut, återstod det för de deltagande nationerna, såväl förlorare som segrare, att bearbeta sitt krigshärjade förflutna. Detta innebar bl a diverse rättsuppgörelser, inte minst för Danmark och Norge. I Danmark skrev professor Alf Ross ett omtalat arbete om demokratins fördelar och i Norge blomstrade den idealistiska synen på rätten genom professor Frede Castberg som var mycket positivt inställd till de folkrättsliga rättighetskatalogerna. Sverige däremot bibehöll sin neutralitetspolitik som visat sig framgångsrik under kriget och några uppgörelser ansågs onödiga. Före fredslutet skedde ingen svensk förkastelse av den rättsliga utveckling som skett i nazismens Tyskland, det var först efter som man mer öppet gjorde fördömanden och man fann det utrett att "det nazistiska samhället hade vilat på en rättsvidrig grund"⁷⁴. Såväl de avskyvärda handlingar som företagits som den nazistiska rätten fördömdes. Man menade att nazismen vanställt den tyska rätten och dess lagar. Även om Nürnberggrättegångarna ansågs som både nödvändiga och rättfärdiga av svenska jurister i allmänhet, vilket gav en viss känsla av internationell samhörighet med övriga Europa, så dog intresset för efterkrigsprocesserna och det ockuperade Tysklands rättsutveckling ut redan 1947-1948. Överlag ansåg man inte i Sverige att man hade något rättsligt förflutet att göra upp med eller behövde utsätta sig för någon självrannsakan. Snarare sågs nazismens våldssamhälle som en bekräftelse på att den svenska rättsstaten och dess ordning utgjorde dess raka motsats. Östlings tes är att nazismens sensmoral snarare underbyggde och bekräftade den svenska rättsrealistiska traditionen. Följden av det svenska resonemanget var att till skillnad från framförallt Västtyskland men även Norge fick de naturrättsliga teorierna inte någon renässans i det svenska samhället. Neutralitetspolitiken och avsaknaden av rättsuppgörelser fick Sverige att avskämmas och hamna i ett utanförskap i förhållande till resten av Europa och sina nordiska grannar.

⁷³ Bernitz (2009) s 25-26, NJA 2005 s 805

⁷⁴ Östling s 183

Per Olof Ekelöf besökte ett juristmöte i Tyskland 1952 starkt präglad av naturrätt och diskussioner kring 'laglig orätt'. Ekelöf var kritiskt inställd till det hela, vilket han delgav en norsk kollega, vars svar blev att alla som varit med i kriget mer eller mindre var naturrättare. Denna anekdot bekräftar i sanning Sveriges utanförskap. Intressant att notera är att det var främst kristna politiska partier i Västtyskland, Frankrike, Nederländerna och Italien med ledare kraftigt påverkade av kristen naturrätt som kom att forma den gemensamma europeiska värdegrunden, vilket Sverige som sagt stod utanför. I kontrast till den dystra Europeiska kontexten spirade i Sverige en utvecklingsoptimism och direkt efter krigsslutet påbörjades uppbyggnaden av den svenska välfärdsstaten och Per Albin Hanssons 'Folkhem'. Under det regerande socialdemokratiska partiet kom Sverige att utvecklas till en stark nationell demokratisk rättsstat. Denna nya svenska modell var ett nationellt förankrat projekt, som inte hade något behov att följa några internationella förebilder. Den växande folkrätten ansågs inte heller, helt i enlighet med Uppsalaskolans lära, som juridik. I en allt striktare positivistisk rättskällevärdelse ansågs de politiska lagförarbetena utgöra den primära rättskällan. EKMR, trots ratificeringen 1952, anknöts inte till denna rättskällevärdelse. Det fanns hos det statsbärande partiet en skepsis mot konventionens naturrättsliga inslag, bristen på sanktioner och mot domstolen i Strasbourg. Det starka motståndet avtog dock något när utrikesminister och tillika rättsrealisten Östen Undén lämnade sin post 1962. Först därefter ratificerades tilläggsprotokollet som gjorde det möjligt för enskilda medborgare att föra talan mot staten. Även om Sverige därefter erkände domstolens jurisdiktion kvarstod den kritiska synen på densamma. Med ändamålsorienterad lagstiftning behöver tid och rum inte beaktas, vilket gjorde att internationell och komparativ rätt samt rättshistoria avfärdades som irrelevant. Den svenska efterkrigstidens rättskultur karaktäriseras av realism, pragmatism och positivism. Från internationellt håll kom den svenska välfärdsstaten att beskrivas i mindre smickrande ordalag, t ex ansågs den svenska lagen inte utgöra ett skydd för medborgarna utan snarare en tjänare till staten. Detsamma gäller domarna, vars lojalitet ansågs ligga hos staten, inte lagen, och att rättvisa för dem var att upprätthålla statens intressen.⁷⁵

⁷⁵ Bernitz (2009) s 13-14, Modéer (2009 A) s 257, 303-305, 311, Modéer, Den svenska och nordiska samhällsreligionen. Publicerad i Författningskulturer - Konstitutioner och politiska system (2009 B) s 183-184, Östling s 183, 185, 193, 197

5 Den svenska författningsrevisionen

Perioden mellan 1918-1975 har beskrivits som det författningslösa halvsekle, vilket beror på att 1809 års regeringsform då inte längre fyllde någon styrande funktion i samhället utan enbart fyllde en formell roll i organisatoriska frågor. Regeringsformen existerade fortfarande på pappret men motsvarade inte längre de konstitutionella realiteterna. Vid regeringsformens 150-årsjubileum framhölls att regeringsformen ”aldrig kommit att spela någon stor roll i folkmedvetandet”⁷⁶, inte heller har den åtnjutit någon större respekt från statsmakten. Såväl 1809 års RF som 1974 års RF har återkommande och i stor utsträckning varit föremål för ändringar, något som kommer att framgå nedan. Denna ändringsiver beskrivs som ”ett karaktistikum för svensk författningspolitik.”⁷⁷, vilket resulterat i att domstolarnas lagprövningsrätt förblivit liten. De överordnade normerna i grundlagen har istället ändrats av Riksdagen. Sveriges ökande europeisering och anslutningen till EU har dock inneburit att den rättsliga prövningen av normer gjort landvinningar.⁷⁸

Under de två decennier som följde efter andra världskriget växte behovet av en författningsrevision av 1809 års regeringsform. Att en revision behövdes aktualiserades av ett antal anledningar. Dels motsvarade 1809 års RF allt sämre författningspraxis, dels fanns inte något tillfredsställande skydd för rättigheter. Att fortsätta justera regeringsformen, vilket gjorts 1909 och 1920, ansågs inte tillräckligt då den åldrade regeringsformen innehöll ideologiskt besvärande konstitutionell tradition. Regeringsformen skulle vara informativ och medborgarna skulle enkelt kunna ta till sig hur riket styrdes. Så var onekligen inte fallet med 1809 års regeringsform, då det parlamentariska styrelseskicket baserades enbart på praxis. De medborgerliga fri och rättigheterna reglerades i 1809 års regeringsforms 16

⁷⁶ Sterzel, Författningens föränderlighet. Publicerad i Maktbalans och kontrollmakt - 1809 års händelser, idéer och författningsverk i ett tvåhundraårigt perspektiv (2009) s 476

⁷⁷ von Sydow, 1809 års författningsverk - vad kan vi lära för framtiden? Publicerad i Maktbalans och kontrollmakt - 1809 års händelser, idéer och författningsverk i ett tvåhundraårigt perspektiv (2009) s 526

⁷⁸ Sterzel (2009) s 470, 575-476, von Sydow (2009) s 511, 526-528

§, som var ålderstigen till sin karaktär och byggde i stort på medeltidens kungaæder och 1700-talets regeringsformer. Kraven på en reform av 16 § underblåstes av de totalitära regimernas agerande i det krigshärjade Europa men även på den svenska samlingsregeringens agerande under andra världskriget. Regeringen uppmanade pressen redan innan krigsutbrottet att iaktta försiktighet med uttalanden som kunde verka stötande för andra stater eller på något vis kunde skapa misstro mot den svenska neutraliteten. Regeringen hade försett sig med en fullmakt för att vid behov kunna reglera opinionsbildningen, vilket de utnyttjade 1941. Genom en grundlagsändring gavs statsmakterna och provisoriskt regeringen ensam möjlighet att införa censur och utgivningsförbud vid krigsfara. Vid krig gavs möjlighet att helt förbjuda utgivande. Censurlagstiftningen tillämpades aldrig, men förefaller ha verkat något avskräckande på pressen, och upphävdes 1945. Ett s k transportförbud infördes för att förhindra spridning av periodisk skrift, det kom dock att tillämpas sparsamt. Från 1940 konfiskerade regeringen, med stöd i tryckfrihetsförordningen men utan rättegång, periodisk skrift med innehåll som kunde tänkas vara stötande för främmande makt. Tryckfrihetens ställning i efterkrigstidens Sverige var stark vilket gynnade ett öppet och offentligt meningsutbyte. Den värdeneutrala samhällsetiken förstärktes genom införandet av religionsfrihetslagen (SFS 1951:680) var även negativ religionsfrihet stadfästes, d v s rätten att inte tillhöra något trossamfund, och religion sågs i allmänhet som en högst privat angelägenhet. I samband med skapandet av och Sveriges anslutning till folkrättsliga statuter såsom FN deklARATIONEN om de mänskliga rättigheterna och EKMR uppmärksammades frågan om ökat rättighetsskydd.⁷⁹

Innan andra världskrigets utbrott hemställde riksdagen om att regeringen skulle tillsätta en utredning angående grundlagsskydd för det svenska samhällets fundamentala principer. Detta resulterade i SOU 1941:20, den s k Tingstenska utredningen, som var ett revisionsinitiativ rörande 16 § RF, men som dock inte resulterade i någon lagstiftning. Syftet med utredningen var att ge uttryck för en mindre ålderstigen samhällelig värdegemenskap. Det föreslogs att principer som utgjorde samhällets fundament, d v s

⁷⁹ Hadenius et al, Sverige efter 1900 - en modern politisk historia s 175-176 , Häthén s 229 -230, Modéer (2009 B) s 178 - 179

mänskliga fri- och rättigheter, inte skulle kunna åsidosättas utan ändring i svensk grundlag. De principer som skulle införas var äganderätten samt förenings-, yttrande-, religions- och församlingsfrihet. Man menade att de principer som gällde i det svenska samhället dåligt kom i uttryck i den svenska grundlagen. Det framhölls att inget grundlagsskydd kommit till stånd eftersom ingen av dessa fundamentala principer utsatts för något riktigt hot. Frågan om domstolarnas lagprövningsrätt lyftes men avfärdas då man menade att domstolar inte ska ha så ömtåliga politiska uppgifter. Det framhölls även att den makthavare som är i stånd att åsidosätta grundlagen, med stor sannolikhet även kommer sätta domstolarnas lagprövningsrätt, om en sådan fanns, ur funktion. Konstitutionsutskottet framhöll att någon ändring vare sig i sak eller i form av 16 § RF, som sammanfattade sekler av erfarenhet, inte var aktuell. Vidare underströks att det som eventuellt skulle kunna vara aktuellt för grundlagsskydd var korta och klara principstadganden, inte någon rättighetskatalog eller nya specialgrundlagar.⁸⁰

1954 tillsattes Författningsutredningen vars uppgift var att se över de demokratiska funktionsproblemen och modernisera författningen. Redan inledningsvis visade det sig att det rådde delade meningar avseende flera av de viktiga frågorna, som t ex valsättet, kammarsystemet, folkomröstningsinstitutet, omfattningen av grundlagsskyddet för medborgerliga fri- och rättigheter samt lagprövningsrätten. Först 1961 uppnåddes en politisk kompromisslösning rörande det proportionella valsystemet och de medborgerliga rättigheterna, men i slutbetänkandet, SOU 1963:16-18, kunde enighet inte uppnås och några beslut kom inte att fattas i de mer kontroversiella frågorna. I utredningen framkom att 16 § i 1809 års RF förvisso kan anses upprätthålla de grundläggande principerna i samhället, d v s kravet på normmässighet och likabehandling av medborgarna. Utredningen ansåg dock att en ny grundlag skulle innefatta en mer omfattande och uttryckligare reglering av grundläggande fri- och rättigheter, närmare bestämt skulle rättigheterna få ett eget kapitel i den nya regeringsformen. Utöver förslaget om de grundläggande fri- och rättigheterna lade utredningen även fram förslag på att införa sociala

⁸⁰ Modéer (2009 B) s 178, SOU 1941:20, s 7-9, 11

rättigheter, t ex rätt till utbildning, arbete och social hjälp, ett stadgande som de noterade saknar motsvarighet i andra länder. De juridiska remissinstanserna ställde sig något aviga till Författningsutredningens förslag, främst kritiserades att rättigheterna skulle kunna inskränkas genom vanlig lag. Risker var då enligt Svea Hovrätt att det av ”den högtidligt proklamerade principen i verkligheten återstår föga mer än en vacker fras”⁸¹. Regeringsrätten framlade liknande kritik, men förefaller även ha varit kritiskt inställd till tanken med grundlagsskyddade rättigheter då ”Den synes ytterst bottna i ett äldre, naturrättsligt betraktelsesätt, som går ut på att dylika fri- och rättigheter kan till sitt innehåll definieras oberoende av övriga gällande rättsregler och sålunda ges en av rättsordningen oberoende existens”⁸². I slutbetänkandet enades man om att författningsutredningen skulle fortgå och en ny kommitté, Grundlagsberedningen, tillsattes 1966 och i och med den kan man säga att reformerna på rättighetsområdet kom igång på allvar.⁸³ Under denna period, under Olof Palmes första regeringsperiod 1969-1976, kan man se en tydlig politisering av rättslivet. Justitiedepartementet omvandlades till ett rättspolitiskt centrum för lagstiftningsfrågor under ledning av justitieminister Lennart Geijer och konsultativa statsrådet och forna hovrättsjuristen Carl Lidbom. Lidbom hade en särskild ställning och uppgift inom det socialdemokratiska partiet, då han ansågs vara deras ideolog inom juridiken. Under 1960-talet rådde en reformiver sporrad av den rådande högkonjunkturen och departementet var under 1960-talet och början av 1970-talet inne i en storhetstid. Skepsis mot domar- och advokat kåren ledde till avskaffandet av den obligatoriska lagrådsremissen 1971 samt inrättandet av statliga allmänna advokatbyråer 1973.⁸⁴

Enighet kunde uppnås avseende Grundlagsberedningens (SOU 1972:15) förslag om parlamentarismens införande i regeringsformen och revisionen av valsystemet och den nya regeringsformen trädde i kraft den 1 januari 1975. Genom regeringsformens portalparagraf 1 kap 1 § stadfästes folkstyrets suveränitet genom att all offentlig makt utgår från folket och

⁸¹ citerat efter Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd - svensk rätt i ett komparativt perspektiv s 604

⁸² citerat efter Nergelius s 605

⁸³ Häthén s 231, Nergelius s 603-605, SOU 1963:16 s 9, 31

⁸⁴ Modéer (2009 A) s 308-309

vidare i 1 kap 4 § stadfästas att folket företräds av riksdagen. Kring de medborgerliga rättigheterna fortsatte dock meningsskiljaktigheterna. I utredningen framhålls värdet av grundstenarna för det demokratiska samhällets funktionsförmåga, så som yttrandefrihet, personlig frihet, föreningsfrihet och församlingsfrihet. Dessa värden behöver inte tvunget åtnjuta grundlagsskydd menade man eftersom ”Så länge insikten om dylika världens betydelse är levande hos folkets flertal ligger däri med folkstyrt samhälle en stark faktiskt garanti för att de bli respekterade och skyddade av statsmakten”⁸⁵. Ett grundlagsskydd skulle i för sig kunna ge extra styrka till dessa intressen i tider då demokratin är utsatt för såväl inre som yttre hot. Att skapa ett tjänligt grundlagsskydd för fri- och rättigheter skulle dock utgöra en rättsteknisk svårighet. En rättighetskatalog ansågs inte som lämpligt ”eftersom samhället är underkastat ständiga och ofta snabba förändringar”⁸⁶ och skulle ”i hög grad reducera möjligheterna att i tid anpassa rättsordningen efter vad ändrade samhällsförhållanden kräver”⁸⁷. Att rättigheterna inte fick ett eget kapitel utan behandlades i samband med normgivningsmakten fick ta emot kritik från flera av de juridiska remissinstanserna, bl a advokatsamfundet och Svea Hovrätt. Regeringsrätten menade att man på detta sätt inte behandlade rättigheterna ur dess rätta synvinkel, d v s medborgarnas. Hårdast kritik riktades mot att de i grundlagen skyddade rättigheterna kunde begränsas genom vanlig lag. I propositionen (Prop. 1973:60) framgår att de rättigheter som ansetts särskilt viktiga för att medborgarna ska kunna verka politiskt gavs grundlagsskydd, vilket innebar skydd för yttrandefriheten, rätten till information, mötesfriheten, demonstrationsrätten, föreningsrätten, religionsfriheten, rörelsefriheten och den personliga friheten i övrigt. Vare sig departementschefen eller remissinstanserna hade i huvudsak något att invända mot detta urval. Det resultat man enades kring avseende rättigheterna i den nya regeringsformen var att den skulle innehålla klara och tydliga beskrivningar av de politiska fri- och rättigheterna samt den personliga friheten. Man enades även kring att begränsningar av dessa fri- och rättigheter skulle kunna ske genom lag antagen med sedvanlig enkel majoritet. Förvisso erkändes lagprövningsrätten men något stadgande därom

