



LUND UNIVERSITY

Juridik som politik och om behovet av kritik

Brännström, Leila

Published in:
Rätten till rättvisa

2017

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Brännström, L. (2017). Juridik som politik och om behovet av kritik. I P. Hall, & L. Pelling (Red.), *Rätten till rättvisa: Om utsatta människors rättigheter och tillgång till rättvisa* (s. 60-75). Premiss förlag.

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

JURIDIK SOM POLITIK OCH OM BEHOVET AV KRITIK

LEILA BRÄNNSTRÖM

I. POLITIKENS FÖRSKJUTNING MOT JURIDIK

A constitution is an attempt to constitute the conditions that will favor certain forms of politics over others.⁵⁴

Whereas the constitutionalization of rights, no doubt, affirms marginalized identities or promotes the status and awareness of procedural justice and negative liberties, its independent influence on promoting progressive notions of democratic or distributive justice appears somewhat exaggerated. If there is a region whose experience supports such a skeptical view of constitutionalism and judicial activism, it is Scandinavia.⁵⁵

Folksuveränitet var den styrande huvudprincipen i 1974 års regeringsform i dess ursprungsversion.⁵⁶ Även om det inte var direkt utskrivet genomsyrades regeringsformen också av tanken att folksuveränitetsprincipen manifesteras bäst genom att partier som står för olika ideologier och program kämpar i periodiskt återkommande val om att få majoritet i riksdagen och bilda regering.⁵⁷ Outtalat men förgivettaget var likaså att riksdagsmajoriteten, utan att hindras av alltför många trans- och internationella rättsliga förpliktelser, kunde forma samhället genom lagar, budget och åtgärder av olika slag i linje med sin politiska vision. Domstolars roll i det sammanhanget var att under iakttagande av juridiska grundprinciper såsom allas likhet inför lagen och vikten av förutsebarhet tolka och tillämpa lagar på ett sådant sätt att riksdagsmajoritetens vilja (som kunde avläsas i förarbetena) fick genomslag. Domstolar och jurister skulle inte överpröva politiska beslut eller på annat sätt ägna sig åt självständiga politiska överväganden eftersom de inte var folkvalda och inte kunde ställas till svars. Ansvar kunde i stället utkrävas av politiska makthavare på valdagen vilket också skulle säkra att problematiska politiska beslut ersattes av nya beslut.

Pär Nuder, den före detta socialdemokratiske ministern, skriver i sin memoarbok från 2008:

Sedan 1974 års regeringsform har balanspunkten mellan politik och juridik förskjutits. Domstolarnas makt har ökat. Det är resultatet av både medvetna reformer och ökad inter-

nationalisering ... Vi har blivit en del av en legalistisk politisk kultur. Den står många gånger i bjärt kontrast till den folksoveränitetskultur som den svenska demokratin bygger på.⁵⁸

I sin roll som samordningsminister hade Nuder själv initierat den utredning vars arbete resulterade i att regeringsformen revideras 2011 på sätt som bekräftade och ytterligare förstärkte förskjutningen från politik mot juridik. Nuder skriver att revisionen föranleddes av ett behov att få ett samlat avgörande och klarhet i en rad konstitutionella frågor, däribland frågan om domstolarnas roll och ställning.⁵⁹ Behovet berodde i sin tur på samhällsförändringar såsom EU-medlemskapet och införlivandet av Europakonventionen i svensk rätt men också på att ”tonläget i författningsfrågan blivit mer militant”.⁶⁰ Det sistnämnda handlade om att de borgerliga partierna och Miljöpartiet, som alla hade principiella invändningar mot 1974 års regeringsform, hade börjat samarbeta i konstitutionella frågor vilket skapade ett politiskt tryck för förändring.⁶¹ När arbetet med revideringen hade pågått en tid efterlyste dessa partier i ett gemensamt utspel bland annat inrättandet av en författningsdomstol, avskaffandet av det så kallade uppenbarhetskravet⁶² och ett förtydligande av domstolarnas självständiga och centrala roll i demokratin och rättsstaten.⁶³

