



LUND UNIVERSITY

När juridiken är politikens fortsättning med andra medel

Brännström, Leila

Published in:
Glänta

2020

Document Version:
Manuskriptversion, referentgranskad och korrigerad (även kallat post-print)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Brännström, L. (2020). När juridiken är politikens fortsättning med andra medel. *Glänta*, 3-4(2019), 4-11.

Total number of authors:
1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

När juridiken är politikens fortsättning med andra medel

Leila Brännström

Ett halvsocialistiskt land befolkat av sexuellt frigjorda blonda människor som är humanistiskt sinnade och jämlikhetssträvande, så var under lång tid den förhärskade bilden av Sverige utomlands. Men den har förändrats och anledningen är inte bara de stora framgångarna som nationalistiska strömningar rönt på senare år. Redan 2013 hävdade The Economist i ett nummer att de nordiska länderna, och i synnerhet Sverige, hade hittat ”supermodellen” för reformering av den offentliga sektorn. I en av artiklarna i numret – som innehåller flera reportage om de nordiska länderna, och vars framsida pryds av en man i vikingamundering – konstateras att:

För trettio år sedan förvandlade Margaret Thatcher Storbritannien till en global föregångare för att ”tänka det otänkbara”. Idag har den utmärkelsen gått vidare till Sverige. De slaktade heliga kornas blod har färgat Stockholms gator röda. Tankesmedjorna är överfulla av nya idéer.¹

Vad går då den svenska supermodellen ut på? The Economist lyfter fram såväl de rejäla skattesänkningarna som (de samtidiga) nedskärningarna av de offentliga utgifterna, men menar att det som verkligen utmärker den svenska supermodellen är att marknaden fått sträcka ut sig långt in i den offentliga sektorn på sätt som är radikalare än i andra länder. Som särskilt anmärkningsvärd framhäver tidskriften utvecklingen på skolområdet där införandet av en nationell skolpeng gjort det möjligt för vinstdrivande företag att konkurrera med skolor i

¹ The Economist, ”Northern Lights”, 2013-02-02.

offentlig regi.² Tidskriften summerar att: ”I fråga om valfrihet hade Milton Friedman känt sig mer hemma i Sverige än i Washington DC.”³

The Economist hävdar att den svenska supermodellen växte fram som ett naturligt svar på en ny global fiskal situation som innebär att 1970-talets välfärdsstat vare sig är begärligt eller något man har råd med.⁴ Tidskriften upplyser vidare sina läsare om att ”nordborna är pragmatiska människor” och därför kunde en konsensus om supermodellens nödvändighet snabbt uppstå i spåren av de förändrade omständigheterna.⁵

Detta sista påstående framstår som en ren fantasiskapelse. Om det finns en fråga vid sidan av migrationsfrågan som verkligen är omstridd i det här landet så är det införandet av möjligheten att verka med vinstintressen inom vård, omsorg och utbildning.⁶ Flera opinionsundersökningar antyder att det kan vara så att en majoritet av befolkningen är emot att företag gör stora vinster på de offentligt finansierade välfärds- och utbildningssektorerna.⁷ Även partipolitiskt är frågan omstridd. Medan de borgerliga partierna och Sverigedemokraterna är för, är inte bara Vänsterpartiet utan även Socialdemokraterna emot. Faktum är att en av de första sakerna som den rödgröna koalitionsregering som kom till makten 2014 gjorde var att utnämna en särskild utredare med uppgiften att föreslå reformer som säkerställer ”att offentliga medel används till just den verksamhet de är avsedda för och

² Under läsåret 2018/19 gick drygt var fjärde gymnasieelev i en så kallad friskola. För grundskolan var andelen 15,2 procent. 74 procent av friskoleeleverna går i skolor drivna som aktiebolag. Siffrorna är från sajten *ekonomifakta* som är en del av Svenskt Näringsliv, se www.ekonomifakta.se/Fakta/Valfarden-i-privat-regi/Skolan-i-privat-regi/Antal-friskolor-i-Sverige/.

³ The Economist, ”The Nordic countries: The next supermodel”, 2-2-2013.

⁴ The Economist, ”Northern Lights”, 2013-02-02.