⁸⁵ SOU 1972:15 s 72

⁸⁶ SOU 1972:15 s 72

⁸⁷ SOU 1972:15 s 72

infördes inte i regeringsformen. Noterbart är att man i propositionen återgick till Författningsutredningens förslag om ett fri- och rättighetskapitel, som dock enbart kom att omfatta fyra paragrafer. Detta förslag kom att genomföras och 1974 års regeringsform fick ett rättighetskapitel, men riksdagen slog fast att regleringen av fri- och rättigheterna skulle fortgå.⁸⁸

Fri- och rättighetsutredningen tillsattes 1973 och dess slutbetänkande, SOU 1975:75, antogs och resulterade i att ytterligare fri- och rättigheter, bl a religionsfriheten, fick ett starkare skydd genom att ändring eller upphävning krävde grundlagsändring. Diskussion fördes kring huruvida ett målsättningsstadgande avseende medborgerliga fri- och rättigheter skulle införas i regeringsformens första kapitel. Lagprövningsrätten erkändes, men något stadgande därom infördes inte heller denna gång. Även frågan rörande begränsning av rättigheter var uppe för behandling. De borgerliga partierna vidhöll att en kvalificerad majoritet skulle krävas för att kunna begränsa rättigheterna. Socialdemokraterna i enighet med centern ansåg att man skulle ha ett judiciellt skydd i form av lagprövningsrätten i förening med en materiell metod, d v s med en uppdelning mellan absoluta och relativa rättigheter. Detta förslag hade stora fördelar då de ändamål för vilka rättigheterna fick begränsas tydligt kunde fastslås. I jämförelse med de två föregående utredningarna var remissinstanserna mindre kritiska, med undantag för att lagprövningsrätten återigen lämnades utan grundlagsskydd. I utredningen beskrivs även de grundläggande fri- och rättigheternas roll i ett demokratiskt samhälle. Fri- och rättigheter i sig beskrivs ge ”uttryck för värderingar som är oupplösligen förbundna med demokratins idéer. Deras betydelse för den enskilde och för folkstyrelsen belyses av att de ofta har uppfattats som något en gång för alla givet, något som faktiskt existerar utanför och oberoende av den vanliga rättsordningen”⁸⁹. Det främsta syftet med att fri- och rättigheter skulle regleras i grundlagen är att de grundläggande demokratiska värdena skyddas vid krislägen.⁹⁰

⁸⁸ Häthén s 232, Nergelius s 606-607, SOU 1972:15 s 72, Proposition 1973:90 s 237 - 243, SOU 1993:40 del A s 36-37

⁸⁹ SOU 1975:75 s 89

⁹⁰ Nergelius s 607-608, SOU 1975:75 s 89, 92, SOU 1993:40 del A s 37

Enighet rådde kring att utredningsarbetet skulle fortsätta och 1977 års Rättighetsutredning tillsattes av den borgerliga regeringen och fick bli i uppgift att lösa lagprövningsrättens utformning och se över förfarandet vid rättighetsbegränsande lagstiftning, resultatet presenterades i SOU 1978:34. För rättighetsbegränsande lagstiftning infördes ett speciellt kvalificerat beslutsförfarande, en fråga som drevs av Moderaterna och Folkpartiet. Moderaternas ansåg att det krävdes för att skydda riksdagsminoriteterna mot riksdagsmajoriteten, medan Folkpartiet menade att kvalificerad majoritet behövdes för att skydda demokratin från att en majoritet inte skulle kunna fatta förhastade beslut i kristider. Rörande denna fråga hävdade Socialdemokraterna riksdagsmajoritetens rätt och att folkets valda inte fick hindras att genomföra nödvändiga reformer, en ståndpunkt som kan härledas till det sociala välfärdsbygget som pågick för fullt under 1970-talet. Framför allt sociala rättigheter skulle tillförsäkras den enskilde genom vanlig lag, grundlagsreglering av dessa rättigheter skulle stoppa upp hela välfärdsbygget eftersom angelägna reformer inte skulle kunna drivas igenom. Avseende lagprövningsrätten infördes ett stadgande i regeringsformen, som dock var resultatet av en kompromisslösning mellan de fyra stora partierna vilken ledde till att paragrafen försågs med ett uppenbarhetsrekvisit. Detta rekvisit innebar att föreskrift beslutad av riksdagen eller regeringen fick åsidosättas endast om grundlagsstridigheten var uppenbar. Socialdemokraterna menade att folkets makt och riksdagens suveränitet var i farozonen om domstolarna tilldelades lagprövningsmakt. De borgerliga partierna menade å andra sidan att kontrollen av rättigheternas upprätthållande inte kunde skötas av samma riksdag som rättigheterna skulle skydda medborgarna mot. Det var lämpligare om opartiska domstolar fick rätt att undersöka huruvida en rättighetsinskränkning var i enlighet med grundlagen eller inte. Överlag existerade vissa motsättningar mellan partiblocken vad avsåg fri- och rättigheternas grundlagsskydd. De borgerliga partierna, helt i enlighet med mer liberala tankegångar, arbetade för ett ökat grundlagsskydd för rättigheter. De menade att statsmaktens beslutanderätt och möjlighet att påverka den enskilde medborgaren skulle begränsas. Den enskilde skulle helt enkelt slippa statlig inblandning i den privata sfären. De socialistiska partierna argumenterade istället för medborgarnas rätt till arbete, bostad och social trygghet. Väsentligt var att

när utredningen lämnade sitt betänkande 1978 rådde enighet mellan de fyra stora partierna, vilket inte hade varit fallet 1975. Utredningens förslag genomfördes således utan större motsättningar i konstitutionsutskottet, riksdagsdebatten eller bland remissinstanserna (Prop. 1978/79:195). Enighet hade uppnåtts avseende lagprövningsrätten, det kvalificerade beslutsförfarandet vid rättighetsbegränsande lagstiftning samt avseende omfattningen av lagrådets granskning, frågor som 40 år av utredningar tidigare inte kunnat enas kring.⁹¹

Kompromisslösningarna i slutet av 1970-talet stoppade inte borgarna från att framställa ytterligare krav på fri- och rättighetsområdet, särskilt inte avseende grundlagskydd för äganderätten. Även lagprövningsrätten skulle utredas, då den ansågs för restriktiv och dåligt utformad. Den borgerliga fyrtipartiregeringen tillsatte i början av 1990-talet Fri- och rättighetskommittén (SOU 1993:40) vilket inte resulterade i någon förstärkt lagprövningsrätt eller inrättande av en författningsdomstol, men däremot ett ökat skydd för äganderätten samt inkorporeringen av EKMR i svensk rätt, något som medlemmarna i kommittén var helt eniga kring. Således hade fyra stora riksdagspartier bytt åsikt om man jämför med 1970-talets mer aviga inställning till införlivandet av EKMR i den svenska rättsordningen. En paragraf infördes i regeringsformen om att lag eller annan föreskrift ej får meddelas i strid med Sveriges åtaganden enligt EKMR, dock tillerkändes den ej grundlagsstatus eftersom det skulle innebära en dubbelreglering på grundlagsnivå av en del rättigheter. Om konflikt skulle uppstå mellan konventionen och regeringsformen skulle konventionen i egenskap av senare inrättad lag då ges företräde, vilket ansågs mindre lämpligt av utredningen. EKMR tilldelades dock en särskild betydelse, för att undvika lex posterior-principen, genom att det i regeringsformen infördes stadgande om att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med EKMR. En inkorporering av EKMR ansågs i allmänhet stärka rättighetskyddet eftersom det gavs uttrycklig möjlighet för domstolar och myndigheter att direkt tillämpa konventionen, vilket tidigare bara uttryckts i HD's praxis. Domstolar och myndigheters möjlighet att direkt tillämpa konventionen skulle även innebära att fler mål rörande rättigheter skulle kunna

⁹¹ Algotsson s 33-35, Häthén s 323-233, Nergelius s 608-609, SOU 1993:40 del A s 37-38

slutbehandlas i Sverige och således skulle i större utsträckning den långvariga processen i konventionsorganen kunna undvikas. I utredningen framhålls dock att det fortfarande var lagstiftarens uppgift att se till att svensk rätt och praxis överensstämde med EKMR, även efter att konventionen inkorporerats i svensk rätt. Vad avsåg domstolarna och myndigheterna skulle deras tolkning av konventionen ske med försiktighet. Inkorporeringen skulle tydligt visa vilken betydelse och vilken status EKMR hade i Sverige och i den svenska rätten. Ytterligare en anledning var den stundande EU-anslutningen eftersom EKMR's regler genom praxis hade erkänts som grundläggande rättsprinciper inom EU-rätten och att inte inkorporera EKMR skulle föranleda stor osäkerhet hos rättstillämpande organ.⁹²

Skyddet för de medborgerliga fri- och rättigheterna i en rättighetskatalog utgör den mest markanta skillnaden mellan 1809 års RF och 1974 års RF, en utveckling som påverkats och framdrivits av den europeiska debatten och Europakonventionen och inte så mycket av en svensk inhemsk diskussion. Ytterligare en stor skillnad mellan de båda regeringsformerna utgör maktodelningslärans uttåg och folksuveränitetsprincipens intåg. Regeringsformen och EKMR har sina skillnader, men även sina likheter och överensstämmer i många delar, eftersom man under 1970-talet vid utformningen av regeringsformen i mångt och mycket använde EKMR som förebild. Undersökningar har visat att EKMR tillämpas mer och ger ett bättre rättighetsskydd än regeringsformen, dels genom att Sverige blivit fälld i Europadomstolen flertalet gånger och dels för att svenska domstolar i större utsträckning åberopar EKMR än regeringsformen.⁹³ Bernitz ifrågasätter dock om det inhemska fri- och rättighetsskyddet verkligen utgör en levande del av den svenska konstitutionella rätten, med undantag för det i grundlagen stadgade skyddet för yttrande- och tryckfrihet. Han pekar på att många av de rättighetsstadganden som återfinns i regeringsformen är relativt okända för allmänheten och dessutom aldrig blivit prövade av domstol vilket innebär att deras räckvidd och omfång är något oklar. Förklaringen till detta kan enligt Bernitz härledas till 1978-79 års kompromisslösning som

⁹² Algotsson s 35-36, 42-44, Nergelius s 609, SOU 1993:40 del B s 127

⁹³ Häthén s 234, Modéer (2009 A) s 310

innebar att lagar och förordningar får åsidosättas endast om det är uppenbart att de är grundlagsstridiga. Det finns även en historisk förklaring till detta, då regeringsformen i Sverige genom tiderna setts som en reglering av den politiska maktens göranden och låtanden och inte som något skydd för den enskilde medborgaren gentemot det allmänna.⁹⁴

⁹⁴ Bernitz (2009) s 13

6 Steget in i den europeiska rättskulturen

Sekelskiftet in i det nya millenniet präglas, liksom förra sekelskiftet, av teknikens framsteg med allt från mobiltelefoner till Internet. Tekniska framsteg, informationssamhället och eroderingen av nationalstaten p g a övergången till allt mer överstatliga lösningar, har gett nya rättsliga konsekvenser och krävt nya rättsliga modeller. Socialdemokratin som haft ett fast grepp om Sverige som modernitetens bärande politiska ideologi, har tappat mark till en post-/senmodern nyliberalism. Den kraftiga sekulariseringen som skedde under 1900-talet till trots, är rätt och politik idag påverkat av olika religiösa inslag. Religionen har till viss del intagit en position som autonomt normsystem, verkande vid sidan om samhällets andra normer. I det senmoderna samhället har minoriteter kommit att uppmärksammas i allt större utsträckning. Detta synliggörs genom att mänskliga rättigheter inte längre bara är individuella utan även etniska och sociala. Av Maastrichfördraget från 1992 framgår att Europas kulturella mångfald, nationella språk och historia ska respekteras.⁹⁵

6.1 Sverige och EU

Grundlagsutredningen (SOU 1993:14) ansåg att de förpliktelser som följde av anslutningen till EU skulle gälla ”utan hinder av vad som föreskrivs i grundlag eller annan lag”⁹⁶ vilket skulle stadfästas i en grundlagsparagraf, den s k plattläggningsparagrafen. Detta innebar att man skulle erkänna unionens överhöghet över svensk lag, vilket väckte en het debatt och resulterade i att utredningens förslag avvisades av regeringen. Detta ledde till att riksdagen beslutade att göra förändringarna i grundlagen så små som möjligt och därmed stod det inte klart hur svensk rätt de facto förhöll sig till gemenskapsrätten. Man kom dock överens om att göra beslutsöverföringen till EG (nu EU) beroende av RF's och EKMR's rättighetsskydd. Förvisso skänker RF, jämfört med EKMR, inte lika stort rättighetsskydd och rättighetsförbehållet är således inte av någon större saklig betydelse, men

⁹⁵ Modéer (2009 A) s 73-74

⁹⁶ SOU 1993:14 s 95

Bernitz framhåller ändå att ”principiellt kan regeringsformens förbehåll om rättighetsskydd ses som en helomvändning i förhållande till den svenska hållningen ett par årtionden tidigare”⁹⁷.⁹⁸ Romfördraget, till skillnad från de nationella grundlagarna, innehöll inte någon rättighetskatalog och EG-domstolen (nu EU-domstolen) var inledningsvis något sval inför de grundläggande fri- och rättigheterna eftersom den ansåg att den enbart skulle tillämpa gemenskapsrätten. Denna inställning fick den dock ändra på när de nationella domstolarna inte ville erkänna EU-rättens företräde framför nationell rätt. Ett sådant företräde skulle innebära att gemenskapsbeslut inte skulle kunna prövas gentemot de nationella och i grundlagarna fastställda fri- och rättigheterna, något som särskilt irriterade tyska och italienska domstolar. EU-domstolen kom att utveckla en doktrin som innebar att nationella konstitutioners och internationella konventioners, främst EKMR, rättighetsskydd gjordes till en del av gemenskapsrätten och ses som allmänna rättsprinciper som EU-domstolen har till uppgift att övervaka. Skyddet för fri- och rättigheter var således ett resultat av domstolens praxis, vilket ansågs som väldigt osäkert eftersom praxis kan komma att ändras.⁹⁹

I och med Lissabonfördragets ikraftträdande den 1 december 2009 har dock gemenskapen försetts med ett mycket starkare rättighetsskydd. I Lissabonfördragets inledning presenteras EU's grundläggande värderingar: mänsklig värdighet, demokrati, jämställdhet, frihet, rättsstatsprincipen samt respekten för mänskliga rättigheter. När Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna kom 2000 var dess rättsliga ställning något oklar, men eftersom den har tagits upp som en del av Lissabonfördraget är den nu juridiskt bindande för samtliga medlemsstater. Stadgan är den första av sitt slag i EU's historia och behandlar såväl medborgerliga och politiska som ekonomiska och sociala rättigheter. Stadgan baseras bl a på EKMR och medlemsstaternas författningstraditioner men innehåller även några rättigheter som inte omfattas av EKMR, så som personuppgiftsskydd, bioetik och rätten till god förvaltning. Genom Lissabonfördraget får EU omfattande befogenheter och lagstiftningsmakt, bl a inom områden som

⁹⁷ Bernitz (2009) s 14

⁹⁸ Mattson & Petersson s 24, Bernitz (2009) s 14

⁹⁹ Algotsson s 44-45, von Sydow (2009) s 506

tidigare hållits utanför gemenskapen, som straffrätt och straffprocess. När så ur rättighetssynpunkt känsliga områden omfattas är det särskilt viktigt att den enskildes skydd stärks mot EU-byråkratin och dess institutioner.¹⁰⁰

6.2 En reformerad grundlag

Grundlagsutredningen (SOU 2008:125) betänkande har lett till att ett stort antal reformer av regeringsformen träder i kraft den 1 januari 2011. Omfattande ändringar av språklig och redaktionell karaktär har genomförts med hopp om att göra regleringen tydligare, mer överskådlig samt könsneutral. Fri- och rättighetskapitlet har varit föremål för ett stort antal ändringar till syfte att stärka och tydliggöra skyddet mot det allmännas eventuella intrång i den enskildes fri- och rättigheter. Bl a har egendomsskyddet vid expropriation tydliggjorts och en reglering om rätten till rättvis rättegång och att den ska genomföras inom skälig tid har införts. Sveriges medlemskap i EU och det internationella samarbetet inom ramen för Europarådet och FN har kommit att särskilt uttryckas i regeringsformens första kapitel om statsskicketts grunder¹⁰¹. Vad avser lagprövningsrätten har uppenbarhetsrekvisitet¹⁰² plockats bort. Det anges i propositionen att lagprövningen utgör en viktig del i ett normkontrollsystem, då trots lagrådets förhandskontroll kan frågor om förenlighet mellan grundlag och lag som inte framkommit under lagstiftningsarbetet aktualiseras vid lagens tillämpning. Det framhålls att lagprövningen är särskilt angelägen inom området för fri- och rättigheter då det är ”av särskild betydelse att grundlagens regler fullt ut får genomslag i rättstillämpningen”¹⁰³. Uppenbarhetsrekvisitet beskrivs som mindre adekvat samt att ett sådant krav i förhållande till EKMR’s bestämmelser mycket väl skulle kunna utgöra en

¹⁰⁰ Bernitz (2009) s 21, Europa - EU:s webportal
http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/rights_values/index_sv.htm (2010-12-07),
Europaparlamentet

http://www.europarl.europa.eu/charter/default_sv.htm (2010-12-07)

¹⁰¹ RF 1 kap 10 § Sverige är medlem i Europeiska unionen. Sverige deltar även inom ramen för Förenta nationerna och Europarådet samt i andra sammanhang i internationellt samarbete. Lag (2010:1408).

