Argument för och emot inrättandet av en Djurombudsman

Av jur. dr Katarina Alexius-Borgström

Under 1980- och 1990-talen har i Sverige inrättats ett flertal s. k. intresserepresentativa ombudsmän. Mot bakgrund av bl. a. den etiska och rättspolitiska debatt som numera pågår om djurens ställning i olika sammanhang diskuteras i denna artikel frågan om det nu inte är dags att de allt talrikare svenska ombudsmännen får sällskap av en Djurombudsman, dvs. en ombudsman som tillvaratar djurens intressen. Diskussionen förs utifrån analyser av ombudsmännens demokratiska och rättsstatliga legitimitet, fri- och rättighetsbegreppet samt djurplågeribrottets utformning.

Inledning

Djur kan inte ha fri- och rättigheter enligt svensk rätt. Däremot betraktas djurs förmåga att känna smärta som en rättslig angelägenhet. Djurplågeri har i Sverige varit straffbart sedan år 1857. Frågan om djurens situation i samhället har under senare år blivit alltmer aktuell. En s. k. djurrättsrörelse har uppstått, vars ideologiska grund kan sägas ha skapats under 1970-talet av bl. a. filosofen Peter Singer. Rörelsen har alltså funnits i ett par decennier. Tillvaratagandet av djurs intressen kan tyckas verklighetsfrånvänt bl. a. med hänsyn till hur många människor det är som far illa i världen. Innan man dömer ut frågan om djurens situation i människosamhället som ointressant bör man emellertid betänka att det är vanligt att en rörelse med moraliska anspråk först behandlas med löje, därefter diskuteras och slutligen accepteras som en del av den politiska scenen i det etablerade samhället.

Innebörden och omfattningen av det statsrättsliga fri- och rättighetsbegreppet har alltsedan dess genombrott på 1600-talet förändrats parallellt med den sociala utvecklingen. I dag pågår en rättsfilosofisk diskussion om huruvida fri- och rättigheter verkligen kan tillkomma endast människor. Inom djurrättsrörelsen hävdas i allmänhet att en demokratisk rättsstat bör betrakta alla varelser som kan känna lust och smärta som rättssubjekt. Att helt bortse från vissa varelsers intressen p. g. a. att de är djur kallas därvid för artism eller, med en anglofierad term, speciesism. Artism anses bland

djurrättsförespråkare vara ett förtryck i linje med t. ex. rasism och sexism.[1]

Det finns i Sverige ett flertal ombudsmannabefattningar som har till uppgift att hindra kränkningar av olika fri- och rättigheter.[2] Ombudsmännen skall tillvarata den svages rätt. En del ombudsmän skall bl. a. tillhandahålla allmänheten råd och stöd samt arbeta för att genom argumentation i den offentliga debatten öka vissa sociala grupperingars inflytande i det politiska beslutsfattandet. Vilka samhällsgrupper som skall betraktas som så svaga att de måste ges extra skydd genom att en särskild ombudsman bevakar deras intressen torde vara en fråga som står under ständig omprövning. Enligt min mening kan man numera fråga sig om det inte borde inrättas ett ombudsmannainstitut som tillvaratar de allra svagaste varelsernas, dvs. djurens, intressen. Ett försök att närmare utreda detta spörsmål görs nedan på grundval av analyser av bl. a. ombudsmannainstitutet, fri- och rättighetsbegreppet samt djurens ställning i det svenska samhället.

Ombudsmannainstitutet

Med ett ombudsmannainstitut avses i allmänhet ett inför den lagstiftande församlingen ansvarigt ämbete, som behandlar klagomål från allmänheten mot myndigheter och tjänstemän eller som agerar gentemot dessa på eget initiativ och som har rätt att göra undersökningar, rekommendera åtgärder och offentliggöra rapporter.[3] Den som önskar påkalla granskning av förmenta missförhållanden inom det svenska samhället kan idag vända sig till åtta olika ombudsmannainstitutioner. Av dessa är det två, nämligen Justitiekanslersämbetet (JK) och Justitieombudsmannaämbetet (JO),

[1] Se t. ex. Gålmark (red.), Djur och människor — En antologi i djuretik, 1997, s. 6. Inom djurrättsrörelsen förs omfattande och mångfacetterade diskussioner rörande en mängd olika etiska ställningstaganden. Uppgifter i denna artikel som rör idéer inom djurrättsrörelsen återges därför utan anspråk på att vara annat än förenklingar av den moralfilosofiska debatten på detta område.