⁵ The Economist, ”The Secret of Their Success”, 2013-02-02.

⁶ Se till exempel Stefan Svallfors och Anna Tyllström, ”Resilient privatization: the puzzling case of for-profit welfare providers in Sweden”, *Socio-Economic Review* 17:3, 2019, s 745–765.

⁷ Se sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=6514099; www.svt.se/nyheter/inrikes/majoritet-vill-begransa-vinster-i-valfarden. Se även Svallfors och Tyllström 2019, s 750–751 samt 758–759.

att eventuella överskott som huvudregel ska återföras till den verksamhet där de uppstått”.⁸ Utredaren Ilmar Reepalu levererade sin rapport, *Ordning och reda i välfärden*, i november 2016. Enligt hans förslag skulle företag begränsa sina framtida vinster till max sju procent om de fortsatt ville bedriva välfärds- eller utbildningsverksamhet med finansiering från det allmänna.⁹

Redan innan utredaren hade hunnit presentera sin rapport hade Svenskt Näringsliv – som representerar 60000 företag, däribland många inom välfärds- och utbildningssektorerna – sjuösatt olika initiativ för att arbeta emot regeringens planer att införa vinstbegränsningar. Ett av dessa var att ge Lars Henriksson, professor i rättsvetenskap vid Handelshögskolan i Stockholm, uppdraget att skriva en rapport om ”huruvida det kan anses vara förenligt med eller stridande mot gällande rätt att genomföra vinstbegränsningsregler”.¹⁰ Senare anlätades även förutvarande professorn i offentlig rätt i Uppsala, Karin Åhman, för att yttra sig om hur förslaget förhöll sig till det rättsliga skyddet för egendom.¹¹ När Svenskt Näringsliv presenterade sitt remissvar till Reepalus rapport 2017 byggde den rättsliga argumentationen i stora drag på de båda professorernas analyser och slutsatser.¹²

Enligt remissvaret skulle vinstbegränsningar inte bara strida mot olika aspekter av den svenska grundlagen och EU-rätten utan också innebära ett brott mot de mänskliga rättigheterna – närmare bestämt ett brott mot rättigheten att ens egendom ska lämnas

⁸ SOU 2016:78 *Ordning och reda i välfärden*, s 21 samt 651.

⁹ Utredningen föreslog också ett förbud mot värdeöverföring för företagen ifråga. Utan ett sådant förbud skulle företag enkelt kunna kringgå kravet på vinstbegränsning genom att föra över värde till ett annat bolag som inte sysslar med välfärds- eller utbildningstjänster och plocka ut pengar därifrån.

¹⁰ Lars Henriksson, ”Vinstbegränsningskrav – rättsliga förutsättningar”, 2015,

www.svensktnaringsliv.se/fragor/valfard/vinstbegransningar-rattsliga-fragestallningar_629523.html.

¹¹ Karin Åhman, ”Yttrande över förslaget om rörelseresultatbegränsning (vinstbegränsning) för juridiska personer och dess förhållande till skyddet för äganderätten som en grundläggande fri- och rättighet (SOU 2016:78: Ordning och reda i välfärden)”, Bilaga 3 till Svenskt Näringsliv, ”Remissvar: Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78)”, referensnummer SN 242/16, 2017-02-20.

¹² Svenskt Näringsliv, ”Remissvar: Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78)”, referensnummer SN 242/16, 2017-02-20.

okränk. ¹³ Denna rättighet skyddas i Europakonventionens första tilläggsprotokoll som Sverige ratificerat och som gäller som lag här i riket. ¹⁴ Svenskt Näringsliv hävdar att aktieägarna i välfärdsföretag har ”legitima förväntningar” om att företagen även framöver ska få ta del av offentlig finansiering enligt nuvarande villkor. ¹⁵ Dessa förväntningar framhålls som en del av aktieägarnas egendom som skyddas av Europakonventionen varför genomförandet av Reepalus förslag, som skulle påverka värdet av privata vinstdrivande företag negativt, skulle leda till en kränkning av aktieägarnas mänskliga rättigheter. ¹⁶