¹⁰² RF 11 kap 14 § Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgads ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.

Vid prövning enligt första stycket av en lag ska det särskilt beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag. Lag (2010:1408).

¹⁰³ Proposition 2009/10:80 s 147

kränkning av konventionen. Även avseende EU-rätten blir det ett komplicerat förhållande eftersom EU-rätten, genom principen att den har företräde framför den nationella rätten, inte omfattas av uppenbarhetsrekvisitet. Enligt LO, som utgjorde en av remissinstanserna, ”kan förändringen leda till att domstolarna blir fora för politiska beslut och på sikt även underminera formerna för folkstyret”¹⁰⁴, en åsikt som regeringen inte delar.¹⁰⁵

6.3 Rättigheter och framtiden. Problem och utmaningar

6.3.1 Det hägerströmska arvet och rättigheterna

Uppsalaskolans dominans av 1900-talets svenska rättsutveckling tycks ha avtagit idag, men någon tydlig efterträdare har inte framträtt. Uppsalaskolans syn på rätten som enbart ett redskap för den politiska viljan har enligt Bernitz påverkat såväl utbildningen som praktiserande jurister under lång tid och det är nog så att svenska jurister idag fortfarande påverkas av det hägerströmska arvet. Detta arv har påverkat juristutbildningen och forskningen kring mänskliga fri- och rättigheter och även hur dessa hanterats i den svenska rättsordningen som sådan. Det är först på senare år, som mänskliga rättigheter haft möjlighet att framträda, vilket de också gjort. Nergelius håller med om att rättsrealismens järngrepp lossat något, men att många domare fortfarande kan antas vara påverkade av det hägerströmska arvet, vilket skulle utgöra en anledning till varför lagprövningsrätten inte tillämpats praktiskt i så stor utsträckning. Han anser vidare att det är högst troligt att den långvariga kritik som värdenihilismen utsatt de naturrättsliga föreställningarna för bidragit till att försvaga medborgerliga fri- och rättigheters konkreta användning och ställning i Sverige, men att det är svårt att rent faktiskt bevisa det. Modéer framhåller också att den rättsrealistiska traditionella rättsvetenskapliga metoden med sin strikta värdeneutralitet har fått ge vika, efter närmre tjugo års kritisk diskurs. Metafysiska, tidigare ratade begrepp, såsom rättigheter, skyldigheter och dygder har givits större utrymme och funnit sin väg in

¹⁰⁴ Proposition 2009/10:80 s 145

¹⁰⁵ Proposition 2009/10:80 s 1-2, 146-148

författningen.¹⁰⁶ Även Östling framhåller att Hägerström och Lundstedt hade stort inflytande på den svenska allmänna intellektuella opinionen, och under efterkrigsåren verkade många vetenskapsmän, jurister och politiker ”för att rättsrealismens grundsatser fick avsättning i lagstiftning, åsiktsbildning och praktisk politik”.¹⁰⁷ Att Uppsalaskolans värde-tradition skulle ha påverkat utformningen av det svenska samhället och utvecklingen av den svenska modellen och den sociala ingenjörskonsten menar Sigurdson dock är överdrivet. Egentligen har inte Hägerströms eller värdenihilismens påverkan varit särskilt omfattande utan snarare indirekt och resultatet av skapativa missförstånd, då man antingen bara läst hans mer populära skrifter eller att uppfattningen om Hägerströms teorier enbart bygger på andrahandsuppgifter.¹⁰⁸

6.3.2 Retraditionalisering och civil religion

Genom alla tider har det funnits krafter och motkrafter, tradition och förnyelse i ständig konkurrens. Det som sker idag är att det som tidigare sågs som föråldrat och traditionellt ses som det moderna, och tvärtom, det som tidigare sågs som modernt ses idag som konservativt. Ett faktum som inte minst syns tydligt i SIFO's väljarbarometer för december 2010 var att Socialdemokraterna skulle få 26,9 procent och nya Moderaterna 34,2 av rösterna om det vore val idag, en siffra som kan jämföras med 40-50 procent för Socialdemokraterna och 10-30 procent för Moderaterna under 1970- och 80-talet. Modernismens drivande ideologier, socialismen och socialdemokratin, har fått konkurrens av en post-/senmodern nyliberalism. 1900-talets kraftiga sekularisering har på intet sätt lett till avskaffandet av metafysiska och religiösa föreställningar som tvärt om idag utgör ett vanligt förekommande inslag i den rättsliga och politiska kunskapsstrukturen. Modernitetens ihärdiga framåtblickande har idag ändrats till ett allt vanligare sneglande i backspeglarna för att med hjälp av ett historiskt perspektiv kunna identifiera vår egen rättskultur och den rättskultur som finns omkring oss. I denna backspegel kan vi se hur moderniteten tydligt

¹⁰⁶ Bernitz (2009) s 12, Modéer (2009 B) s 175, Nergelius s 94, 97

¹⁰⁷ Östling s 192, citat taget från samma sida

¹⁰⁸ Sigurdson s 247

satt sin prägel på 1900-talet, och kan konstatera att motreaktionen på denna dominans utgörs av en retraditionalisering.¹⁰⁹

Det stora genombrottet för rättigheter i Sverige skedde genom anslutningen till EU och när EKMR inkorporerades och började gälla som svensk lag. Inkorporeringen medförde att de luckor och begränsningar som fanns i den svenska RF spelade mindre roll. Resultatet blev att Sverige, med svag konstitutionell tradition avseende rättighetsskydd och som stått utanför, kom att införlivas i den europeiska författningskulturen. Denna författningskultur är något helt nytt för Sverige som homogen och monolitisk nationalstat. Närmandet mot kontinentaleuropeisk författningskultur innebar att det korporativa och kollektiva statstänkandet lämnats därhän till förmån för ett mer individualistiskt rättighetstänkande. I det nya millenniets författningskultur finns det åter igen plats för idealism och värderingar, och därmed även för religion. Det senmoderna samhället har av sociologen Jürgen Habermas beskrivits som postsekulärt, vilket bl a är mångkulturellt till sin karaktär. Det innebär dock inte en återgång till förmodernitetens religiösa kunskapsstruktur utan snarare att ”formulera en naturrättslig, religiös värdegrund som en del av de rättsliga djupstrukturerna”¹¹⁰. I dagens moderna samhälle råder en sekulariserad värdegrund med anor alltsedan upplysningen, baserad på demokrati, mänskliga rättigheter och rättsstatliga principer. Dessa värden återfinns även i RF’s portalparagraf vari folksuveräniteten fastslås. Med dessa värdegrunder behövs en författningstro av närmast metafysisk och sakral karaktär. Ett exempel på författningens sakrala karaktär är de amerikanska lojalitetseder gentemot the United States Constitution som svärs av såväl blivande presidenter som federala ämbetsmän. Liknande eder med stöd i författningen svärs av tjänstemän i Danmark och Norge. En metafor för framväxten av den gemensamma europeiska värdegrunden är att man försöker formulera en europeisk samhällsreligion. Denna metafor springer ur 1970-talets amerikanska författningsdiskussion om just samhällsreligion, a civil religion, med författningen som samhällets heliga bibel. Diskussionen kring

¹⁰⁹ Modéer (2009 A) s 73-75, TNS SIFO’s väljarbarometer, <http://www.tns-sifo.se/rapporter-undersokningar/valjarbarometern> (2010-12-28)

¹¹⁰ Modéer, (2009 B) s 187

författningsreligion och medborgerliga trosbekännelser har dock fått lite utrymme i den svenska författningsdebatten.¹¹¹

6.3.3 Terrorism

Det internationella samhället har kommit att ifrågasättas, är det verkligen en internationell rättsordning? Olsson lyfter fram olika skeenden såsom amerikanskt anfällskrig trots fördömande från folkrättsexperter och världssamfundet, Guantanamo basen på Kuba som beskrivs som ett 'rättsligt limbo' samt USA som vägrar erkänna ICC men samtidigt utövar oblyga folkrättsliga påtryckningar på andra stater. Olsson frågar sig om den internationella ordningen verkligen är en rättsordning under dessa premisser. Han ställer sig vidare kritisk till att begrepp som 'värderingar' och 'rättfärdighet' används för att legitimera politiska handlingar, t ex i kriget mot terrorismen som inledningsvis beskrevs som 'oändlig rättvisa' och när militära interventioner legitimeras som 'humanitär intervention'. Kjell Å Modéer brukar under sina föreläsningar i rättshistoria beskriva terroristattacken mot World Trade Center den 11 september 2001 som ett paradigmskifte. Kampen mot terrorismen är internationell och global och beskrivs av Modéer som den västerländska civilisationens främsta hotbild.¹¹² Kriget mot terrorismen och det hot som terrorismen anses utgöra mot demokratin presenterar nya utmaningar för rättighetsapparaten och det internationella världssamfundet. Hur mycket är man beredd att beskära den demokrati och de rättigheter som man kämpar för att beskydda. Är vi beredda att offra enskilda individers rättigheter för att bevara rättigheter för den stora massan? Man bör ha i åtanke att världen inte är svart och vit eller att det inte finns en god och en ond sida. Världen är snarare som en regnig höstdag i Lund; allmänt grådaskig. Alla slåss för det som vi tror är rätt, även de som vi kallar terrorister. Min poäng är att i kriget mot terrorismen får vi inte glömma vad vi faktiskt kämpar för att beskydda, kampen mot terrorismen får inte ske på bekostnad av den demokrati och de mänskliga fri- och rättigheter som idag utgör grunden i vårt samhälle. Algotsson ställer sig samma fråga: ”I vad mån är det 'godtagbart i ett demokratiskt samhälle’

¹¹¹ Bernitz (2009) s 25, Modéer, (2009 B) s 175, 185- 186 189, 191

¹¹² Olsson s 260, Algotsson s 28, Modéer (2009 A) s 75

att inskränka en demokratisk rättighet som yttrandefriheten för att hindra demokratins fiender att förgöra demokratin?”¹¹³

¹¹³ Algotsson s 38

7 Folkrätt, mänskliga fri- och rättigheter och arvet efter Hägerström i den rättsvetenskapliga diskursen

Följande avsnitt utgör som också nämnts i inledningen blott ett axplock av den rättsvetenskapliga diskurs som pågått i Svensk Juristtidning, med några undantag även andra tidskrifter, under 1940-2010. Jag vill poängtera att urvalet inte utger sig för att vara heltäckande utan har varit föremål för en subjektiv urvalsprocess. Min förhoppning är att den detta till trots ska kunna ge en bild av periodens idéströmningar likväl som dess idésvängningar.

SvJT grundades 1916 av Karl Schlyter¹¹⁴ och Tore Almén¹¹⁵. Schlyter var chefredaktör under åren 1916-1951 och kan antas ha satt en stor personlig prägel på tidningen och dess innehåll. Mellan åren 1973-1984 var det Hans Danelius¹¹⁶ som innehade positionen som chefredaktör. SvJT har förändrats, utvecklats och formats med och av sin samtid, vilket framgår av de nedan presenterade artiklarna.

7.1 Tiden före Sveriges ratificering av EKMR (1940-1952)

I sin artikel Idealism och realism i rättsvetenskapen från 1941 skriver Ivar Strahl¹¹⁷ att anledningen till att de teoretiska framställningarna av juridiken strävar efter realism är i mångt och mycket p g a Hägerström och Lundstedt, d v s Uppsalaskolan. Han framhåller även att Uppsalaskolan ”rönt mera motsägelse än instämmande” och att deras skrifter både till form och innehåll ”mången gång väckt anstöt”. Men han menar att trots detta så har Uppsalaskolan lett till att rätten och rättsvetenskapen blivit föremål för en

¹¹⁴ 1879-1959, svensk jurist och politiker (socialdemokrat). Justitieminister 1932-1936 och president i Hovrätten över Skåne och Blekinge 1929-1946.

¹¹⁵ 1871-1919, jur.dr i civilrätt och justitieråd.

¹¹⁶ född 1934, svensk jurist, skiljedomare, ambassadör och justitieråd. Under 1974-1984 var Danelius rättschef i Utrikesdepartementet.