[2] De resonemang som i denna artikel förs om ombudsmannainstitutet rör denna företeelse i dess offentligrättsliga bemärkelse. Således berörs inte t. ex. Allmänhetens Pressombudsman, vars verksamhet i första hand bedrivs på grundval av frivilliga pressetiska regler. Inte heller rör de resonemang som förs frivilliga ideella organisationer, såsom t. ex. den i dag existerande, ideellt arbetande Djurombudsmannen och dess stödorganisation (DOSO). DOSO, vars verksamhet leds av Ingrid af Trolle, har till syfte att bl. a. praktiskt och ekonomiskt arbeta med att: 1. Bistå och upplysa allmänheten i djurskyddsfrågor. 2. Verka för avskaffande av de plågsamma djurförsöken och bekämpa missförhållanden vid försöksdjurshanteringen. 3. Bekämpa alla former av djurplågeri i t. ex. djurfabriker och vid djurtransporter etc. 4. Förbättra efterlevnaden av djurskyddslagen.

[3] The International Bar Association har ställt upp följande definition av begreppet ombudsman: Ett ombudsmannaämbete är ett ämbete vars verksamhet är reglerad i grundlag eller lag och vars innehavare ansvarar inför den lagstiftande församlingen. Ombudsmannen skall behandla klagomål från allmänheten mot myndigheter och tjänstemän eller kunna agera på eget initiativ. Han skall ha rätt att göra undersökningar, rekommendera åtgärder och offentliggöra rapporter. Wieslander, JO-ämbetet i Sverige, 1995, s. 90.

som ägnar sig åt att förbättra den generella rättssäkerheten. Vidare finns det sex s. k. intresserepresentativa ombudsmän som skall tillvarata svaga samhällsgruppers fri- och rättigheter av allehanda slag. De intresserepresentativa ombudsmännen utgörs av Konsumentombudsmannen (KO), Jämställdhetsombudsmannen (JämO), Diskrimineringsombudsmannen (DO), Barnombudsmannen (BO), Handikappombudsmannen (HO) och Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning.

Sveriges första ombudsmannaämbete skapades redan i början av 1700-talet.[4] Genom 1713 års kansliordning lät Karl XII inrätta en högste ombudsman. Högste ombudsmannens uppgift var att på den styrande maktens, dvs. kungens, vägnar kontrollera att den offentliga förvaltningen följde gällande lagar och författningar och att ämbets- och tjänstemännen skötte sina arbetsuppgifter. År 1719 ersattes den högste ombudsmannen av en befattning som gavs beteckningen Justitiekanslersämbetet. JK-ämbetet tilldelades i huvudsak samma arbetsuppgifter som den högste ombudsmannen haft. Under de sista åren av den s. k. frihetstiden (1718–1772) hade befattningen dock karaktär av ett ständernas förtroendeämbete istället för ett av kungen beroende ämbete.

Regeringsformen av år 1809 var inspirerad av den av bl. a. Locke och Montesquieu förespråkade uppfattningen att medborgarna skall skyddas från offentligt maktmissbruk genom att den statsrättsliga makten tilldelas skilda organ. Även före år 1809 hade en viss maktdelning varit rådande. Maktbalansen under tidigare århundraden var emellertid ofta ganska ojämnt fördelad. Under såväl det karolinska enväldet som under den gustavianska tiden hade kungamakten en starkare position än riksdagen. Under frihetstiden var det däremot ständerna som dominerade statsmakten genom sitt partivälde.

I 1809 års regeringsform organiserades den statliga maktutövningen så att den styrande makten tillkom kungen, den lagstiftande makten var delad mellan kungen och riksdagen, makten över rikets finanser tillkom riksdagen och den dömande makten tillkom domstolarna. Kontrollmakten utövades i huvudsak av riksdagen genom konstitutionsutskottet (KU) och det genom regeringsformen inrättade JO-ämbetet. Under det att JK löd under kungen och regeringen löd JO under riksdagen. Både JK och JO hade emellertid till uppgift bl. a. att genom åtal beivra försummel-

[4] Den historiska bakgrunden till JK- och JO-ämbetena har studerats av bl. a. Erik Naumann i ”Justitiekanslersämbetet” (i Historiska studier tillägnade Ludvig Stavenow, 1924), av Birger Wedberg i ”Justitiekanslern och Högsta domstolen 1809–40” (i StvT 1931 s. 325–362), av Nils Alexanderson i ”Justitieombudsmannen” (i Sveriges riksdag, historisk och statsvetenskaplig framställning, band XVI, 1935), samt av Alfred Bexelius i ”Vår förste JO”, 1981. Vidare har JO-befattningen undersökts i t. ex. ”The Swedish Ombudsmans policy illustrated by case-notes from the annual reports”, 1982, av Ulf Lundvik och ”JO-ämbetet i Sverige”, 1995, av Bengt Wieslander.

ser inom rättsskipning och förvaltning. JO-ämbetet skapades främst eftersom det ansågs önskvärt att den offentliga verksamheten övervakades av en befattningshavare som var oberoende av den styrande makten. JK och JO utövar därför sedan år 1809 en dubbelkontroll av den statliga sektorn.