Svenskt Näringsliv, och de båda professorerna, stödjer sig här på att Europadomstolen i flera fall konstaterat att legitima förväntningar på framtida inkomster kan vara att betrakta som skyddsvärd egendom. I ett fall, *Kjartan Asmundsson mot Island* (dom 2004-10-12), till exempel, bedömde domstolen att en person som hade fått rätt till invaliditetspension hade legitima förväntningar på att han så länge han levde skulle få uppbära pensionen. Med andra ord menade domstolen att personen hade rätt till egendomsskydd för den förväntade framtida pensionen och att hans mänskliga rättigheter kränktes när staten ville dra in hans pension i samband med att villkoren för att uppbära invaliditetspension ändrades. I ett annat fall, *Stretch mot Förenade Konungariket* (dom 2003-6-24), hade klaganden ingått markarrendeavtal med en kommunal myndighet där arrendetiden satts till 22 år med option om förlängning med ytterligare 21 år. Den avtalsslutande myndigheten ersattes efter en tid av ett annat offentligrättsligt organ som bedömde att det tidigare ingångna avtalet låg utanför

¹³ Svenskt Näringsliv, ”Remissvar”, s 2 samt s 55–61.

¹⁴ Artikel 1 i Tilläggsprotokoll till konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, antagen i Paris den 20 mars 1952, stadgar att: ”Envar fysisk eller juridisk persons rätt till sin egendom skall lämnas okränk. Ingen må berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som angivas i lag och av folkrättens allmänna grundsatser. Ovanstående bestämmelser inskränka likväl icke en stats rätt att genomföra sådan lagstiftning som staten finner erforderlig för att reglera nyttjandet av viss egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse eller för att säkerställa betalning av skatter och andra pålagor eller av böter och viten.”

¹⁵ Svenskt Näringsliv, ”Remissvar”, s 54. Jfr Åhman 2017 s 12–13.

¹⁶ Svenskt Näringsliv, ”Remissvar”, s 54–59. Svenskt Näringsliv menar härutöver att det föreslagna förbudet mot värdeöverföringar samt reduceringen av bolagsvärden i form av goodwill också skulle innebära att ägarnas mänskliga rättigheter kränktes.

dess kompetens. Europadomstolen slog fast att den sökande hade haft en legitim förväntan, grundad i ett avtal, om att få avkastning på gjorda investeringar på arrendemarken och beslutet att inte förlänga arrendeavtalet innebar en kränkning av den sökandes rätt till egendomsskydd. Mot bakgrund av dessa och liknande fall menar Svenskt Näringsliv att välfärdsföretag (och deras ägare) som verkar på avreglerade marknader på motsvarande sätt har en legitim och i gällande rätt förankrad förväntan om att marknaden ifråga ska fortsatt vara avreglerad.¹⁷

Rätten till egendomsskydd enligt Europakonventionen är, i likhet med de flesta andra mänskliga rättigheter, inte absolut. Enligt tilläggsprotokollet har en stat rätten att reglera användningen av viss egendom om det allmänna intresset kräver det. I praxis har Europadomstolen utvecklat krav på att det offentliga åtgärder ska vara adekvata för att nå det ändamål som uppges och att allmänintresset ifråga inte skulle kunna tas till vara på andra sätt som vore mindre betungande för rättighetsinnehavaren, i det här fallet välfärdsföretagen och deras ägare. Svenskt Näringsliv medger att ett allmänintresse som definierats av en folkvald församling sällan underkänts av Strasbourgdomstolen som ger medlemsstaterna en vid tolkningsram i denna fråga. Likväl menar Svenskt Näringsliv att förslaget inte kan ses som motiverat av ett allmänintresse ”eftersom utredningen inte kunnat visa att det föreligger vare sig några kvalitetsproblem kopplade till vinstdrivande företag, något uttag av s.k. ’övervinster’ eller att privata företag skulle vara ekonomiskt mindre effektiva och därför medföra förluster för det allmänna.”¹⁸ Att offentliga medel ska stanna inom offentlig verksamhet tar Svenskt Näringsliv inte ens upp som ett möjligt allmänintresse. Organisationen anser också att förslaget innebär ett oproportionerligt ingrepp i äganderätten eftersom ”eventuella problem kan lösas med mindre ingripande åtgärder” såsom stärkta

¹⁷ Några andra i sammanhanget viktiga fall är Öneriyildiz mot Turkiet (dom 2004-11-31); N.K.M mot Ungern (dom 2013-05-14); Brunçrona mot Finland (dom 2004-11-16).