I slutändan försvann uppenbarhetskravet⁶⁴ och domstolarnas särpräglade funktion markerades genom att de tillägnades ett eget kapitel i regeringsformen. Någon författningsdomstol blev det däremot inte. Den övergripande utvecklingsriktningen är ändå tyd-

lig. Domstolarnas uppgift att begränsa och kontrollera vad som är möjligt att vilja och göra politiskt får större utrymme medan uppgiften att se till att rättstillämpningen är i enlighet med riksdagsmajoritetens vilja hamnar i bakgrunden. När domstolarnas kontroll av politiken förstärks blir politiken förrättsligad,⁶⁵ det vill säga att domstolarna får makten att fatta avgörande beslut i allt fler frågor som tidigare avgjordes av politiska instanser vilket för med sig att de juridiska spelreglerna och det juridiska tankesättet och språket breder ut sig i politiska fora och diskussioner.⁶⁶

Även om förändringar av grundlagen liksom partipolitiska agendor har spelat en viss roll i det förrättsligande av politiken som har skett i Sverige, framför allt sedan början av 1990-talet,⁶⁷ är denna – som många konstaterat tidigare – framför allt en effekt av att svensk rätt har underordnats en transnationell konstitution vilket också förändrat svenska juristers och domstolars förhållningssätt till internationella juridiska instrument. EU-rätten och Europakonventionen samt EU-domstolens och Europadomstolens tolkning av dessa intar en särställning i den transnationella konstitutionen och de folkvaldas beslut måste vara i enlighet med dessa för att upprätthållas av domstolarna.

Politikens förrättsligande kan illustreras med hjälp av ett exempel: de EU-rättsliga statsstödsreglernas påverkan på bostadspolitiken.⁶⁸ Statsstödsreglerna är en del av EU:s konkurrensrätt som förbjuder att offentliga medel används för att ge inhemska företag ekonomiska förmåner som skadar konkurrensförutsättningarna inom EU.⁶⁹ 2005 anmälde Fastighetsägarnas förening Sverige

till EU-kommissionen för brott mot statsstödsreglerna med argumentet att de allmännyttiga kommunala bolagen fick ekonomiska förmåner av sina ägare som gav dem konkurrensfördelar – bland annat därigenom att ägarna avstod från marknadsmässig avkastning.⁷⁰ Sakförhållandet som sådant var knappast omtvistat då allmännyttans själva idé historiskt sett varit att påverka konkurrensförutsättningarna på bostadsmarknaden. Allmännyttan har haft det politiska uppdraget att säkra tillgången till bostäder till rimliga priser genom att sätta en standard för hyresnivåerna. Omtvistat var dock i vilken utsträckning EU:s regler om statligt stöd och konkurrens har bäring på det bostadspolitiska området som ligger utanför EU:s kompetensområde och hur dessa regler gäller i förhållande till icke-vinstdrivande aktörer.⁷¹ Även om EU-rättsspecialister menade att det var oklart hur EU-domstolen, som har sista ordet i frågan, skulle bedöma dessa frågor och därmed den svenska bostadspolitikens förenlighet med EU-rätten,⁷² slutade Fastighetsägarnas förenings anmälan efter många turer med en lagändring 2011 som införde ett nytt krav på att kommunala bostadsbolag måste drivas enligt ”affärsmässiga principer”. Det finns olika bud på exakt hur detta krav påverkar och begränsar utrymmet att använda allmännyttiga företag som verktyg för att nå socialpolitiska och andra politiska målsättningar. Det som däremot står klart är att tvister om frågan kommer att ytterst avgöras av domstolar och att den svenska bostadspolitikens även fortsättningsvis kommer att behöva förhålla sig till EU-rättens regler om statsstöd och konkurrens, underordna sig EU-domstolens bedömningar och intresseavvägningar samt

innehålla ett stort inslag av juridiska argument och motargument som framförs av experter.