¹¹⁷ 1899-1987, svensk jurist och professor i straffrätt vid Uppsala universitet.

radikal debatt. Uppsalaskolans realistiska hållning har enligt Strahl givit upphov till att det är allmänt känt ”att de rättigheter och plikter om vilka rättsreglerna tala icke existera såsom sådana i verkligheten” och att ”Rättsmedvetandets roll har belysts, och det har berövats mycket av sin mystiska helgd”. Vad gäller Uppsalaskolans folkrättsliga påverkan framhåller Strahl att ”Det inses nog ganska allmänt, att föreställningen om rättigheter och plikter i reell mening och om rättsmedvetandets krav såsom värda absolut respekt är ägnad att skärpa de internationella konflikterna i det att den gör det svårare att kompromissvis förena skilda intressen”. Det påstås av Strahl att jurister inte funnit Hägerströms teorier särdeles revolutionerande för juridiken, utan man har kunnat fortsätta ungefär som tidigare. Hägerströms teser bygger på att visa vad rätten är och inte är, men den frågan menar Strahl inte intresserar jurister. Hägerström frågar sig vad rätten är, medan juristen frågar sig hur man ska handla i ett specifikt fall, vad som är rätt, vad rätten de facto betyder. Strahls svar blir att rätt är riktlinjer för mänskligt handlande. Denna betydelse är den enda som är relevant för en jurist, eftersom rätten utgör regler som denne ska följa i sin verksamhet, vilket förblir densamma oavsett vad man anser att rätt är. Strahl, som själv bekänner sig till en mer normativ åskådning, om än med realistiska inslag, beskriver rättigheter som så att ”Det avgörande för deras förhandenvaro är icke, att de faktiskt erkännas eller föreställas. En juridisk rättighet torde föreligga, då en situation är för handen som enligt rättens regler ger någon, nämligen rättighetshavaren, möjlighet att åstadkomma en för honom fördelaktig situation”. Vad gäller andra typer av rättigheter, som t ex äganderätten, ”gäller att rättighetsföreställningen knutits till situationen”, d v s att man föreställer sig situationen att någon har äganderätt och inte alla de befogenheter som springer ur en sådan rättighet, t ex att sälja eller kräva skadestånd om någon skadar det du äger. Strahl menar att trots att han har en normativ åskådning så håller han sig inom realismens ramar, något som dock, trots sin normativa åskådning, Frede Castberg inte gör enligt Strahl då han i sitt resonemang framställer föreställningar som inte kan konstateras existera i verkligheten. Castbergs åskådning är därmed inte realistisk, utan snarare idealistisk eftersom han påstår att det existerar en objektivt riktig rätt. ”Det är tydligt att det i åskådningen gömmer sig naturrätt. Castberg gör själv ingen hemlighet av att hans resonemang på vissa punkter är

metafysisk”, skriver Strahl och fortsätter med att ”Såvitt jag kan förstå, hör åskådningen till dem som Uppsalaskolan med fog bekämpar. Att söka efter objektiv rättvisa är att söka efter en chimär. Och att tro sig finna en idealordning genom att lyssna till rättsmedvetandet är att överskatta dettas betydelse.”¹¹⁸

Per Olof Ekelöfs¹¹⁹ artikel Rättssamhälle och Rättssäkerhet publicerades i SvJT 1942. I sin artikel framhåller han att det inte beror på någon ursprunglig social instinkt att lagar efterföljs, utan snarare beror det på rädsla för straff och skadestånd. Straffens existens och den psykiska press de utgör, gör att människor till slut utvecklar en vana och därmed följer lagen. Det är dock oftast inte fruktan för straff som avhåller oss från att begå brott utan ”vår erfarenhet säger oss” att det beror på “en känsla av plikt, av att det är orätt och nesligt att begå sådana handlingar”. Överlag hänvisar Ekelöf i sin artikel i stor utsträckning till den allmänna plikt känslan att följa de av samhället uppställda lagarna. Ekelöf menar att moral skapas genom fostran, vari rätten spelar en viktig roll. Dock är inte all moral skapad av lagen: ”Ingen lagstiftare har dristat sig att lagfästa de plikter, vilka vi sammanfatta under beteckningarna den kristna kärlekstanken och det moderna gentlemannaidealet.” Ekelöf framhåller att lagen enbart är av betydelse för vår morals grovstruktur och att ”En moralisk inställning av mer subtil art får bli vars och ens ensak eller åtminstone får människornas fostran härtill överlämnas åt andra instanser än lagstiftande församlingar och domstolar” men säger samtidigt att ”lagen är bestämmande för moralen, för sedvänjan i samhället”. Ekelöf lyfter fram att syftet med rättssäkerhet är att var och en ska kunna ”ostört få njuta fördelarna av de rättigheter, som tillkomma honom. Med rättighet avses i detta sammanhang en fördelaktig position, som typiskt sett tillkommer visst subjekt genom att den stora massan människor respektera positionen ifråga”.¹²⁰

¹¹⁸ Strahl, Idealism och realism i rättsvetenskapen s 303-305 , 311-312, 317-218, 324

¹¹⁹ 1906-1990, svensk jurist och blev 1943 professor i processrätt vid Uppsala universitet.

En av Ekelöfs mest kända verk torde vara Rättegång I-V.

¹²⁰ Ekelöf, Rättssamhälle och Rättssäkerhet (1942) 8-10

Halvar Sundbergs¹²¹ bok Folkrätt från 1944 som anmälts av Erik Castrén¹²² i SvJT 1945 beskrivs som klar och logisk samt framhålls det att författaren strängt hållit sig till realiteterna. Sundberg ifrågasätter helt i enlighet med sin realistiska uppfattning folkrättens rättsliga karaktär med hänvisning till bristen på överordnad förpliktigande auktoritet, vilket innebär att staterna själva kan bestämma i vilket utsträckning de är bundna av folkrättsliga förbindelser. Folkrätt är enligt Sundberg en ”nationell reglering av internationella förhållanden” som är helt beroende av staternas vilja att efterleva sina åtaganden och staternas ”internationella artighet”.¹²³

Karl Schlyter skriver i SvJT om boken Rätten att leva, En samling kritiska studier i svensk rättvisa som utkom 1945 och innehåller elva uppsatser, redigerad av Hilding Eek och Carl Björkman. Med boken vill författarna ”bryta den brutala byråkratisering för vilken svensk rättvisa blivit offer”. Särskilt ifrågasätts om de frihetsberövanden som sker i Sverige verkligen uppfyller sitt syfte, d v s att det ”är till gemene mans bästa”. Schlyter ägnar stor del av sin artikel till Hilding Eeks uppsats Rättssäkerheten inom socialvården som behandlar s k administrativa frihetsberövanden vad avser särskilda grupper av människor i samhället, nämligen alkoholister, sinnesslöa, lösdrivare och prostituerade. Processen för överklagande av denna typ av frihetsberövanden påstås innehålla en del brister: det finns överlag ingen regelmässig process, instansordning eller några allmängiltiga säkerhetsprinciper, ingen handläggning inför domstol, ingen tydlig offentlighetsregel och ingen självklar rätt till advokat. Schlyter avslutar delen om denna uppsats med att det är dags för reformer rörande rättssäkerheten inom socialvården och framhåller att det hade beslutats att något skulle göras åt detta område redan innan kriget. Avslutningsvis framhåller han att Eek inte är ensam i sin kritik och sina krav på att även dessa grupper av människor har rätt att leva ett människovärdigt liv. Schlyter lyfter även fram en uppsats med samma namn som boken i sig, Rätten att leva skriven av Carl Björkman. Schlyter skriver att ”Vi stelnar lätt

¹²¹ 1894-1973, professor i statsrätt vid Uppsala universitet. Politiker (höger) och finansborgarråd i Stockholm under slutet av 1930-talet.

¹²² 1904-1984, finsk jurist som efter andra världskriget blev professor i folkrätt och konstitutionell rätt. The Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights vid Helsingfors Universitet är uppkallat efter honom.

¹²³ Castrén, Anm. H.G.F Sundberg: Folkrätt s 521-522

i föreställningen, att om bara lagens bokstav i ett brottsrekvisit är uppfyllt i ett individuellt fall, så måste lagen ha sin gång. Rättvisan skall vara blind. Vi lever ju gunås under legalitetsprincipens hägn. [...] Med lite självprövning får man kanske medge att rättvisan är en smula byråkratiserad. Det är avigsidan av en mycket god egenskap: dess objektivitet”.¹²⁴

1945 publiceras i SvJT artikeln Rett og metafysik av Frede Castberg¹²⁵ baserad på hans föredrag i Filosofiska föreningen i Lund och Uppsala. I denna artikel funderar Castberg över om det finns vissa metafysiska förutsättningar som rättsregler och idéer om rätten de facto måste utgå ifrån och om det är den realistiska föreställningen om att det går att eliminera de metafysiska inslagen som är en illusion. Castberg sammanfattar Uppsalaskolans syn på rättsvetenskapen och denna ”kan bare konstatere at visse regler efterleves, - et utsagn om at de skal eller bør efterleves, har ingen plass i en tankegang, som vil være vitenskaplig”. Vad gäller rättsreglers och rättssystemets giltighet anser Castberg att de bygger på en metafysisk föreställning: ”Rettsreglenes gyldighet er ikke noe virkelighetsfenomen. Vel er opprettholdelsen og efterlevelsen av rettsreglene et faktum, som er gjenstand for erfaring. Men det er rettsreglenes gyldighet ikke. Forsåvidt kan man gjerne kalle forestillingen om er rettsystems gyldighet for en metafysisk forestilling.”¹²⁶

Jag upplever artiklarna som representativa för den samtida kontexten. Realismen och Uppsalaskolans spår syns tydligt i såväl Strahls som Ekelöfs artiklar. Strahl vill ge intrycket av att det är en allmän uppfattning att folkrätten är en grogrund för internationella konflikter. Folkrätten och framförallt rättigheter, d v s känslor, är enligt Uppsalaskolan enbart subjektiva och kan inte påstås vara objektiva och absoluta, och eftersom människor kan känna olika ligger konflikter helt klart i farans riktning. Förvisso för Strahl ett rättighetsresonemang, sin rättsrealistiska åskådning till trots, men menar att han håller sig inom ramarna eftersom hans

¹²⁴ Schlyter, Från dagens diskussion s 698-699, 702-703

¹²⁵ 1893-1977, norsk jurist och blev 1928 professor i allmän rättslära vid Oslo universitet med inriktning mot konstitutionellrätt, rättsfilosofi och folkrätt. Castberg var även president för Hague Academy of International law mellan 1962-1976.

¹²⁶ Castberg, Rett og metafysik s 20, 22, 26

rättigheter inte är beroende av något okonkret och metafysiskt. Strahl klargör tydligt uppfattningen om juristens roll. Jurister ska inte syssla med politik utan ägna sig åt att bruka det som är gällande rätt, vad som utgör rätt är upp till politikern. Även Ekelöfs artikel visar tydliga spår av Hägerström och Lundstedt, t ex att moral är något som skapats genom lagen och vår rädsla för straff. I sin artikel skriver han även mycket om individens plikt och solidaritet gentemot samhället och dess uppställda lagar. Ekelöf håller en lång utläggning om att rädslan för straff och sedermera den plikt som av vanan växer fram är det som grundlägger vår moral och de lagar som vi följer. På så vis kan man mellan raderna utläsa en ringaktning av folkrätt och rättigheter, då det ej finns och inte har funnits några internationella sanktioner. Det kan således inte ha vuxit fram någon moral och således inte heller några lagar som vi känner en plikt att följa. Ekelöf förnekar inte att det existerar moral eller plikt känsla, vilket inte heller Hägerström och Lundstedt gör, men att detta är något subjektivt. Castberg får utstå mycket kritik för sina metafysiska och mer idealistiska åsikter och i den svenska rättsvetenskapliga diskursen i SvJT fanns det dålig uppslutning kring hans idéer. Det framstår som att Sverige under denna period mer eller mindre var helt frälst av realismen och positivismens tankegod, omvärldskontexten till trots. Det är tydligt att realismen och arvet efter Hägerström har hegemoni under denna period. Överlag är rättighetsbegreppet en del av denna tidsperiodens diskurs, men betoningen ligger på att analysera vad som är rätt, varför vi följer lagar och om det över huvud taget finns några rättigheter. Betoning ligger på äganderätten, men förvisso väcks tankar om de sociala frihetsberövandena, d v s rätten till en rättvis rättegång. Diskursen förefaller ligga på en mer rättsfilosofisk och teoretisk nivå, vilket gör den svårtillgänglig och den öppnar inte riktigt upp för debatt.

7.2 Tiden efter Sveriges ratificering av EKMR 1952 (1952-1966)

Ekelöf, nu med professorstitel, skrev 1952 artikeln Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? vari han diskuterar termen äganderätt och framhåller att en debatt rörande termen har pågått i nordisk doktrin under de senaste åren. Den danska juristen och rättsfilosofen Alf Ross,

skriver Ekelöf, ansåg att äganderätt var ett framställningstekniskt hjälpmedel som saknade mening. I sin artikel kritiserar Ekelöf detta påstående, som han finner osannolikt, och riktar särskilt in sig på ordet 'meningslöst'. Ekelöf gör även en jämförelse mellan begreppet rättighet i juridiskt språkbruk, begreppet naturkraft inom fysiken samt termen sjukdom inom medicinen. Gemensamt för dessa tre termer synes vara att de "ha uppfattats som en kraft, vilken vi - med utgångspunkt från modern verklighetsuppfattning - karakterisera som 'magisk' ".¹²⁷

Torsten Gihl¹²⁸ reflekterar i sin artikel Aktuella problem inom folkrätt och allmän rättslära från SvJT 1953 över Frede Castbergs arbete Studier i Folkerett. Gihl pekar på att rättsvetenskapens syften och metoder under senaste tiden varit föremål för diskussion. Dessa många diskussioner till trots torde det råda en enighet på en viss punkt enligt Gihl, "Det uppfattas som ostridigt att för så vitt juridiken vill vara vetenskap, måste den som allmän vetenskap vara teori, d. v. s. dess satser måste vara teoretiska satser, påståenden eller antaganden om i verkligheten förekommande företeelser, här alltså juridiska företeelser, rättsregler, domar o. s. v. Uttalanden de lege ferenda äro ej vetenskapliga utan rättspolitiska. Utanför vetenskapen falla tydligen sådana satser som taga sin utgångspunkt i värderingar, subjektiva omdömen om vilka ändamål som böra fullföljas". Vad gäller juristens arbetssätt framhåller Gihl att det viktigaste är att denne undviker att förvirra sig (confusion de genres) annars "riskerar han att förfalla till den identifikation av sitt önsketänkande beträffande rättens innehåll med gällande rätt, som var utmärkande för det naturrättsliga uppfattningssättet". Han framhåller vidare att rättsvetenskapen på intet sätt är normativ och raljerar "Att beteckna ett vetenskapligt juridiskt arbete som normativt därför att det handlar om normer förefaller ungefär lika kvickt som att beteckna ett zoologiskt arbete som djuriskt därför att det handlar om djur".¹²⁹

¹²⁷ Ekelöf, Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? (1952) s 546-547, 553-555

¹²⁸ 1979-1972, professor i internationell rätt och arbetade som folkrättssakkunnig på Utrikesdepartementet 1950-1961

¹²⁹ Gihl, Aktuella problem inom folkrätt och allmän rättslära, Reflexioner i anslutning till ett nyutkommet arbete s 356 - 357

Gustav Petrén¹³⁰ skriver en kortare notis i SvJT 1955 om EKMR, vari han påpekar att vi i Sverige, med undantag för 16 § i 1809 RF, saknar motstycke till de vanligt förekommande rättighetskatalogerna som kan återfinnas i andra länders författningar. Han konstaterar dock att genom ratificeringen av EKMR och dess ikraftträdande 1953 så täpptes denna lucka igen något i svensk rättsordning. Petrén framhåller att en livlig debatt har förts angående svensk lags överensstämmelse med de i EKMR uppställda kraven, särskilt vad avser lagstiftningen om frihetsberövanden.¹³¹

Love Kellberg¹³² skriver i en notis i SvJT 1961 om utvecklingen av EKMR och ratificeringen av densamma. Han lyfter fram att Sverige redan innan ratificeringen ställt sig avvaktande till Europadomstolen, för att se om den jämte kommissionen har någon praktisk betydelse, vilket fortfarande var Sveriges inställning 1961. Kellberg menar att man i Sverige under senare tid blivit mer medveten om sina konventionsåtaganden, men att det finns en debatt om bl a svenska författningsbestämmelsers överensstämmelse med konventionen, de administrativa frihetsberövandena samt hemliga domar. En annan debatt, beskriver Kellberg, är den om huruvida domstolar och myndigheter ska tillämpa konventionen direkt, d v s utan transformering, eller inte. Avslutningsvis uttrycker Kellberg en förhoppning om att ämnet ”skola tilldraga sig allt större intresse i vårt land ej blott hos rättslärda utan även hos lagstiftare och dem som handhava rättsskipningen, i vilken form den än må utövas. De äro av utomordentlig betydelse för fortbeståndet av de demokratiska idealen i ett alltmer integrerat Europa”.¹³³

1963 i SvJT publiceras Östen Undéns¹³⁴ artikel Om FN:s och Europarådets domstolar. Undén menar att EKMR utgör ett viktigt försök att ge stadga till

¹³⁰ 1917-1990, svensk jurist och 1943 docent i förvaltningsrätt vid Uppsala universitet. Petrén blev 1948 vald till sekreterare i riksdagens lagutskott. 1968-1972 var han ställföreträdande justitieombudsman, men blev aldrig ordinarie eftersom socialdemokraterna satte sig emot, vilket kan bero på den kritik Petrén riktat mot socialdemokratien samt hans kamp för EKMR och Europadomstolen.

¹³¹ Petrén, Europarådets konvention om de mänskliga rättigheterna (1955) s 657-658

¹³² 1922-2010, svensk jurist och ambassadör.