¹⁸ Remissvar 2017, s 56 och 60.

kvalitetskrav.¹⁹ Summa summarum är att förslaget om krav på vinstbegränsning för företag i välfärdssektorn kränker välfärdsföretagens och ägarnas mänskliga rättigheter.²⁰

Svenskt Näringsliv är inte den enda organisation som har utrett de rättsliga förutsättningarna för att införa vinstbegränsningar i välfärden. Det har även fackförbundet Kommunal gjort. Kommunal organiserar över en halv miljon arbetare som i stor utsträckning är verksamma inom välfärdssektorn. 2016 fattade Kommunals kongress ett beslut om att en non-profit-princip ska vara rådande inom vård, skola och omsorg. Rapporten ”Rätten att reglera vinster i välfärden – en juridisk analys”, författad av Kommunals jurist, Oscar Taxén tillsammans med juristen Anton Östros, drar slutsatsen att vinstbegränsning visst är förenlig med Europakonventionen, under förutsättning att företagens ägare ges *rimlig ersättning* för redan gjorda investeringar.²¹

I Kommunals rapport understryks att Europadomstolens resonemang ofta är kasuistiskt hållna, det vill säga att resonemangen håller sig nära omständigheterna i det enskilda fallet och svårigen låter sig generaliseras.²² Av denna anledning, argumenterar Kommunals jurister, kan man från Europadomstolens tidigare praxis gällande legitima förväntningar inte dra slutsatsen att välfärdsföretags och deras ägares egendomsskydd inbegriper att ett regelverk som gjort det möjligt för privata företag att göra stora vinster ska fortsätta gälla för all framtid. Denna situation är helt enkelt för olik de som domstolen tidigare uttalat sig om. Kommunals jurister framhåller också, likt Svenskt Näringsliv, att Europadomstolen har lämnat stater stor frihet att bestämma vad som utgör ett allmänt intresse: ”Regleringen av välfärden och vilka krav det offentliga vill ställa på de företag som de köper välfärdstjänster

¹⁹ Remissvar 2017, s 8 och 60.

²⁰ Remissvar 2017, s 2 och 61.

²¹ Oskar Taxén och Anton Östros, ”Rätten att reglera vinster i välfärden – en juridisk analys”, Kommunal, 2016, s 6, www.kommunal.se/sites/default/files/ratten_att_reglera_vinster_i_valfarden_webb_.pdf.

²² Taxén och Östros, 2016, s 17-19.

från kan därmed sannolikt motiveras med det allmännas intresse”. På samma sätt har staterna lämnats utrymme att bestämma ersättningsnivåer vid inskränkningar av äganderätten så länge nivån är rimlig.

Kommunals rapport lyfter också fram de så kallade välfärdsmarknadernas speciella karaktär där staten inte bara agerar i egenskap av offentlig myndighet utan också som *köpare*. Rapporten gör gällande att välfärdsmarknaderna skiljer sig från andra marknader som har konkurrensutsatts, exempelvis apoteks- eller telekommunikationsmarknaden, eftersom det offentliga i princip är den enda köparen av tjänsterna som tillhandahålls. Från ett kommersiellt perspektiv skulle det vara absurt att hävda att en köpare måste fortsätta köpa en viss sorts tjänst för all framtid.²³

Vi har här två juridiska ståndpunkter som står emot varandra. Svenskt Näringsliv – en organisation som har ett tydligt intresse av att vinstbegränsningar inte införs – står på ena sidan. Kommunal, en fackförening som motsätter sig vinster i välfärdsverksamhet och vars medlemmar har ett tydligt intresse av att resurser stannar inom välfärdssektorn, står på den andra. Hur ska vi förstå och förhålla oss till det faktum att de båda bedömningarna, som formulerats av, eller med understöd av, juridiska experter *råkar* vara i linje med de preferenser som var och en av organisationerna har? Använder en eller båda parter juridiken på ett illegitimt sätt som en förlängning av politiken med andra medel? Skulle tvisten kunna avgöras om de allra främsta juridiska experterna inkallas för att avgöra vilken part som rätt?