Det är som sagt alls inte säkert att EU-domstolen skulle ha bedömt att EU-rätten kräver att allmännyttiga företag tillämpar affärsmässiga principer. Om Sverige haft en annan regering/riksdagsmajoritet under den relevanta tidsperioden hade saker kunnat gå på ett annat sätt. Likväl är det ingen slump att just allmännyttan blev ifrågasatt med hänvisning till EU-rätten eftersom EU-rätten är *strukturellt partisk* på så sätt att marknadsaktörernas intressen är skyddade som individuellt utkrävbara rättigheter som begränsar politikens handlingsutrymme och står sig starka gentemot andra intressen medan de institutioner och lösningar som går emot eller avviker från marknadsekonomins funktionslogik är rättsligt angripbara.⁷³ Det borde därför inte överraska någon att diskussioner om eventuella brott mot EU-rätten blossar upp i fråga om sådant som offentliga monopol och vinstbegränsningar för privata välfärdsföretag.⁷⁴

Den transnationella konstitutionen består emellertid inte bara av rättigheter för marknadsaktörer utan också av mänskliga rättigheter.⁷⁵ Som bekant är Europakonventionen det i Sverige i särklass viktigaste transnationella instrumentet för mänskliga rättigheter även om till exempel barnkonventionen också haft viss direkt inverkan på rättstillämpningen.⁷⁶ Medan svensk rätts underställande under EU-rätten har väckt både kritik och ilska, har underordningen av svensk rätt under Europakonventionen, och det förrättsligande som uppstått därigenom, fått ett betyd-

ligt välvilligare mottagande. Detta kanske inte är en överraskning eftersom det framstår som mindre kontroversiellt att lyfta bort frågan om tortyrens vara eller icke-vara från den politiska diskussionen och från politikernas bord. Samtidigt väcker förrättsligandet av politik via mänskliga rättigheter en egen uppsättning problem och möjligheter som kommer att diskuteras och analyseras nedan.

Slutligen måste tilläggas att en dimension av förrättsligandet av politik i Sverige är att allt fler frågor som tidigare avgjorts i politisk/administrativ ordning förs över till domstolarna utan att det finns några direkta transnationella rättsliga normer som kräver det. De två främsta exemplen är migrations- och mark- och miljöärenden.⁷⁷ Den här typen av förskjutning av normgivningsmakt till domstolar förklaras antagligen av att föreställningen om att domstolar, rättigheter och rättssäkerhet är oumbärliga för att producera legitima och godtagbara resultat har växt sig allt starkare under senare år.⁷⁸

2. JURIDIKENS OCH RÄTTIGHETERNAS POLITIK

Rights reasoning [...] allows you to be right about your value judgments, rather than just stating “preferences” as in “I prefer chocolate to vanilla ice cream.”⁷⁹

You need to choose the law that will be yours; you need to vindicate a particular understanding, a particular bias or preference over contrasting biases and preferences. The choice

is not between law and politics, but between one politics of law, and another.⁸⁰

Bland progressiva jurister är det vanligt att understryka att juridik i själva verket inte är något annat än politik. Påståendet kan syfta på att rättsliga normer mer eller mindre direkt har sitt ursprung i politiska beslut, överenskommelser och övertygelser vilket innebär att juridik är föränderlig och att dess normer, antaganden, tolkningar och avvägningar alltid kan komma att omvärderas och ändras. Påståendet kan också referera till det faktum att det finns meningsskiljaktigheter om rättens innehåll och innebörd som tenderar att gå hand i hand med kontrahenternas övergripande politiska orientering. Likväl, även om juridiken är blott en fortsättning på politiken med andra medel, så är det av betydelse att det rör sig om ”andra medel”.⁸¹ Juridiken har sina egna spelregler som sätter en särskild prägel på de frågor och områden där juridiken får en avgörande betydelse. Nedan kommer jag att först diskutera ett utmärkande drag för juridiken för att sedan ta upp något karaktäristiskt för de frågor och de områden där juridiken spelar en stor roll.