¹³³ Kellberg, Sverige och Europarådets konvention om de mänskliga rättigheterna s 503 - 506

¹³⁴ 1886-1974, svensk jurist och socialdemokratisk politiker. Han var justitieminister 1920 och utrikesminister 1924-1926 och 1945-1962. Undén var även professor i civilrätt vid Uppsala universitet 1917-1937

de nationella författningarnas rättighetskataloger ”som stundom upptagits i olika staters författningar såsom uttryck för ett moraliskt och politiskt postulat”. Han noterar även att en liknande rättighetskatalog ingår i förslaget till ny regeringsform. Kritiskt påpekar han att EKMR i sin kodifiering av de mänskliga rättigheterna är allt för detaljerad och därför inbjuder till olika tolkningar av konventionen. Att var och en som frihetsberövats har rätt att ‘inför domstol’ få lagligheten av frihetsberövandet prövat har väckt funderingar bland svenska jurister som menar att förfarandena inför t ex barnavårdsnämnden och sinnessjuknämnden inte uppfyller Sveriges konventionsåtaganden. Undén förefaller inte dela deras åsikter utan framför att det är ”föga lämpligt att göra till en principfråga, därtill en fråga om mänskliga rättigheter, huruvida en lekmannanämnd eller en domstol har att pröva frihetsberövandet. Huvudfrågan är om garantier finns för ett objektivt och sakkunnigt ställningstagande”. Vad gäller Europadomstolens jurisdiktion framhåller han att dess jurisdiktion ej erkänts av Sverige, men väl ministerkommittén som således utgör högsta instans vid klagomål. Undén menar att domstolen är en ”överloppsgärning” och att man i EKMR har en fullgod ”skyddsmur av processuella element [...] även om domstolen elimineras i bilden”.¹³⁵

Det förefaller som om att det filosofiska och teoretiska förhållningssättet till rättigheter minskat något, även om det under 50-talet fortfarande är en del av diskursen, vilket märks hos Ekelöf. Det börjar så smått komma notiser och artiklar om EKMR och rättighetsskydd. Petrén påpekar bristen på svensk rättighetsskydd och välkomnar det utökade skydd som ratificeringen av EKMR innebar. Även Kellberg skriver om EKMR och om Sverige verkligen uppfyller sina konventionsåtaganden. Han önskar att fler ska engagera sig i ämnet, inte bara rättsvetenskapen. Kellberg framhåller att Sverige brister i rätten till prövning inför domstol, något som Undén viftar undan. Han menar att huvudsaken är att man får sin sak prövad. Undén har vidare en intressant syn på detaljmässighet vilket framgår av citatet ovan från hans artikel. Jag menar att om något beskrivs i detalj minskar risken för olika tolkningar, medan Undén förefaller mena att eftersom artikeln i EKMR om rätten till rättegång är så detaljerad, p g a kravet ‘inför domstol’,

¹³⁵ Undén, Om FN:s och Europarådets domstolar s 659 -661

så öppnar det upp för olika tolkningar om vad som utgör en domstol, precis som det svenska nämnds-förfarandet varit föremål för. Även om hegemonin kan sägas ligga kvar i samma läger, tycker jag ändå att det pyr i rättigheternas krater, om än med en svag glöd.

7.3 Från tilläggsprotokollet 1966 om Europadomstolens behörighet (1966-1979)

De nya FN-konventionerna om de mänskliga rättigheterna - bakgrund och innehåll av Hans Danelius publiceras i SvJT 1968, vari han skriver generellt om FN-konventionerna samt gör en jämförelse mellan rättigheterna i dem och i EKMR, då de inte omfattar samma rättigheter. Bland de större skillnaderna är att i FN-konventionen om de mänskliga rättigheterna återfinns en artikel om alla människors likhet inför lagen, något som inte finns i EKMR. EKMR å andra sidan har en artikel i ett tilläggsprotokoll vari äganderätten skyddas. Året efter publiceras ytterligare en informativ artikel av Danelius om FN's och Europarådets viktigaste konventioner, som även publiceras i svensk översättning i samma nummer. I artikelns slutskede resonerar han kring internationella konventioners tillämplighet i Sverige och lyfter fram att den dominerande uppfattningen är att domstolar och myndigheter inte direkt ska tillämpa dessa konventioner i sin verksamhet. Danelius menar att konventionerna har en indirekt betydelse för svenska domare och ämbetsmän eftersom konventionerna vid tillämpningen av svensk rätt kan utgöra viktig tolkningsdata eftersom ”I den mån oklarhet om innebörden av inhemska rätt föreligger, är det nämligen rimligt att den tolkas så, att den överensstämmer med landets internationella förpliktelser”.¹³⁶

I en artikel från SvJT 1970, Den föränderliga rätten och den eviga makten - ett tema i naturrättskritiken, behandlar professor Stig Strömholm¹³⁷

¹³⁶ Danelius, De nya FN-konventionerna om de mänskliga rättigheterna - bakgrund och innehåll (1968) s 160, Danelius, Det internationella skyddet för de mänskliga rättigheterna (1969) s 389

¹³⁷ född 1931, svensk jurist. Strömholm blev i slutet av 1960-talet professor i allmän rättslära vid Uppsala universitet och 1982 professor i civilrätt och internationell privaträtt. Strömholm har skrivit ett stort antal såväl juridiska som skönlitterära böcker och texter.

anledningarna till varför naturrätten stod ohotad som samhällsideologi under närmare 200 år. Han framhåller att under denna period fanns kritiker vars egna teorier grundade sig i positivism och realism, och lyfter bl a fram Michel de Montaigne som levde och verkade under 1500-talets senare del. Montaigne var anhängare av positivismen och skeptisk mot naturrätten. ”Lyd lagarna därför att de är lagar, fråga inte efter deras ursprung och sök inte återföra dem på förnuftets bud” sammanfattar Strömholm Montaignes syn på lagen. Strömholm menar att naturrätten som skola förblev ledande under 1600 - och 1700-talet p g a dess legitimerande funktion, intellektuella företräden (systematisering av rättsreglerna) och rådande framstegsoptimism.¹³⁸

Europakoventionen som lagtolkningsfaktor av Rolf Almering¹³⁹ publiceras i SvJT 1973 och utvecklar Danelius funderingar om konventionens tillämpning och betydelse för svenska domstolar och myndigheter. Almering lyfter fram att inte finns någon bestämmelse om hur en bindande mellanfolklig överenskommelse införlivas med eller vilken ställning en sådan överenskommelse får i svensk rättsordning. Sverige har en dualistisk uppfattning avseende internationella förpliktelser och i enlighet med transformeringsteorierna ska ”internationella förpliktelser, som ej genom lag eller annan författning införlivats med vår rätt, ej direkt kunna ligga till grund för nationell rättstillämpning”. Vidare anser Almering att erkännandet av ett överstatligt domstolsförfarande utgör ett starkt skäl för svenska myndigheter och domstolar att tillämpa så kallad preventiv lagtolkning, ”d.v.s. att ge europarättens regler en styrande verkan i rättstillämpningen”. Genom den unika ställning som EKMR har i förhållande till andra konventioner, med bl a enskild petitionsrätt, överstatlig domstol samt ett unifieringssyfte, menar Almering att transformeringsteorin roll har undergrävts.¹⁴⁰

Denna periods artiklar är faktastinna och innehåller inte särskilt mycket eget analyserande eller teoriskapande som tidigare. Detta är förmodligen en

¹³⁸ Strömholm, Den föränderliga rätten och den eviga makten - ett tema i naturrettskritiken s 531

¹³⁹ Trots försök har inte mycket information gått att finna om denne man, förutom att han är jur.kand.

¹⁴⁰ Almering, Europakoventionen som lagtolkningsfaktor s 776-777, 779-781

naturlig följd av att EKMR-systemet fulländats genom erkännandet av Europadomstolens och att det i teorin nu är praktiskt tillämpligt för de svenska juristerna. De behövde få information om systemet! Hans Danelius framträder verkligen vad gäller informationsspridningen om EKMR, vilket även kommer att synas under kommande perioder. Ett aktuellt diskussionsämne för perioden var vilken roll EKMR skulle komma att spela i den nationella rättsordningen. Artiklarna uppehåller sig till stor del vid om och i så fall hur domstolar och myndigheter ska använda sig av EKMR. Av artiklarna framgår att den allmänna uppfattningen är att konventioner inte kan anses kunna ligga till grund för nationell rättstillämpning, utan enbart de delar som transformerats till svensk lag ska användas. Med en sådan inställning är det fascinerande att det inte finns någon utförlig regel om hur konventionen de facto ska införlivas. Detta torde grunda sig i att man ansåg att konventionen överensstämde med den svenska rätten och precis som det inte behövdes några ändringar av den svenska rätten, behövdes inte heller några införlivningsregler. Både Danelius och Almering förespråkar emellertid att EKMR borde användas som tolkningsunderlag i rättstillämpningen. Att ge domarna i uppgift att tolka svensk rätt gentemot EKMR förefaller dock inte riktigt politiskt gångbart under denna period. Strömholms artikel sticker ut med sin historiska återblick. Hans förefaller vara tämligen cyniskt inställd till naturrättens frammarsch. Trots modernismens aviga inställning till historia söker sig Strömholm bakåt i tiden för att finna svar på varför naturrätten fick ett sådant genomslag under 1600- och 1700-talet. Hans artikel understryker det faktum att rättspositivismen och naturrätten är gamla motsatspar. Ingenting är nytt under solen utan allt är reaktioner och motreaktioner. Under denna period förefaller rättigheter och EKMR ha etablerat en fast plats i diskursen. Diskursen i sig har öppnats upp och verkar tillgängligare än under tidigare perioder.

Vid min genomgång av SvJT hittade jag även några artiklar som behandlade författningsrevisionen. Överlag kan man säga att Grundlagsberedningen får ta emot mycket kritik för att de inte utrett frågeställningarna tillräckligt. Nils

Herlitz¹⁴¹ påpekar att det trots allt rör sig om en ny grundlag och att man kunde förvänta sig mer av utredningsarbetet. Fredrik Sterzel¹⁴² ställer sig positiv till att den nya regeringsformen förärats med ett särskilt kapitel avseende fri- och rättigheter.¹⁴³

7.4 Tiden efter 1979 års rättighetskatalog (1979-1995)

1978 anordnades i Stockholm ett offentligt seminarium om Europarådet och de mänskliga rättigheterna. Hans Danelius höll en informativ föreläsning om EKMR's innehåll och tillämpning. Han konstaterar att ”man kan säga att existensen av konventionen har bidragit till att ändra vår lagstiftning så att den enskildes rättssäkerhet stärkts”. Vidare påpekas att konventionen, till skillnad från andra länder, inte tillämpas av de svenska domstolarna. Danelius anser att det vore rimligt att svensk domstol tog hänsyn till vad som stadgades i konventionen och förespråkar en konventionsenlig tolkning av svensk lag.¹⁴⁴ Under seminariet hölls även en debatt mellan Carl Lidbom¹⁴⁵ och Gustaf Petré. Carl Lidbom menar att skyddet för fri- och rättigheter i Västeuropa har betraktats som den enskildes skydd mot en presumtiv maktmissbrukande samhällsmakt. Han framhåller att det dock finns andra presumtiva maktmissbrukare, ett faktum som försumrats, nämligen stora företag, grupper och organisationer med privata kapitalintressen. Lidbom menar att i den situationen är ”en demokratiskt vald och kontrollerad statsmakt inte förtryckaren utan det enda värn som står den enskilde till buds”. Lidbom ansåg att Europarådet förvisso har byggt upp ett ”regelsystem som är värt erkännande, även om det enligt min mening finns utrymme för vissa principiella invändningar. Systemet är präglad av både djärvhet och nyskapande fantasi”. Det som Lidbom förefaller anse som mest originellt är att inte bara stater utan även enskilda kan ställa ”sin egen regering” till svars för övergrepp. Han framhåller

¹⁴¹ 1888-1978, svensk jurist och politiker (höger). 1927-1955 professor i statsrätt, förvaltningsrätt och folkrätt vid Stockholms högskola.

¹⁴² född 1934, svensk jurist och är professor emeritus i konstitutionell rätt vid Uppsala universitet. Sterzel var justitieråd 1979-1980 och 1987-1994.

¹⁴³ Herlitz, 1974 års regeringsform? s 515, Sterzel, Den nya författningen (1973) s 622

¹⁴⁴ Danelius, Europarådet och de mänskliga rättigheterna (1979) 21-22

¹⁴⁵ 1926-2004, svensk jurist, ambassadör och konsultativt statsråd.

nogsamt att han i ”det stora hela är positiv till det europeiska rättighetssystemet” och att Europarådet behövs för att vårda kulturarvet och befästa demokratin. Han har dock några invändningar mot rättighetssystemet. Det som förefaller vara hans största problem med systemet är ”svårigheterna att dra en klar gräns mellan rättsskipning i inskränkt mening och rättsskapande verksamhet”. Bestämmelserna i EKMR är allmänt hållna vilket innebär att domstolen i sitt tillämpande får större utrymme för rättsskapande. Lidbom har svårt för domarnas ställning som rättsskapare då de ”utrustas med makt att på egen hand skapa rättsregler som tar över lagar som stiftats av demokratiskt valda parlament”.¹⁴⁶ Gustaf Petrén säger i sitt anförande att intresset för rättigheter har haft ett långsamt uppvaknande i Sverige och att det egentligen var först vid antagandet av den nya regeringsformen som strävandena efter en grundlagsskyddad rättighetskatalog fick genomslag, ”om än ett blygsamt sådant”. Sverige beskrivs av Petrén som ett land som gärna ser sig själv som pionjärt men vad avser rättighetsfrågan så har Sverige ”närmast bildat efterpatrullen”. Petrén framhåller att ett sätt att höja skyddet för den enskildes rättigheter vore att införliva EKMR i den interna svenska rätten och på så vis göra den och dess tillägsprotokoll direkt tillämpliga vårt land. Detta förslag möter dock ett ”hårdnackat motstånd” från i princip samtliga partier. Motståndet beror enligt Petrén dels på att politiska organ inte ska underkastas någon rättslig kontroll, dels på att bevara domstolarnas opartiskhet och att de hålls utanför ”det politiska spelet”.¹⁴⁷

I Rolf H Lindholms¹⁴⁸ artikel Mänskliga rättigheter i Sverige från SvJT 1986 beskrivs intresset för mänskliga rättigheter som stort, men kanske främst avseende de grova kränkningar som sker i andra länder. Vidare beskrivs att antalet anmälningar mot Sverige under de senaste åren ökat och 1982 kom den första fällande domen mot Sverige. Lindholm resonerar även kring vilket förhållande EKMR har till den svenska rätten då den inte inkorporerats och inte heller blivit föremål för transformering. I praxis uttalas att en biträdd internationell överenskommelse, såsom EKMR, inte

¹⁴⁶ Lidbom, Europarådet och de mänskliga rättigheterna s 35-37

¹⁴⁷ Petrén, Europarådet och de mänskliga rättigheterna (1979) 38 - 39, 41

¹⁴⁸ född 1934, svensk jurist. Har varit minister vid Utrikesdepartementet och anställd vid departementet under åren 1962-1995 med flertalet utlandsplaceringar.

ska tillämpas direkt i den inomstatliga rättstillämpningen. Lindholm framhåller att det faktum att Sverige vid ett flertal gånger fällts för kränkningar av konventionen ”aktualiserar frågan om svensk rätt i alla avseenden uppfyller konventionens krav” vilket påstods vid ratificeringen av konventionen.¹⁴⁹

I sin artikel De mänskliga rättigheterna - räcker 2 kap. RF eller behövs mer? påpekar Hans Danelius att det avgörande i rättighetsfrågan inte är att rättigheterna blir grundlagsskyddade, utan att de de facto tillämpas i det verkliga och praktiska livet och att domstolar och myndigheter arbetar för, och tillåts arbeta för, rättigheternas praktiska genomslag. Rättighetskapitlet i regeringsformen ger förvisso domstolarna en lagprövningsrätt ”men med så snäva begränsningar att den knappast har någon större praktisk betydelse”. Reglerna i kapitlet sätter upp gränser för lagstiftning, rättstillämpning och myndighetsutövning men tillämpas ytterst sällan av domstolar eller myndigheter. Danelius menar att detta beror på att det inte finns någon tradition att grunda sina avgöranden på konstitutionella föreskrifter. Danelius slutsats är att den enskildes rättighetsskydd i 2 kap. RF ”inte är särskilt starkt”. EKMR och dess klagosystem är å andra sidan ett mycket effektivare system än 2 kap RF och ett viktigt komplement till och en förbättring av grundlagsreglerna enligt Danelius.¹⁵⁰

I SvJT 1988 publiceras Jacob W. F. Sundbergs¹⁵¹ artikel Folkrätt och folkvett. Sundberg inleder med att resonera kring Vilhelm Lundstedts förhållande till folkrätt och rättigheter, d v s att han ansåg det vara ren vidskepelse. Även Nürnberggrättegången diskuteras och Sundberg menar att den gav stadga till teorin om mänskliga rättigheter och visade att mänskliga rättigheter begränsade staters suveränitet. I slutet av 1960-talet byttes ledningsgruppen i det socialdemokratiska partiet och män som Olof Palme och Carl Lidbom hamnade i partitoppen och deras främsta prioritet var att genomföra de socialdemokratiska visionerna. Enligt Lidbom, som kom att bli ansvarig för frågan om mänskliga rättigheter, skulle rätten användas som