Låt oss först ta ett steg tillbaka och betrakta det beskrivna scenariot i ett historiskt ljus. På 1970-talet började ett skifte märkas i synen på rätten och domstolarnas roll i Sverige, en förändring som senare, på 1990-talet, tog fart i och med att Sverige blev medlem i EU och

²³ Taxén och Östros, 2016, s 16.

Europakonventionen införlivades i svensk rätt. Tidigare hade domstolarnas roll antagits vara att, under beaktande av rättsliga grundprinciper såsom likhet inför lagen och förutsebarhet, tolka och tillämpa lagen i enlighet med riksdagsmajoritetens vilja såsom den kommit till uttryck i förarbetena. Rätten skulle fungera som ett instrument för politiken. Den här tolkningen lever kvar, men en annan rollbeskrivning har sakta och säkert kommit att få den mer framträdande platsen: rättens och domstolarnas uppgift är att begränsa och kontrollera vad som är möjligt att vilja och göra politiskt, så att individers rättigheter skyddas.²⁴ Rätten ska fungera som en barriär mot politiken. De revideringar av Regeringsformen som har gjorts efter att den infördes 1974 följer rörelsen i denna riktning. De flesta har drivits fram av de borgerliga partierna tillsammans med Miljöpartiet.²⁵

Partipolitiska agendor har emellertid spelat en sekundär roll i denna förändring av rättens och domstolarnas roll i relation till politik. Skiftet är framför allt ett resultat av att från 1970-talet och framåt har ett alltmer finmaskigt transnationellt nät av rättsregler och rättstillämpningsmekanismer växt fram som förpliktigar stater och begränsar vilken typ av politik de får ägna sig åt. Det är ingen tillfällighet att detta skifte inträffar samtidigt som nyliberalismens genombrott och välfärdsstaternas kris och att dess konsolidering sammanfaller med marknadsliberalismens segertåg på 1990-talet.²⁶ Svensk rätt kan idag sägas vara underordnad en *transnationell konstitution* vars viktigaste beståndsdel är Europarätten, det vill säga EU-rätten och Europakonventionen samt EU-domstolens och Europadomstolens tolkning av dessa. Om riksdag och regering frångår denna konstitution, tillrättavisas de av de överstatliga domstolarna. Samtidigt, i en parallell men inte orelaterad utveckling, har vi under

²⁴ Om detta se till exempel Leila Brännström, ”Juridik som politik och behovet av kritik”, i Petra Hall och Lisa Pelling (red), ”Rätten till rättvisa: om utsatta människors rättigheter och tillgång till rättvisa”, s 60–75, samt Torbjörn Bergman, ”Demokratien, statsskicket och regeringsformen”, i *Statsvetenskaplig tidskrift*, 113:3, s 259–270.

²⁵ Pär Nuder, ”Stolt men inte nöjd: en kärleksförklaring till politiken”, Norstedts, 2008, s 180–181.

²⁶ Se här till exempel Quinn Slobodian, *The Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Harvard University Press, 2018; och Jessica Whyte, *The Morals of the Market: Human Rights and the Rise of Neoliberalism*, Verso, 2019.

de senaste decennierna också sett en förstärkning av idén om att domstolar, rättigheter och rättsstatlighet kan garantera legitimitet. Det är i det ljuset man till exempel ska se migrationsdomstolarnas avlösning av utlänningsnämnden och migrationspolitiska diskussioners snäva fokus på rättssäkerhetsfrågor.