Ett kännetecken för juridiken är att det är en i huvudsak bakåtblickande verksamhet i den meningen att juridiska argument och beslut måste förankras i tidigare auktoritativa politiska eller juridiska beslut. Juridisk argumentation handlar i mångt och mycket om att utsträcka det normativa innehållet i tidigare fattade beslut till nya omständigheter. Det rör sig således inte primärt om vad

som vore önskvärt, rättvist eller lämpligt utan om vad som *redan* är bestämt. Likväl lämnar de beslut som skapar rättsregler större eller mindre utrymme för att på rimliga grunder ha skilda meningar om vad regeln innebär och hur den ska tillämpas i konkreta situationer. Utrymmets storlek har att göra med hur regeln är formulerad, vilka tolknings- och argumentationsstilar som är accepterade i det relevanta sammanhanget, graden av samhällelig konsensus/hegemoni om det som saken gäller etc. Historiskt har regler om grundläggande och mänskliga rättigheter tenderat att lämna stort utrymme för olika uppfattningar om reglernas innebörd. Detta har inte bara haft att göra med det öppna och breda sätt på vilket sådana regler är formulerade eller med den dynamiska tolkningsstil som domstolarna brukar inta i sådana frågor, utan också med att sådana regler direkt tilltalar människan/medborgaren vilket skapar goda möjligheter till politisk mobilisering.

Även om rättigheters innebörd aldrig kan läsas fast helt har inte alla tänkbara läsningar av en rättighet förutsättningar för att bli tagna på allvar i den juridiska diskursen. Den strukturella partiskhet som finns i alla rättsordningar gör att somliga argument och krav blir mer framkomliga än andra. Bud på vad grundläggande och mänskliga rättigheter innebär, juridiskt talat, görs inte i ett tomrum utan i ett sammanhang där vissa former av kunskap, vissa preferenser och vissa prioriteringar redan är sedimenterade. Rätten att inte bli utsatt för diskriminering kan här tjäna som ett exempel. Denna rätt kan å ena sidan ses som ett förbud mot sämre behandling av medlemmar av strukturellt

underordnade grupper i samhället, å andra sidan uppfattas som varje individs rätt till likabehandling utan hänsyn till ”moraliskt irrelevanta” personliga attribut såsom kön, etnisk tillhörighet och sexuell läggning. Skillnaden mellan de två synsätten blir tydlig i fråga om olika behandling som har till syfte att förbättra jämlikhet: medan detta uppfattas som ett legitimt undantag från diskriminering, eller över huvud taget inte som diskriminering, inom ramen för det första synsättet, innebär detta illegitim diskriminering enligt det andra. Det individcentrerade tankesätt som är sedimenterat i svensk rätt såväl som i EU-rätten gör att det inte är någon tillfällighet att det är det senare synsättet som etablerat sig som det giltiga.⁸² Således kan rätten att inte bli diskriminerad användas i dag, på ett sätt som framstår som politiskt progressivt, för att fälla den svenska staten för etnisk diskriminering av icke-brottsmisstänkta som figurerat i Skånepolisens så kallade ”kringresanderegister”,⁸³ men den rätten kan också användas för att tvinga Polismyndigheten att avstå från (eventuella) försök att prioritera kvinnor och etniska minoriteter i rekryteringen till Polishögskolan.⁸⁴ Givetvis går det att förskjuta och förändra de särskilda sätt på vilka rätten och juridiken är strukturellt partiska men det handlar här antagligen om långsamma förändringsprocesser.

Karaktäristiskt för de områden där juridiken har en avgörande betydelse är den juridiska expertkunskapens och de professionella juristernas framträdande roller. Medan de mäktigas intressen ofta företräds av utmärkt juristkompetens, kan det vara svårare att mobilisera (köpa) juristkompetens för att skydda de resurssvaga grup-

pernas intressen. Detta gäller såväl på den förrättsligade politiska arenan som i enskildas möten med företag och myndigheter. Tillgängliggörandet av juridisk expertkunskap, genom professionellas engagemang men också genom att juridisk kunskap sprids till de som behöver den, är därmed en förutsättning för att resurssvaga grupper ska kunna tillvarata sina intressen.