¹⁴⁹ Lindholm, Mänskliga rättigheter i Sverige s 12, 14-16

¹⁵⁰ Danelius, De mänskliga rättigheterna - räcker 2 kap. RF eller behövs mer? (1987) s 645-646, 650 - 651

¹⁵¹ född 1927, svensk jurist och proffesor emeritus i allmän rättslära vid Stockholms universitet. Son till Halvar Sundberg, se fotnot 118.

en motor för att genomföra den socialistiska omvandlingen av samhället. Sundberg har ett citat av Lidbom från 1974 i sin artikel som sammanfattar Lidboms syn på saken: ”Med mitt sätt att se kan vi aldrig nå målet om vi inte konsekvent gör oss kvitt forna tiders syn på lagar som skrivs för decennier som uttryck för någon slags oföränderlig objektiv rättvisa. Lagar skall inte betraktas med underdånig respekt. De är arbetsredskap som vi använder för att uppnå politiska mål. - - - Vi flyttar fram positionerna i våra egna värderingars riktning.” Sundberg beskriver det som att EKMR var något som stod i vägen för de socialistiska idéerna och Lidboms uppgift blev således att ”avväpna konventionen”. Det ansågs föreligga normharmoni mellan svensk lag och EKMR, vilket var den officiella anledningen till varför någon transformerande lagstiftning inte kom till stånd. Under 1970-talet växte praxis avseende hur EKMR skulle hanteras av domstolar och myndigheter. Sundberg presenterar praxis och kommer till slutsatsen att regeringsrätten verkade ”förbjuda svenska domstolar att läsa traktaterna.”. Sundberg identifierar en kamp under 1970-talet mellan internationalister, som stödde EKMR och konventioner av liknande slag, och minimalister, som med socialistisk inriktning avfärdade EKMR och dylika konventioner.¹⁵²

Hans Danelius framhåller i sin artikel Europadomstolen och den svenska rättsordningen i SvJT 1989 att när EKMR ratificerades i början av 1950-talet ansågs inga hinder föreligga i svensk rätt för anslutningen. Danelius menar att den proposition som föregick ratificeringen ”genomsyras av tanken att Sverige borde visa god vilja och medverka till genomförandet av en internationell överenskommelse som tog sikte på att förbättra rättsförhållandena i andra länder än vårt eget”. Redan vid ratificeringen ställde sig Sverige tveksamt till Europadomstolen och dess kompetens erkändes först 1966 efter att Östen Undén avgått som utrikesminister. Men innan dess hade det dock varit möjligt för enskilda individer att klaga till kommissionen, vilket enligt Danelius under de första trettio åren inte skedde i särskilt stor omfattning. Under 1970-talet började det dock att så smått hända saker, då de första målen kom att hänskjutas till Europadomstolen. Det stora genombrottet skedde enligt Danelius under 1980-talet med den

¹⁵² Sundberg, Folk rätt och folkvett s 402, 407, 410, 412, 416

fällande domen mot Sverige i Sporrang-Lönnroth-målet. I sin artikel gör Danelius en insats att försöka identifiera de typer av fall som förefaller karakteristiska för Sverige. Domstolskontrollen, d v s avsaknad av rätten till domstolsprövning, särskilt avseende förvaltningsbeslut, utgör en grupp. Exempel på problemområden inom denna kategori är att frihetsberövanden av olika slag prövades av nämnder och inte av domstolar men även att Sverige hade jämfört med resten av Europa väldigt långa anhållningstider. En andra grupp utgör skyddet för äganderätten, särskilt avseende expropriation. I avvägningen mellan den enskildes och det allmännas intressen vägde oftast det allmännas tyngre i Sverige än i övriga europeiska länder. Ett exempel är de s k löntagarfonderna. Den tredje gruppen utgörs av s k kollektiva regleringar, d v s att organisationer eller kollektiv har av den svenske lagstiftaren en tendens att gynnas på den enskildes bekostnad. Avslutningsvis ger Danelius förslaget att kanske Sverige borde inkorporera EKMR och på så vis göra den direkt tillämplig för svenska domstolar och myndigheter. Danelius menar att en inkorporering förvisso skulle medföra vissa juridiska problem men att dessa kan analyseras och lösas och bör inte utgöra något hinder för inkorporering. Argumentet att det skulle vara svårt för svenska domstolar att tillämpa EKMR köper inte Danelius som menar att "Varför skulle svenska domare här vara sämre än de kontinentaleuropeiska domare som tillämpar inte bara denna konvention utan också många andra konventioner och dessutom ibland diverse EG-författningar".¹⁵³

Att det hålls ett seminarium om Europarådet och mänskliga rättigheter visar att intresset ökat för rättighetsfrågan. Uppe till diskussion var återigen hur konventionen skulle tillämpas av domstolar och myndigheter. Såväl Danelius som Petrén framhåller vikten av att införliva EKMR i den svenska rättsordningen. Debatten mellan Lidbom och Petrén visar på de olika sidornas ståndpunkter och Lidboms inlägg sammanfattar i sanning den samtida politiska känslan. Jurister, särskilt domare, skulle inte ägna sig åt att tolka konventioner, det var ju upp till politikerna att göra det. Men då krävs det ju att politikerna faktiskt sköter om tolkningen, så att domstolarna kan

¹⁵³ Danelius, Europadomstolen och den svenska rättsordningen. (1989) s 654 - 663, 668-669

ägna sig åt att tillämpa. Det som förefaller karakterisera situationen i den svenska rättsordningen var att politikerna inte transformerade eller införlivade konventionens bestämmelser i kombination med att domstolarna trodde sig inte kunna, eller helt enkelt inte ville, använda konventionen som tolkningsdata för den svenska rätten. Vi har en situation där RF inte ger tillräckligt rättighetsskydd och dessutom inte tillämpas av domstolarna, parallellt erbjuder EKMR ett vidare rättighetsskydd som domstolarna inte får tillämpa. Status quo, helt enkelt. I slutet av denna period finns ett något så när bra teoretiskt rättighetsskydd både i regeringsformen och i EKMR. Det som brister, precis som Danelius framhåller, är den praktiska tillämpningen av rättighetsskyddet.

Det framhålls i många artiklar att intresset för mänskliga rättigheter är stort under denna period. En avgörande anledning till detta kan antas vara Europadomstolens fällande domar mot Sverige. I och med generationsskiftet inom socialdemokratin med Palme och Lindbom, sker enligt min mening ett bakslag för rättighetsfrågan. Även om rättigheternas utveckling bromsades upp något så var bollen redan satt i rullning och gick inte att stoppa, men man kan självklart fråga sig hur det sett ut om Palme inte bragts om livet.

Under hela 1980-talet har ett stort antal artiklar publicerats inriktade på olika delar av rättighetsfrågan och jag har inte kunnat ta med alla. Det är dock mycket intressant att se att antalet artiklar om rättigheter och det svenska rättssystemet ökat så markant jämfört med tidigare. En intressant observation som jag gjorde under min undersökning är att de artiklar i SvJT som avsåg mänskliga rättigheter och EKMR genomgick redaktionella förändringar från 1985/86. Från att under tidigare år behandlats under internationell och främmande rätt kom de nu att behandlas under offentlig rätt, d v s som svensk inhemsk rätt. Jag tycker att man från mitten av 1980-talet och framåt överlag kan identifiera ett diskursbrott, d v s att mänskliga rättigheter och skyddet för desamma får ett genombrott i den svenska debatten genom att ett stort antal artiklar publiceras bl a med frågeställningar kring huruvida regeringsformens rättighetskapitel kan anses som ett tillräckligt skydd.

7.5 Från inkorporeringen av EKMR i svensk rätt och framåt (1995- 2010)

Maciej Zaremba¹⁵⁴ startade med sin artikel Orättens rötter en het debatt om rättspositivism, relationen mellan rätt och moral och om och i så fall var moralen kommer in i det svenska rättssystemet. Artikeln är ursprungligen publicerad i tidningen Moderna tider 62-63 1995/96. Zaremba menar att moralen är försummad i den svenska rätten, vilket han åskådliggör med exemplet med ett barn som faller i en vattenpöl och drunknar, medan en man står bredvid och tittar på. Det finns nämligen inget i den svenska lagen som säger att mannen är skyldig att agera. Denna orättens rötter härleder Zaremba till Uppsalaskolan och duon Hägerström och Lundstedt. Genom Uppsalaskolan har rättskänsla, plikt, rättsprinciper, moral och mänskliga rättigheter avfärdats eftersom de inte vetenskapligt kunde iakttas, mätas, vägas eller ligga till grund för experiment. Dessa kräver enligt Zaremba snarare ”förmåga till inlevelse, humanistisk bildning, sinne för paradoxer och en smula intuition”. Efter att dessa avfärdade begrepp försvunnit kvarstod endast lagen och lagstiftarens vilja. Juridiken upphör genom rättspositivismen att vara en humanistisk disciplin och då kommer oundvikligen konflikter med det allmänna rättsmedvetandet att uppstå menar Zaremba. Tilltron till rättsväsendet får sig även en rejäl törn enligt Zaremba när lagen används som medel för att uppnå politiska mål, inte för att uttrycka rättvisa, vilket Carl Lidbom uttryckligen såg som lagens enda syfte.¹⁵⁵

Ulf Bernitz¹⁵⁶ anser att, även om införlivandet av EKMR i Svensk lag har utvecklat skyddet för det medborgerliga rättighetsskyddet, så utgör den lagtekniska lösningen en ”halvmesyra”. Konventionen har en ”haltande status” eftersom den inte givits den företrädesrätt som den borde fått enligt Bernitz. Bakom dessa förhållanden anser Bernitz ”ligger uppenbart en viss

¹⁵⁴ född 1951 i Polen, journalist och författare. Arbetar sedan 1989 vid Dagens Nyheters kulturredaktion. Zaremba har mottagit många utmärkelser och priser, bl a blev han 2009 utsedd till hedersdoktor vid Juridiska fakulteten i Lund samt tilldelades 1996 Advokatsamfundets journalistpris.

¹⁵⁵ Zaremba <http://zaremba.wordpress.com/2009/04/14/orattens-rotter/> (20110102)

¹⁵⁶ född 1936, svensk jurist och professor i europeisk integrationsrätt vid Stockholms universitet, tidigare professor i europarätt och civilrätt.

misstro från politiskt håll mot en effektiv domstolskontroll av att Europakonventionen iakttas. Denna misstänksamhet mot domstolarna är alls inte ny i vårt land men ter sig sakligt sett svårförståelig och föga i linje med europeisk rättsutveckling”. Bernitz menar dock att utvecklingen kommer att fortgå och ringar avslutningsvis in problemet: ”Ytterst gäller saken om domstolarna primärt skall betraktas som den offentliga maktapparatusens förlängda arm eller som ett självständigt värn för medborgarnas rättsskydd.”¹⁵⁷

Håkan Strömbergs¹⁵⁸ artikel Tankar om naturrättens renässans i SvJT 1996 behandlar rättighetsbegreppet och Uppsalaskolans olika begrepp samt ger en historisk återblick. De nationella rättighetsförklaringarna som etablerats allt sedan 1700-talet innebar försök att kodifiera naturrätten, dels genom grundlagsregler, dels genom vanlig lag. Kodifieringen av naturrätten utvecklades ytterligare efter andra världskriget då skrivna regler även etablerades på internationell nivå. Trots den skrivna formen menar Strömberg att ”det med hänsyn till denna reglerings inspirationskälla befogat att beteckna denna utveckling som en naturrättens renässans”. Strömberg menar vidare att de naturrättsliga tankarna åter väckts till liv inom såväl rättsfilosofin som den rättspolitiska debatten och ger bl a som exempel att man börjat plädera för etisk hänsyn i rättstillämpningen och vidgad lagprövning. Strömberg går vidare och resonerar kring Axel Hägerström och menar på att dennes teser ”skulle varit ganska oförargliga om de hade fått stanna inom filosofins domäner. Men det fick de inte”. Hägerström blev enligt Strömberg missuppfattad vilket gav upphov till ‘värdenihilism’ och ‘värderelativism’ som termer för hans läror. ”Dessa termer kan inge föreställningen att Hägerström pläderade för en hänsynslös egoism eller en utsvävande libertinism. Ingen kan vara felaktigare. [...] I själva verket var Uppsalaskolans företrädare långtifrån amoraliska.”. Strömberg fortsätter och tror inte att Hägerström ansåg det förkastligt att fälla värdeomdömen utan snarare att dessa strikt teoretiskt inte besatt något sanningsvärde. Problemet som Strömberg ser det är att man ser sina egna

¹⁵⁷ Bernitz, Europakonventionens införlivande med svensk rätt - en halvmesyr (1994/95) s 268-269

¹⁵⁸ 1917-2002, svensk jurist och professor i folkrätt vid Lunds universitet 1962-1981. Strömberg har författat stora mängder juridisk kurs- och facklitteratur.

värderingar som objektivt riktiga, men hur kan man bevisa för andra att ens övertygelse är något mer än subjektivt tyckande? Strömberg menar att argumentationen måste ”måste föras upp på ett överindividuellt plan. Rättsövertygelsen måste förankras i allmängiltiga principer.” Strömberg slutsats är att demokrati är en förutsättning för bestämmelser om rättigheter och vice versa och menar att i en demokratisk rättsstat låter det sig inte avgöras vilket som är det primära.¹⁵⁹

I slutet av 2001 samlades ett stort antal jurister från Justitiedepartementet, juridiska fakulteter och institutioner för att diskutera rättsvetenskapens roll. I en diskussion kring samspelet mellan rättsvetenskapens metodik, rättsvetenskapen som rättskälla och rättsmaskineriets konstruktion beskrivs rättsrelativismen av Lars Björne¹⁶⁰ som en ”tvångströja för rättsvetenskapen” genom sitt krav på empirisk vetenskaplighet, vilket förhindrar värdebaserade utlåtanden i rättsvetenskapen. Han framhåller även att Uppsalaskolans idéer inte haft något större inflytande utan att ett empiriskt förhållningssätt redan etablerats av den tidigare rättspositivismen. Anders Agell¹⁶¹ framhöll att den empiriska vetenskapligheten och föreställningen att juridiken ska vara värderingsfri måste lämnas därhän. Marie Sandström¹⁶² argumenterade att om rättsvetenskapen skulle öppnas upp för egna värderingar skulle rätten bli ”lös i hullet” och förespråkar en värderingsfri rättsvetenskap så långt det är möjligt, men intar dock inte ett rättsrealistiskt förhållningssätt framhåller Petrusson¹⁶³. Ett beskrivande citat från Olivecrona rörande betydelsen av angreppen mot metafysiken säger att: "Förväxlingen mellan värderingsfriheten och befrielsen från metafysiken är farlig. Den leder lätt till det sämsta möjliga resultat: att man behåller metafysiken och därmed möjligheten till förstuckna värderingar under falsk skylt medan man samtidigt ikläder sig den tvångströja, som avståndet från medvetna och öppna värderingar innebär." Petrusson sammanfattar att rättsrealisterna ”kritiserade den förhärskande rättsvetenskapen för att

¹⁵⁹ Strömberg, Tankar om naturrättens renässans 635-638

¹⁶⁰ född 1944, professor i rätts historia vid Åbo universitet och sedan 2003 hedersdoktor vid Lunds universitet.

¹⁶¹ 1930-2008, rättsvetenskapsman och blev professor i civilrätt 1972 vid Uppsala universitet. Agell var medförfattare till den juridiska klassikern Civilrätt.

¹⁶² född 1979, professor i rätts historia vid Stockholms universitet.