När domstolarnas roll blir att övervaka och begränsa politiken blir politiken *förrättsligad*, det vill säga att juridikens spelregler tar en alltmer framträdande roll i politiken. I och med att domstolarna kan komma att underkänna beslut fattade av riksdag och regering, breder de rättsliga spelreglerna och det rättsliga tankesättet och språket ut sig i politiska fora och diskussioner som ett slags utslag av preventiv självkorrigering. Frågan om vinsttak i välfärden illustrerar vad förrättsligandet av politiken handlar om – parterna nöjer sig inte med att diskutera vad som vore lämpligt, önskvärt, resurseffektivt eller rättvist, utan drabbar också samman med rättsliga argument. Rättsliga argument kännetecknas framför allt av att vara bakåt-orienterade. De kretsar således primärt kring vad som redan bestämts genom lagstiftning, prejudikat och sociala interaktioner. Men de normer som dessa praktiker genererar är alltid underbestämda, vilket betyder att det ofta finns ett utrymme, större eller mindre, för att på rimliga grunder ha skilda meningar om vad som faktiskt bestämts och hur det som bestämts ska tillämpas i konkreta situationer. Hur stort detta utrymme blir har att göra med hur en viss norm formuleras, graden av hegemoni kring de sociala praktiker som normen riktar sig mot, och så vidare. Historiskt har vi sett att regler om grundläggande och mänskliga rättigheter lett till stora oenigheter om reglernas innebörd och att tolkningarna av dessa rättigheter ändras en hel del över tid. Det handlar dels om att dessa rättigheter är allmänt formulerade men också om att många aktörer deltar i tolkningen av dem.

I takt med att domstolarna blivit viktiga arenor för politiska strider, har vi sett en rad juridiska nätverk och organisationer växa fram som dels bistår särskilt behövande eller allmänheten i stort med juridisk hjälp, dels sysslar med rättspolitiskt opinionsbildningsarbete och/eller juridisk folkbildning. Sveriges antidiskrimineringsbyråer, Akademin för rörelsejurister, Barnrättsbyrån, Centrum för sociala rättigheter i Malmö, Asylrättsstudenterna, och Juridikfronten är bara några exempel på nätverk och organisationer som under senare år bildats för sådana syften. Civil Rights Defenders, det nya namnet på Svenska Helsingforskommittén, är en gammal organisation som delvis lagt om sin verksamhet och utöver sitt fokus på förra östblocket även bedriver strategisk processföring i Sverige. Några andra äldre och större organisationer som använt sig av strategisk processföring som inslag i sina respektive verksamheter är TCO och RFSL.

De nätverk och organisationer som nämnts ovan skulle alla kunna placeras till vänster eller i mitten på den politiska skalan men utvecklingen mot större juridisk organisering och mer juridisk aktivism sker utifrån vitt skilda politiska och ideologiska utgångspunkter. Den mest framgångsrika och kända politisk-aktivistiska juristbyrå i Sverige har en högerprofil. Det är inte en tillfällighet att stiftelsen Centrum för rättvisa grundades 2002 av den förre ordföranden för Moderata ungdomsförbundet, Gunnar Strömmer, som nu är partisekreterare för Moderaterna. Och under senare år har det kristna konservativa Skandinaviska människorättsjuristerna dragit uppmärksamhet till sig genom att, med stöd av Europakonventionens religionsfrihetsartikel, företräda vårdpersonal som av samvetsskäl inte vill medverka till kirurgiska aborter, ta hand om foster vid sen abort, sätta in kopparspiral eller dela ut dagen efter-piller.²⁷

²⁷ Om dessa fall se ”Tro – ett skäl att slippa arbetsuppgifter?”, Advokaten, nr 1, 2019, www.advokaten.se/Tidningsnummer/2019/nr-1-2019-argang-85/new-page21.

När två intressen artikuleras som två tolkningar av en och samma rättighet – såsom vi såg i debatten om vinsttak – kan inga tekniska lösningar ge oss det rätta svaret på hur rättigheten i fråga ska tolkas. De tekniker vi använder i juridisk argumentation – literalism, deduktion, stöd i prejudikat eller ändamålstolkning – kan sällan generera en enda riktig tolkning.²⁸ När någon i sin politiska argumentation hänvisar till rättigheter är sannolikheten hög att även motståndaren förr eller senare försöker göra sin position juridiskt trovärdig. Således verkar Ronald Dworkins inflytelserika idé om att rättigheter fungerar som trumfkort som vinner över policyhänsyn helt felaktig. Det är förvisso sant att det som gör det lockande för politiska aktörer att framställa sina krav som en rättighet är en tro på att rättigheter, särskilt mänskliga rättigheter, ska vara utslagsgivande i förhållande till konkurrerande behov, intressen och målsättningar. Rättighetsspråket är ofta ämnat att signalera att något är ovedersägligt, står över gängse politiska konfliktlinjer och följer av ett moraliskt imperativ. Samtidigt vittnar empirin om att denna effekt regelmässigt uteblir. Hävdandet av rättigheter, och de konflikter om tolkningen av rättigheter och prioritetsordningen mellan olika rättigheter som brukar följa, tar oss ofta tillbaka till utgångspunkten: två politiska ståndpunkter står mot varandra.²⁹