I takt med att domstolarna blivit viktigare arenor för politiska strider och i takt med att juridiken fått en större roll för tillgången till samhälleliga resurser, har vi också sett framväxten av en rad juridiska nätverk och organisationer som inte bara bistår särskilt behövande eller allmänheten i stort med juridisk hjälp utan ofta också sysslar med rättspolitiskt opinionsbildningsarbete och/eller juridisk folkbildning. *Centrum för sociala rättigheter* i Malmö,⁸⁵ *Asylrättsstudenterna*,⁸⁶ *Sveriges Antidiskrimineringsbyråer*,⁸⁷ *Barnrättsbyrån*⁸⁸ och *Juridikfronten*⁸⁹ är bara några exempel på nätverk och organisationer som under senare år bildats för sådana syften. Samtidigt har även somliga äldre och större organisationer som till exempel TCO börjat utöva politiska påtryckningar genom att använda sig av rättsliga förfaranden.⁹⁰ Målet mot staten om det så kallade ”kringresanderegistret” som omtalades ovan kan också nämnas i det här sammanhanget: processen drevs av människorättsorganisationen *Civil Rights Defenders* å elva registrerade personers vägnar i syfte att markera att det handlade om etnisk diskriminering och inte bara om en kränkning av den personliga integriteten.⁹¹

De nätverk och organisationer som nämnts kan placeras till vänster eller i mitten på den politiska skalan men utvecklingen mot

större juridisk organisering och mer aktivism sker utifrån vitt skilda politiska och ideologiska utgångspunkter. Det kristet konservativa *Scandinavian Human Rights Lawyers* är juristorganisationen som under de senaste två–tre åren dragit uppmärksamhet till sig när de med stöd av Europakonventionen företrätt klienter som processar för få ett erkännande av att vårdpersonal har rätt att av samvetsskäl avstå från att till exempel medverka vid kirurgiska aborter, dela ut tabletter för att starta en medicinsk abort, ta hand om foster vid sen abort, sätta kopparspiral eller dela ut dagen efter-piller.⁹² Den mest välkända politisk-aktivistiska juristbyrån i Sverige har samtidigt en tydlig högerprofil. Stiftelsen *Centrum för rättvisa* grundades 2002 av den förre ordföranden för Moderata ungdomsförbundet, Gunnar Strömmer, efter att denne hade praktiserat på den amerikanska libertarianska juristbyrån *Institute for Justice*. Stiftelsen har sedan dess drivit processer mot framför allt staten och kommuner men även mot fackföreningar i mål som rör så kallad omvänd diskriminering,⁹³ den negativa fackliga föreningsfriheten, äganderätt, närings- och yrkesfrihet samt olika aspekter av rättssäkerhet. *Centrum för rättvisa* företräder enskilda som inte har resurser att processa på egen hand i fall som de bedömer som principiellt viktiga. Parallellt bedrivs opinionsbildningsarbete för att söka skapa tryck för rättsliga förändringar.⁹⁴

Frågan är hur progressiva krafter ska förhålla sig till att aktörer med vitt skilda politiska och ideologiska agendor hävdar tolkningsföreträde i fråga om vad våra juridiska rättigheter egentligen innebär. Är det viktigt att vidmakthålla att vi företräder de egentliga och

korrekta tolkningarna medan motståndarna missbrukar rättigheterna för att främja sina tvivelaktiga agendor? Eller bör vi snarare understryka att det ytterst är två olika politiska visioner och två skilda politiska intressen som står emot varandra även om positionerna artikuleras i juridiska termer och förankras i tidigare fattade beslut? Jag menar att den senare är den bättre strategin.

Det som gör det lockande för politiska aktörer att framställa sina krav som en rättighet är att rättighetsspråket underförstått bär på ett anspråk att vara utslagsgivande i förhållande till konkurrerande behov, intressen och målsättningar. Användningen av rättighetsspråket signalerar att något är ovedersägligt, står över gängse politiska konfliktlinjer och följer av ett moraliskt imperativ. Det är detta Dworkin menar när han kallar rättigheter för ”trumfkort”.⁹⁵ Kruxet är bara att den politiske motståndarens föresatser väldigt ofta också går att formulera som en moraliskt underbyggd rättighet höjd över politiken och i ett förrättsligt politiskt landskap tenderar motståndarsidan att förr eller senare uttrycka sig i just dessa termer.⁹⁶