¹⁶³ född 1964, professor i immaterialrätt vid Göteborgs universitet.

använda egna värdeomdömen i sin analys av rättsideologin. Av detta kan man dock inte dra slutsatsen att rättsrealisterna motsatte sig värderande inslag i rättsvetenskapen”.¹⁶⁴

Marie Sandström skriver i sin artikel Axel Hägerström och realismen att Hägerström ”utpekats som orsaken till allt - stort eller smått - som uppfattas som bristfälligt i dagens svenska juridik”. Hon finner det något paradoxalt att samtidigt som Hägerström haft stor inverkan på den skandinaviska realismen så är hans skrifter inte lästa i någon större utsträckning. Anledningen till detta är enligt Sandström att ”Hägerströms arbeten är föga läsarvänliga”. Sandström poängterar att vi i större utsträckning borde följa Hägerströms exempel och ”förhålla oss kritiska till - ja, till och med misstänksamma mot - de rättsvetenskapliga definitionsförsöken” och att det fortfarande är problem med ”slentrianmässig och dogmatisk begreppsanvändning i rättsvetenskapen”.¹⁶⁵

Claes Peterson¹⁶⁶ framhåller i sin artikel Uppsalaskolan och politiseringen av rättsvetenskapen att enligt Hägerström var den positiva rättens innehåll inte en fråga om förnuft utan om politik: ”På grundval av ett politiskt mandat beslutar lagstiftaren vilka värderingar och ändamål som rättsordningen skall avspegla.” Denna möjlighet besitter dock inte rättsvetenskapsmannen eller den vanlige juristen. Rättsvetenskapen har inget mandat för att skapa lag utan ska enbart ägna sig åt lege lata. Persson resonerar om att när naturrätten och det naturliga förnuftet försvann som objektivt given grund för den positiva rätten var det den folkliga grunden som återstod för att ge den positiva rätten dess legitimitet: ”Den folkliga grunden för den positiva rätten, som med demokratins framväxt utvecklades till ett politiskt mandat åt en av folket vald lagstiftare, uteslöt tanken på rätten som ytterst en förnuftsfråga.”¹⁶⁷

¹⁶⁴ Petrusson, Den rättsvetenskapliga forskningens roll — Vad bör den rättsvetenskapliga forskningen syssla med och varför? Rapport från rättssymposium den 22–23 november 2001 på Häringe slott s 222-225

¹⁶⁵ Sandström, Axel Hägerström och realismen s 847- 848, 857

¹⁶⁶ född 1948, professor i rätts historia vid Stockholms universitet

¹⁶⁷ Peterson, Uppsalaskolan och politiseringen av rättsvetenskapen s 583-585

Björn von Sydow¹⁶⁸ pekar ut ett särskilt förhållande i författningsutvecklingen som skedde från 1970 och framåt. De största revideringarna avseende fri- och rättigheter har skett när de borgerliga partierna hade majoritet i riksdagen. Dels 1978 då socialdemokraterna accepterade en kompromiss bl a avseende lagprövningen och dels de ändringar som skedde kring 1994 bl a att EKMR införlivades som svensk lag.¹⁶⁹

Aleksander Peczenik¹⁷⁰ menar i sin artikel i SvJT 2005 att det är tveklöst så att rättspositivismen är en riktig uppfattning när man i ett normalt fungerande samhälle ska besvara huruvida en rättsregel ska följas eller inte. Han framhåller att rättspositivismen däremot är fel när samma fråga ska besvaras i ett icke normalt fungerade samhälle, t ex i Tyskland under nazisttiden då samhället var föremål för ”extremt oetisk maktutövning”. Detta anser Peczenik visar på att ”skilsmässan mellan rätten och moralen inte är absolut” och menar att när juristen tvingas fundera mer ingående på grunden för rättens bindande verkan, kommer moralen att tvinga sig på. ”Undantag från annars gällande rättsregler kan endast motiveras med hänsyn till avvägningar och dessa har en moralisk dimension.”¹⁷¹

Fallet med pastor Åke Green kom att debatteras i SvJT under 2006 i tre artiklar. Inger Österdahl¹⁷² ser det som positivt att Europadomstolens praxis tycks ha tagits sig in i det svenska dömandet men menar samtidigt att kraven på svenska domstolar ökar då de ska tillämpa och sätta sig in i en omfattande mängd och ständigt förnyande rättsmassa. Hon menar vidare att Europadomstolens praxis inte ger mycket vägledning eftersom det inte finns något mål som liknar Åke Green fallet och därför är det svårt att göra en sådan sannolikhetsbedömning som HD gjorde. Hans Ytterberg¹⁷³ frågar sig om HD har gett grönt ljus för hets mot homosexuella som grupp i sin artikel

¹⁶⁸ född 1945, svensk politiker (socialdemokrat) och docent i statskunskap.

Riksdagsledamot sedan 1995 och har sedan dess innehaft ett antal ministerposter samt var talman i riksdagen 2002-2006.

¹⁶⁹ von Sydow, Författningsutvecklingen och parlamentarismen sedan 1970 (2005) s 47

¹⁷⁰ 1937-2005, född i Polen. Peczenik var professor i allmän rättslära vid Lunds universitet

¹⁷¹ Peczenik, Juridikens allmänna läror s 270-271

¹⁷² född 1960, professor i folkrätt vid Uppsala universitet

¹⁷³ född 1952. Sedan 1996 är Ytterberg hovrättsassessor vid Svea Hovrätt och var mellan åren 1999-2009 Ombudsman mot diskriminering på grund av sexuell läggning.

med samma namn. Om HD hade dömt Åke Green för hets mot folkgrupp menar domstolen att Europadomstolen sannolikt skulle anse att avgörandet kränker religionsfriheten i EKMR. Ytterberg framhåller att det ”inte är HD:s uppgift att ‘gissa’ vad Europadomstolen skulle tycka vid en eventuell framtida tolkning av konventionen”. EKMR gäller som vilken svensk lag som helst och HD ska själv avgöra vad som är i enlighet med konventionen med vägledning av vad Europadomstolen ”faktiskt slagit fast i sin tidigare rättspraxis”. I en replik på dessa två artiklar menar Hans Danelius att HD’s dom överlag var väl avvägd och att domstolen ”förfarit på ett korrekt sätt genom att med ledning av domar i besläktade frågor söka fastställa hur Europadomstolen sannolikt skulle bedöma den aktuella situationen”.¹⁷⁴

Artikeln Hägerström och Juridiken från SvJT 2010 av Reidunn Laurén¹⁷⁵ utgör ett kort sammandrag av en uppsats i idéhistoria, vari artikelförfattaren frågar sig vad det är som gör att Hägerström än idag har så stor betydelse inom juridiken och den juridiska debatten. Det som över en natt gjorde Axel Hägerström till ett namn på allas läppar var hans installationsföreläsning 1911 Om moraliska föreställningars sanning. Laurén kan efter en genomgång av SvJT mellan åren 1917-1967 konstatera att det är få rättsvetare som de facto vågat sig på att skriva något om värdenihilismen och att densamma inte fick något vidare genomslag hos de rättstillämpande juristerna, en slutsats som Ivar Strahl också kom fram till redan 1941 (se hans artikel ovan). Men Laurén framhåller att även om man inte kan finna många spår av juristerna i 1930-talets debatt om värdenihilismen vore det förhastat att dra slutsatsen att värdenihilismen inte spelat någon roll för det juridiska tänkandet. Hon menar att ”Hägerström hade ett stort inflytande på den allmänna debatten under denna tid och man kan utgå från att hans tankar diskuterades även bland juristerna”. På frågan om hur det kom sig att Hägerström inte så lättillgängliga filosofi blev inflytelserik och välkänd finner Laurén tre svar. Det var en tid mogen för reformer inom i stort sett alla områden, således låg Hägerströms rationella/analytiska filosofi rätt i

¹⁷⁴ Österdahl, Åke Green och missaktande men inte hatiskt tal s 213 - 214, 219, Ytterberg, Har HD gett grönt ljus för hets mot homosexuella som grupp? s 228, Danelius, Högsta domstolen och pastor Green - Några kommentarer till Inger Österdahls och Hans Ytterbergs artiklar (2006) s 240

¹⁷⁵ född 1931, svensk jurist. Var under året 1991-1994 opolitisk biträdande justitieminister och mellan 1994-1997 president i Kammarrätten i Stockholm.

tiden. Anledningen står även att finna i såväl Hägerströms som Lundstedts personligheter då båda spred läran med en sällsam glöd och karisma. Men den främsta anledningen menar Laurén står att finna i att värdeteorin stämde väl överens med ideologin hos ett parti på väg uppåt, nämligen socialdemokratin, som 1931 för första gången bildade en rent socialdemokratisk regering. Socialdemokraterna förändrade samhället radikalt under sin tid som ensam regeringsbildare, något som enligt Laurén dock hade kunnat ske även utan Hägerströms filosofi, eftersom socialdemokratin hade ett stort folkligt stöd. Hon konstaterar att "Den Hägerströmska värdenihilismen var visserligen ett nyttigt redskap i politiken men inte på något sätt avgörande för socialdemokratins framgång".¹⁷⁶

Överlag uppfattar jag det som att historiska återblickar och förklaringar under denna period ges större utrymme än tidigare och man försöker se till något vidare kontexter. Vyerna verkar ha vidgats och man vågar se utanför den svenska gränsen. Diskursen förefaller återigen ha blivit mer rättsfilosofisk till sin utformning. Antalet kvinnor som deltar i diskursen har dessutom ökat markant. En ny debatt som kommit igång efter 1995 i Sverige är bl a frågor kring rättigheternas universalism. Det är intressant att debatten om Uppsalaskolan och metafysiken hålls än idag. Så sent som 2010 kom en artikel om Hägerström vilket visar att han är en ständigt aktuell person med en ständigt aktuell skola. I en tid då rättigheter tar allt mer plats så är det kanske inte helt dumt att, som Sandström säger, förhålla sig något kritisk och medveten, vad menas egentligen och vad döljer sig bakom begreppet? Naturrätten får anses ha etablerat sig i den europeiska rättskulturen, men det är tydligt att det inte finns någon uttalad naturrättskälla, som Gud eller det mänskliga förnuftet. I ett sådant klimat är det om möjligt ännu viktigare att reda ut vad som de facto gömmer sig i konventionernas begrepp och rättigheter, just för att förhindra att de används i maktmissbrukande syften.

Det verkar som att Sverige under denna period blev moget för att göra upp med sitt eget rättsliga förflutna och försöka komma underfund med vad det var som hände med den svenska rättsordningen, som under närmre 70 år

¹⁷⁶ Laurén, Hägerström och juridiken s 821, 826 - 828

placerade oss i en unik utanförsituation till resten av Europa och rättigheternas renässans.

7.6 Diskursanalytisk slutsats

Diskursen igenom förnekas Uppsalaskolans betydelse och det påstås att det inte är någon jurist som direkt påverkats av den. Onekligen så påverkade den lagstiftaren. Eller är det snarare så att den passade lagstiftarens ändamålsenliga syften och utgjorde ett trevligt argumentationstillskott?

Nu har jag förvisso enbart undersökt den rättsvetenskapliga diskursen, men har under arbetets gång hanterat en del riksdagstryck, och enligt min mening verkar det vara rättsvetenskapens aktörer som burit upp rättighetsdiskussionen och debatten. Kanske för att den inledningsvis varit så svårtillgänglig och svårforcerad att ingen annan, t ex praktiserande jurister, känt att de kunnat delta, vilket jag tycker är en brist. Det praktiska perspektivet hade gett debatten ytterligare djup.

Vid analys av dessa artiklar ser man även vilken resa SvJT själv företagit. Från Karl Schlyters kontextuella prägel till 1950-talets stränga positivism. Denna positivism kom att påverka SvJT under många år och det är först under 1990-talet som vi kan se att SvJT återigen intar en kontextuell hållning i den rättsvetenskapliga diskursen.

Rättighetsutvecklingen verkar hela tiden ha hållits tillbaka, man har velat lite fram och tillbaka och inte riktigt vetat vilket fot man ville stå på. Detta har resulterat i att det mesta har blivit lite halvdant, eller som Bernitz uttrycker det, en halvmesyr. Men så är ju Sverige också mellanmjölkens land.

Rättighet som begrepp har hela tiden varit närvarande i den rättsvetenskapliga diskursen, men från att inledningsvis under diskursen innebära något subjektivt och relativt har det förändrats till att innebära något objektivt och absolut. I dagens diskurs är det således naturrätten som har hegemoni över rättighetsbegreppet. Den övergripande känslan efter att

ha gått igenom allt detta material som spänner över lite mer än 70 år är att rättsrealismen och Uppsalaskolan med Hägerström och Lundstedt alltid varit aktuella på ett eller annat sätt, antingen som trendsättare eller slagpåse. Genom provokation och kreativa missförstånd har de blivit en viktig del av vår svenska historia.

8 Avslutning

Folkrätten och mänskliga fri- och rättigheter har i stor utsträckning blivit positiverad och stadfäst, således kan vår tidsålder klassas som en period av positiverad naturrätt. Frågan är om det finns ett behov av att mer i detalj granska dagens naturrätt för att klargöra vad som egentligen läggs i alla dessa värdeladdade begrepp som återfinns i internationella konstitutioner och deklARATIONER. Dessa skyddsvärda värden får inte utgöra en grund för maktmissbruk eller något som man kan gömma sig bakom, vilket ger upphov till det klassiska lagstiftningsproblemet om för generell och för detaljerad lagstiftning, d v s rule of man eller rule of law. Ett visst utrymme för tolkning får anses vara acceptabelt, men fri- och rättigheter får inte vara utformade så att man kan vända kappan efter vinden, då utgör de nämligen inte längre några absoluta värden och förlorar därmed lite av sitt syfte.

Jag ställer mig något skeptisk till religionens delaktighet i skapandet av den europeiska gemensamma värdegrunden. Katolicismen har t ex en mycket negativ inställning till homosexuella, samtidigt som vi i Europa har enats kring att inte diskriminera p g a sexuell läggning. Jag förnekar inte religionens betydelse som en källa för moral och värderingar. Jag tror däremot inte att det är lämpligt i ett allt mer multikulturellt och multireligiöst samhälle att falla tillbaka på en ur kristendomen sprungen värdegemenskap. Inte minst den negativa religionsfriheten är en viktig aspekt. Därför förespråkar jag en version av Hugo Grotius metod, d v s att försöka se bortom religion och alternativa livsåskådningar och försöka utröna gemensamma värden, grundade på något annat, vår gemensamma mänsklighet måne. Jag menar att var och en blir salig på sin tro, därför bör vårt författningsklimat ge utrymme för den livsåskådning som man själv väljer. Därför krävs en neutral ”paraply-författning” varunder alla dessa olika religiösa uppfattningar kan få likvärdigt skydd.

Vi kan idag se en retraditionalisering vilket innebär att idealism och värden återigen har fått en plats i samhället. Detta fenomen visar tydligt på de pendelrörelser som tar sig större eller mindre svängningar under historiens lopp. Allting är reaktioner och motreaktioner; tes, syntes och antites. Det

finns stora pendelrörelser som sveper över historien i stora vida rörelser, men det finns även mindre som inte sträcker sig över så långa tidsperioder. Tidsperioden 1940 till 2010 är en sådan mindre period där vi ändå kan se hur pendeln svänger. Fram till 1980-talet har Sverige haft en avog inställning till EKMR och rättigheter, men efter ett antal fällande domar mot Sverige i Europadomstolen slog pendeln om för att röra sig mer mot den europeiska rättskulturen och naturrätten. En sådan större period i Europa är 1600- och 1700-talets naturrätt som under 1800-talet sakteligen började röra sig mot rättspositivism för att under 1900-talet slå över fullt i realism. Sedan kom naturrättens renässans och pendeln rör sig återigen. När pendeln slår om igen, och varför, återstår att se.

Vi är inne i en känslig tid och har viktiga vägval att göra. Vi har den olösta tvisten mellan yttrandefrihet och religionsfrihet samt ett ökande terrorhot som eskalerat allt sedan 11 september 2001. Självordsbombaren i Stockholm visar att detta hot finns överallt, även i Sverige. Dessa två problem går på sätt och vis hand i hand. Tillsammans med en världsomspännande ekonomisk kris och ett allt mer trängande behov av att skapa en handlingsplan för klimatfrågorna, har det internationella världssamfundet, EU och Europarådet stora och avgörande frågor att ta ställning till. Även om Sverige kanske förefaller litet och snudd på obetydligt i sammanhanget så har alla nationer något att bidra med. Särskilt Sverige skulle jag vilja säga med vår unika ryggsäck av erfarenheter från 1900-talets självvalda utanförskap, med de unika perspektiv det givit.