Betyder allt detta att de professorer som anlitats av Svenskt Näringsliv, liksom Kommunals jurister, är väl medvetna om att deras rättsliga argumentation är en möjlig men inte nödvändig argumentationslinje – de låstas bara inte om det? Rättsteoretikern Duncan Kennedy har utifrån en amerikansk kontext konstaterat att den dominerande inställningen hos rättsliga aktivister – vare sig de jobbar inom akademien, på en advokatbyrå, på en tankesmedja eller i en NGO – är en misstankens hermeneutik: de är övertygade om att rätten de facto stödjer deras

²⁸ Duncan Kennedy, "The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought", *Law & Critique*, 25:2, 2014, s 91–139.

²⁹ Det innebär inte att rättsregler låter sig tolkas hursomhelst. Vid varje historiskt ögonblick finns hegemoniska tolkningar och prioriteringar som på kort sikt är icke-förhandlingsbara. I fråga om vinstbegränsning är alla parter till exempel överens om att Europakonventionen kräver att en rimlig ersättning lämnas till de vars rätt att avnjuta sin egendom i fred inkräktas på.

tolkningar, prioriteringar, och värderingar, medan de tillskriver sina motståndare ond tro och tänker att motparten resonerar utifrån ideologiska övertygelser som förkläs i juridiska termer.³⁰ Kennedys konstaterande att aktivistiska rättsliga aktörer gärna projicerar sina värderingar på rätten tycks även gälla på den här sidan Atlanten.

I den praktiska tolkningen av rättigheter är det nästan alltid möjligt att på juridiskt goda grunder hävda olika saker. Och den tolkning som människor ansluter sig till har ofta att göra med hur de önskar att världen fungerade. Om vi skulle medge att det *de facto* finns olika agendor och tolkningar av rättigheter skulle vi bli tvungna att ta på allvar att rättigheter inte bara används i de syften vi understödjer utan även i de syften som våra motståndare understödjer. Vi skulle då behöva ställa andra frågor om (mänskliga) rättigheter än frågan om vilken som är deras sanna och autentiska artikulation. Vi skulle istället fråga vad som står på spel mellan olika rättighetsagendor, vilka bredare projekt dessa agendor är del av, vilka styrkeförhållanden som gäller och vilka vapenslag och resurser som används i rättighetsstrider. Och om vi menar allvar med att makt utövas genom (mänskliga) rättigheter skulle vi förstå att kampen om rättigheter bara kan vinnas på det sätt som alla politiska kamper måste vinnas: genom mobilisering och skapandet av hegemoni.

Sveriges Advokatsamfund, en organisation vars medlemsmajoritet kan förmodas vara allmänborgerlig men som inte på något direkt sätt företräder välfärdsföretagen och dess ägare, kom också med ett remissvar till Reepalus utredning.³¹ Remissvaret sänder i mångt och mycket Svenskt Näringslivs ståndpunkter i repris och innehåller också ett flertal direkta hänvisningar till material som är producerat av Svenskt Näringsliv. I fråga om förenligheten

³⁰ Kennedy, 2014, s 91–139.

³¹ Sveriges Advokatsamfund, Remissvar avseende Välfärdsutredningens delbetänkande Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78), R-2016/2226, 2017-02-21, www.advokatsamfundet.se/globalassets/advokatsamfundet_sv/remissvar/583719_20170221114029.pdf

med Europakonventionen artikel 1 första tilläggsprotokollet hävdar Samfundet utan vidare att förslaget innebär konventionsstridiga begränsningar av äganderätten.³² Självklarheten med vilken detta slås fast ger en bild av det hegemoniska läget i denna fråga i Sverige idag.

³² Sveriges Advokatsamfund, 2017, s 2.