När två intressen artikulerats som rättigheter och ställs mot varandra finns det i sista hand inga tekniska lösningar på hur rättigheterna ska viktas i förhållande till varandra. I vissa fall är det förstås möjligt att i enlighet med juridikens spelregler visa att redan fattade auktoritativa politiska eller juridiska beslut ger stöd för att den ena rättigheten premieras framför den andra. Ett problem uppstår emellertid om denna strategi väljs: när en rättighets prioritet rättfärdigas med hänvisning till formella kriterier

så framstår inte längre det intresse som rättigheten företräder som en trängande moralisk angelägenhet utan som något som bestämts genom ett vanligt politiskt eller juridiskt beslut vars legitimitet kan ifrågasättas. Formell juridisk argumentation om rättigheter kan vara en genväg till framgång på kort sikt men i längden kan den inte ersätta nödvändigheten av att vinna stöd för den politik som en särskild tolkning av en rättighet, eller en rättighets prioritet framför en annan, ger uttryck för. Utan brett stöd för den underliggande politiken kommer omtolkningar och urholkningar att komma förr eller senare.⁹⁷ Jag menar således att hävdandet av rättigheter, och de konflikter mellan rättigheter som brukar följa därpå, tar oss tillbaka till utgångspunkten: två politiska ståndpunkter står mot varandra. Kampen om rättigheter måste därför vinnas på samma sätt som andra politiska kamper kan vinnas: genom mobilisering och skapandet av hegemoni.

3. BEHOVET AV KRITIK

Rights claims are often proxies [...] for deeper struggles, and these visions of the good to which rights projects aim are often conflicting or contested... We need to be attentive as critical thinkers to the nature of those deeper struggles and to the broader projects that rights claims seek to realize.⁹⁸

Jag inledde detta kapitel med att genom några nedslag i den författningpolitiska utvecklingen belysa hur politiken förskjutits mot juridik och förrättsligats i Sverige under de senaste

decennierna – något som framför allt är en följd av att svensk rätt underställts en transnationell konstitution som höjer marknadsaktörers rättigheter samt mänskliga rättigheter över de politiska instansernas beslutsbefogenheter. Med de EU-rättsliga statsstödsreglernas inverkan på bostadspolitiken som exempel illustrerade jag sedan dels vad politikens förrättsligande innebär, dels hur EU-rätten är strukturellt partisk till gagn för marknadsaktörernas intressen och till förfång för det allmänna. Därefter skildrades den juridiska aktivism som uppstått i kölvattnet av politikens förrättsligande och några av de saker som utmärker juridiken som politiskt fält togs upp. Efter att ha riktat uppmärksamheten mot att aktörer med vitt skilda ideologiska inriktningar och politiska agendor approprierar rättigheternas språk, förespråkade jag ett förhållningssätt som synliggör och framhåller den politiska vision som underbygger ett särskilt sätt att tolka en rättighets innebörd och att rangordna den i förhållande till andra rättighetsanspråk.

Som avslutning vill jag efterlysa en kritisk inställning till rättigheter. En sådan inställning blir nödvändig när vi inser och medger att det *de facto* finns olika agendor och tolkningar av rättigheter eftersom vi då blir tvungna att ta på allvar att rättigheter inte bara används i emancipatoriskt utan även i konservativt syfte och inte bara underifrån och från periferin utan också uppifrån och från centrum. Till vardags talar vi om ”kritik” i betydelsen negativt omdöme eller som ett generellt bedömande av det som är föremål för kritik: en bok, en film, en konstutställning. Jag efterlyser emellertid ”kritik”

i bemärkelsen av en undersökande verksamhet som kartlägger hur rättigheter *de facto* används i olika sammanhang, vilka faktiska effekter de skapar, vilka intressen de tjänar, vad användningen av dem synliggör och osynliggör – kort sagt, vad rättigheter *gör*.⁹⁹ I stället för att ideligen upprepa att våra politiska motståndare gör *felaktiga* tolkningar och avvägningar av rättigheter kan vi använda oss av kritik för att visa vilket politiskt projekt som deras tolkningar och avvägningar är en del av. Kritik av rättigheter är således inte ett avfärdande av dem utan en förutsättning för att kunna se vad som står på spel i rättighetsstrider och hur arbetet för att forma och förändra rättighetsuppfattningar bör bedrivas.