8.1 Slutsats

Idag har rättigheter, EKMR och EU en fast plats i den svenska rättsordningen, något som tydligt fastslogs i reformen av regeringsformen som träder i kraft 1 januari 2011. Som jag antydde inledningsvis så har vägen dit inte varit rak eller oproblematiske. Jag tycker mig ha kunnat identifiera fem huvudsakliga anledningar till varför fri- och rättighetsfrågan behandlats som den gjort i Sverige. Dessa anledningar är det svenska utanförskapet, det starka socialdemokratiska styret, att man konstaterade normharmonin mellan svensk rätt och EKMR vid ratificeringen,

domstolarnas svaga ställning, samt den skandinaviska rättsrealismen med Uppsalaskolan, Hägerström och hans anhängare. Man kan dock fråga sig om dessa är av varandra oberoende anledningar. Troligtvis inte. Tex kan utanförskapet sägas springa ur den aviga inställningen till folkrätten som fanns hos såväl Uppsalaskolan som socialdemokratin. Domstolarnas svaga ställning är även den hänförliga till socialdemokratin och Uppsalaskolans som båda ansåg att rätt och politik skulle hållas åtskilda. De identifierade anledningarna har alltså påverkats av varandra och utvecklats jämsides under 1900-talet.

Sveriges neutralitet och utanförskap höll landet fritt från andra världskrigets massförstörelse vilket även gav en viss distans till krigets vidriga brott. När resten av Europa gjorde en ansats att resa sig ur spillrorna med naturrättens hjälp, stod svenskarna utanför och såg frågande ut. Någon renässans för naturrätten blev således inte aktuell för Sverige.

Det socialdemokratiska styret var starkt under stora delar av 1900-talet och de socialistiska ideologierna fick stort genomslag. Lagen och domstolarna skulle användas som styrinstrument för att uppnå politiska mål och det bar emot för politikerna att lämna översynen av lagstiftningen och tolkningen av densamma till domstolarna. Här utgör dock lagrådet ett undantag, men även dess översyn begränsades kraftigt under 1970-talet. Denna motvilja fanns även gentemot att lagen skulle överensstämma med något högre institut, såsom EKMR, än politikernas vilja och målsättningar.

Att EKMR's första tid i Sverige blev något avslagen beror nog främst på att man vid ratificeringen 1952 konstaterade normharmoni mellan konventionen och svensk rätt. I propositionen som föregick ratificeringen förs en ytterst sparsmakad diskussion kring rättigheterna och man nöjer sig med att konstatera att svensk lag överensstämmer med konventionen och att några ändringar inte skulle genomföras. Efter de fällande domarna mot Sverige under 1980-talet var det svårt att upprätthålla föreställningen om att svensk rätt i sin helhet stämde överens med EKMR.

För att kunna realisera rätten krävs att den tillämpas, vilket framförallt görs av domstolarna. De svenska domstolarna har avseende EKMR och fri- och rättigheter varit hårt hållna av det politiska etablissemanget. Man menade att domstolarna skulle hållas utanför det politiska spelet och absolut inte ägna sig åt politik, d v s tolka svensk lags överensstämmelse med internationella konventioner. Socialdemokratin gav ett tydligt uttryck för vilken roll juristen skulle spela, han skulle inte ifrågasätta eller fundera på vad som borde vara rätt, lege ferenda, utan enbart se till och tillämpa det som utgör gällande rätt, lege lata. Att domstolarna inte gavs möjlighet att tillämpa EKMR, och sedermera tvekade när de väl hade möjligheten, är en av anledningarna till varför fri- och rättigheter inte fick ett så stort genomslag i det svenska samhället. Detta har dock ändrats, vilket fallet med pastor Åke Green utgör ett gott exempel på.

Stora delar av den svenska rättskulturen förefaller vara baserad på ett kreativt missförstånd. Det har visat sig att Hägerströms texter var så svårtillgängliga att i princip ingen läste dem, och om man läste dem var det inte säkert att man förstod. Man lät sig istället inspireras indirekt genom förenklingar av hans idéer eller andrahandsuppgifter. Hägerström förnekade t ex inte att det fanns moral och värden, men ställde sig mycket kritisk till att man utger subjektiva känslor och sociala intressen för att vara absoluta rättigheter. Hägerström lägger grunden för rättighetskritiken men det är Lundstedt som uttalat ställer sig emot begreppet. Det förefaller som om att i vart fall Lundstedt inte var emot en internationell rättsordning eller folkrätt som sådan, men ifrågasatte att en sådan ordning skulle baseras på metafysiska föreställningar om rättsmedvetande, rättvisa och rättigheter. Ordningen borde istället baseras på rätten, d v s att konstitutionerna skulle åtföljas av sanktioner som en auktoritativ internationell domstol kunde döma ut. Det skulle även finnas möjlighet att sätta press på nationerna så att sanktionerna verkligen drevs igenom. För att kunna ge ett riktigt bra svar på om huruvida rättsrealismen påverkat krävs en mer djuplodande genomgång av realismens tankar än vad som gjorts i denna uppsats. Men generellt kan man se att dess tankegods helt klart inledningsvis dominerade den svenska rättsvetenskapliga diskursen, samt utgjorde bränsle till den socialdemokratiska argumentationen. Det går inte att leda i bevis, men det är

högst troligt att realismen och rättigheter var ett hett samtalsämne under i stort sett hela 1900-talet. Jag har svårt att tro de författare som helt avfärdar Hägerströms påverkan och viftar bort det som en plötslig fluga. Förvisso, skolan tillämpades inte uttalat direkt och inte heller helt sanningsenligt men jag menar att man mycket väl kan se att Uppsalaskolan och arvet efter Hägerström tydligt spelat en stor indirekt roll för Sveriges förhållningssätt till fri- och rättigheter och utgör således en viktig del i 1900-talets samhällspussel.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Offentligt tryck

- SOU 1941:20, Ändrad lydelse av § 16 Regeringsformen
- SOU 1963:16 Del 1. Lagförslag
- SOU 1972:15 Ny Regeringsform. Ny riksdagsordning
- SOU 1975:75 Medborgerliga fri- och rättigheter
- SOU 1993:40 Fri- och rättighetsfrågor - Regeringsformen Del A
- SOU 1993:40 Fri- och rättighetsfrågor - Inkorporering av Europakonventionen Del B
- Proposition 1951:165
- Proposition 1973:90
- Proposition 2009/10:80 En reformerad grundlag
- SFS 1974:152 Kungörelse om beslutad ny regeringsform

Litteratur

- Algotsson, Karl-Göran: Grundläggande fri- och rättigheter. Publicerad i Svensk författningspolitik. red. Mattson, Ingvar och Pettersson, Olof (SNS förlag, Stockholm, 2003), s 28-49
- Almering, Rolf: Europakonventionen som lagtolkningsfaktor. Svensk Juristtidning, 1973 s 774-788
- Andrén, Nils, 1996: Maktbalans och alliansfrihet - Svensk utrikespolitik under 1900-talet. Norstedts Juridik, Stockholm
- Anners, Erik, 1983: Den europeiska rättens historia 2 - några huvudlinjer. Norstedts, Stockholm
- Bernitz, Ulf, 2009: De mänskliga rättigheterna i Europa och Sverige. Publicerad i Författningskulturer - Konstitutioner och politiska system, red Mellbourn, Anders (Sekel bokförlag, 2009) s 11- 27
- Bernitz, Ulf: Europakonventionens införlivande med svensk rätt - en halvmesyr. Juridisk Tidskrift, nr 2 1994/95 s 259 - 269
- Castberg, Frede: Rett og metafysik. Svensk Juristtidning, 1945 s 19 - 31
- Castrén, Erik: Anm. H.G.F Sundberg: Folkrätt. Svensk Juristtidning, 1945 s 521-525

- Danelius, Hans: De nya FN-konventionerna om de mänskliga rättigheterna - bakgrund och innehåll. Svensk Juristtidning, 1968 s 154-161
- Danelius, Hans: Det internationella skyddet för de mänskliga rättigheterna. Svensk Juristtidning, 1969 s 384 - 389
- Danelius, Hans: Europarådet och de mänskliga rättigheterna. Svensk Juristtidning 1979 s 14 - 22
- Danelius, Hans: De mänskliga rättigheterna - räcker 2 kap. RF eller behövs mer? Svensk Juristtidning, 1987 s 645 - 652
- Danelius, Hans: Europadomstolen och den svenska rättsordningen. Svensk Juristtidning, 1989 s 653 - 670
- Danelius, Hans: Högsta domstolen och pastor Green - Några kommentarer till Inger Österdahls och Hans Ytterbergs artiklar. Svensk Juristtidning, 2006 s 240 - 242
- Edmundson, William A, 2004: An introduction to Rights. Cambridge University Press, Cambridge
- Ekelöf, Per Olof: Rättssamhälle och Rättssäkerhet. Svensk Juristtidning, 1942 s 7-19
- Ekelöf, Per Olof: Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? Svensk Juristtidning, 1952 s 546-559
- Gihl, Torsten: Aktuella problem inom folkrätt och allmän rättslära, Reflexioner i anslutning till ett nyutkommet arbete. Svensk Juristtidning, 1953 s 356 - 369
- Hadenius, Stig, Molin, Björn, Wieslander, Hans, 1967: Sverige efter 1900 - en modern politisk historia. Aldus/Bonnier, Stockholm
- Herlitz, Nils: 1974 års regeringsform? Svensk Juristtidning 1972 s 513 - 565
- Häthén, Christian, 2004: Stat och straff - Rättshistoriska perspektiv. Studentlitteratur, Lund
- Ishay, Micheline R, 2008: The History of Human Rights - From the Ancient Times to the Globalization Era. University of California Press, Berkeley and Los Angeles
- Kellberg, Love: Sverige och Europarådets konvention om de mänskliga rättigheterna. Svensk Juristtidning 1961 s 503-506
- Laurén, Reidunn: Hägerström och juridiken. Svensk Juristtidning, 2010 s 821 - 828

- Lidbom, Carl: Europarådet och de mänskliga rättigheterna. Svensk Juristtidning, 1979 s 34 - 38
- Lindholm, Rolf H: Mänskliga rättigheter i Sverige. Svensk Juristtidning, 1986 s 12 -22
- Lundstedt, Vilhelm: Internationellt socialistiskt samarbete för freden. Utdrag ur protokoll från Sveriges Socialdemokratiska Arbetarepartis tolvte kongress i Stockholm den 6-11 juni 1924. Fronesis, 2003 nr 14-15 Lag och ordning, s 269-280
- Lundstedt, Vilhelm, 1937: Folkrätten - en livsfara för folken. Bokförlaget Natur och Kultur, Stockholm.
- Lyles, Max, 2006: A call for scientific purity - Axel Hägerströms critique of legal science. Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm
- Mattson, Ingvar och Pettersson, Olof: Makten över politikens spelregler. Publicerad i Svensk författningspolitik. red. Mattson, Ingvar och Pettersson, Olof (SNS förlag, Stockholm, 2003), s 2-27
- Modéer, Kjell Å, 2009 A: Juristernas nära förflutna - Rättskulturer i förändring. Santérus förlag, Stockholm
- Modéer, Kjell Å: Den svenska och nordiska samhällsreligionen. Publicerad i Författningskulturer - Konstitutioner och politiska system, red Mellbourn, Anders (Sekel bokförlag, 2009 B) s 175 - 195
- Modéer, Kjell Å, 2010 A: Historiska rättskällor i konflikt - En introduktion i rättshistoria. Santérus Förlag, Stockholm
- Modéer, Kjell Å: Kristendom. Publicerad i Mänskliga rättigheter och religion, red Andersson, Dan Erik och Modée, Johan. (Liber, 2011, in print) Kap 10.
- Nergelius, Joakim, 1996: Konstitutionellt rättighetsskydd - svensk rätt i ett komparativt perspektiv. Norstedts Juridik, Stockholm
- Olsson, Mattias: Vilhelm Lundstedt, folkrätten och rättsrealismen. Fronesis, 2003 nr 14-15 Lag och ordning, s 260-268
- Peczenik, Aleksander: Juridikens allmänna läror. Svensk Juristtidning, 2005 s 249 - 272
- Peterson, Claes: Uppsalaskolan och politiseringen av rättsvetenskapen. Juridisk Tidskrift nr 3 2003/04 s 571 - 585
- Petrén, Gustaf: Europarådets konvention om de mänskliga rättigheterna. Svensk Juristtidning, 1955 s 657-658

- Petrén, Gustaf: Europarådet och de mänskliga rättigheterna. Svensk Juristtidning, 1979 s 38 - 42
- Petrusson, Ulf: Den rättsvetenskapliga forskningens roll — Vad bör den rättsvetenskapliga forskningen syssla med och varför? Rapport från rättssymposium den 22–23 november 2001 på Härings slott. Svensk Juristtidning, 2002 s 217 - 234
- Robinson, O F, Fergus, T D & Gordon, W M, 2000: European Legal History. Oxford University Press, New York
- Sandström, Marie: Axel Hägerström och realismen. Juridisk Tidskrift nr 4 2001/02 s 845 - 857
- Schlyter, Karl: Från dagens diskussion. Svensk Juristtidning, 1946 s 698-706
- Schmidt, Folke: Från franska revolutionens rättighetsförklaring till Beveridge-planen. Idéer och synpunkter i sociallagstiftningen. Statsvetenskaplig tidskrift, 1945 häfte 2, årg 48, s 101-113
- Sigurdson, Ola, 2000: Den Lyckliga filosofin. Brutus Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag
- Steiner, Henry J, Alston, Philip & Goodman, Ryan, 2007: International human rights in context - Law, Politics, Moral. Oxford University press, New York
- Sterzel, Fredrik: Gustaf Petrén till minne. Publicerad i Våra rättigheter V - Rättighetsperspektiv, till minne av Gustaf Petrén. (Rättsfonden 2007) s 9 - 16
- Sterzel, Fredrik: Författningens föränderlighet. Publicerad i Maktbalans och kontrollmakt - 1809 års händelser, idéer och författningsverk i ett tvåhundraårigt perspektiv, red Brundin, Margareta och Isberg, Magnus (Sveriges Riksdag, 2009) s 455 - 482
- Sterzel, Fredrik: Den nya författningen. Svensk Juristtidning 1973 s 597 - 622
- Strahl, Ivar: Idealism och realism i rättsvetenskapen. Svensk Juristtidning, 1941 s 302- 330
- Strömberg, Håkan: Tankar om naturrättens renässans. Svensk Juristtidning, 1996 s 635 - 643
- Strömholm, Stig: Den föränderliga rätten och den eviga makten - ett tema i naturrättskritiken. Svensk Juristtidning, 1970 s 525 - 536

- Sundberg, Jacob W. F.: Folkrätt och folkvett. Svensk Juristtidning, 1988 s 401 - 436
- Tierney, Brian: The idea of natural rights - origins and persistence. Northwestern Journal of International Human Rights, vol 2 2004 s 2-13
- Undén, Östen: Om FN:s och Europarådets domstolar. Svensk Juristtidning, 1963 s 657-661
- von Sydow, Björn: 1809 års författningsverk - vad kan vi lära för framtiden? Publicerad i Maktbalans och kontrollmakt - 1809 års händelser, idéer och författningsverk i ett tvåhundraårigt perspektiv, red Brundin, Margareta och Isberg, Magnus (Sveriges Riksdag, 2009) s 483-530
- von Sydow, Björn: Författningsutvecklingen och parlamentarismen sedan 1970. Statsvetenskaplig tidskrift, nr 1 2005 s 29 -52
- Winther Jørgensen, Marianne och Phillips, Louise, 2000: Diskursanalys som teori och metod. Studentlitteratur, Lund
- Ytterberg, Hans: Har HD gett grönt ljus för hets mot homosexuella som grupp? Svensk Juristtidning, 2006 s 227 - 239
- Österdahl, Inger: Åke Green och missaktande men inte hatiskt tal. Svensk Juristtidning, 2006 s 213 - 226
- Östling, Johan, 2008: Nazismens sensmoral - Svenska erfarenheter i andra världskrigets efterdyningar. Atlantis, Stockholm

Otryckta källor

Internet

- EU's officiella hemsida
http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/rights_values/index_sv.htm
(20101207)
- Europaparlamentets officiella hemsida
http://www.europarl.europa.eu/charter/default_sv.htm (20101207)
- International Paneuropean Union
<http://www.paneuropa.org> (20110101)
- Regeringen och regeringskansliets officiella hemsida
- <http://www.regeringen.se/sb/d/2464> (20110102)

- Svenska FN-förbundet
<http://www.sfn.se/fn-info/om-fn/fns-historia/nationernas-forbund-nf/>
(20101229)
- TNS SIFO (Väljarbarometern)
<http://www.tns-sifo.se/rapporter-undersokningar/valjarbarometern>
(20101228)
- Maciej Zarembas hemsida och blogg
<http://zaremba.se> (20110102)

Rättsfallsförteckning

NJA 2005 s 805