JK granskar alltjämt Sveriges offentliga verksamhet på regeringens, dvs. den styrande maktens, vägnar. JO är däremot riksdagens, dvs. den lagstiftande folkrepresentationens, ombudsman. I ett rättshistoriskt perspektiv har JO ibland betraktats som en sorts folktribun. JO-ämbetet har alltså antagits representera ”folket” i konflikter mellan gemene man och ”överheten” i form av ämbets- eller tjänstemän. Enligt 1974 års regeringsform utgår all offentlig makt från folket. Riksdagen har i enlighet med principen om absolut folksuveränitet tilldelats en så framskjuten ställning att man övergått till att tala om funktionsdelning istället för maktdelning. Någon egentlig motsättning mellan den styrande makten och den lagstiftande folkrepresentationen torde sällan föreligga. Regeringsformens funktionsdelning innebär att regeringen har den styrande makten, riksdagen utövar den lagstiftande makten och domstolarna har den dömande makten. Kontrollmakten kan sägas tillkomma riksdagen genom KU, riksdagens revisorer och JO. Av dessa tre kontrollmedel är JO det enda som står enskilda till buds.

Såväl JK:s som JO:s verksamhet har förändrats under 1900-talet. Att JK eller JO motverkar försummelser genom att väcka åtal för t. ex. tjänstefel är i dag tämligen sällsynt. Deras huvudsakliga uppgift torde istället vara att genom råd och tillrättavisningar verka för att den offentliga verksamheten bedrivs på ett bra sätt.

År 1915 inrättades ett Militieombudsmannaämbete (MO), vars innehavare skulle beivra missförhållanden inom militärväsendet.[5] MO avskaffades år 1968, varvid befattningens arbetsuppgifter överfördes till JO. Det Näringsfrihetsombudsmannaämbete (NO) som skapades år 1953 uppgick år 1993 i konkurrensverket. KO, som funnits sedan år 1971, finns emellertid kvar i form av konsumentverkets generaldirektör. Under 1980- och 1990-talen har ett flertal intresserepresentativa ombudsmannainstitut inrättats.[6] Dessa ombudsmän skall tillvarata svaga samhällsgruppers rätt i förhållande till både myndigheter och privata näringsidkare. År 1980 skapades

[5] Militieombudsmannaämbetets uppkomst har studerats av Rolf Nygren i de båda verken ”Disciplin, kritikrätt och rättssäkerhet. Studier kring militieombudsmannaämbetets (MO) doktrin och tillkomsthistoria 1901–1915”, 1977, och ”Subordination och enskild integritet. Studier kring ett militärt rättssäkerhetskomplex”, 1981.

[6] En del av de intresserepresentativa ombudsmännen har granskats av forskare som intresserat sig för någon speciell aspekt av dessa rättsinstitut. Så har t. ex. Reza Banakar granskat DO:s verksamhet i den rättssociologiska avhandlingen ”Rättens dilemma”, 1994. I verket ”Jämställdhet eller sexistisk rättvisa? En kritisk studie av svensk jämställdhetspolitik”, 1996, har Mats Lundström undersökt en del aspekter av JämO:s verksamhet.

JämO och år 1986 utnämndes för första gången en DO. Därefter tillsattes en BO år 1993.

I det betänkande av år 1991 som föregick inrättandet av BO noterades att det fanns risk för en ”inflation i ombudsmän”. Därvid anfördes följande. ”Det finns en reell risk för att ombudsmannafunktionen tunnas ut, om vi får inflation i ombudsmän. Får allt fler medborgargrupper sin egen ombudsman eliminerar dessa till slut varandras status, och tyngden i deras agerande kan gå förlorad. Varje ombudsman blir enbart en i raden av företrädare för sin intressegrupp i samhällsdebatten.”[7] I betänkandet fastslås emellertid att det saknas en centralt samlad opinionsbildning kring barn och ungdomsfrågor och att BO:s huvuduppgift därför skall bli att vara en opinionsbildare, som väcker och driver debatt, i frågor som rör barn och ungdomar.[8] Det förhållandet att risken för en ”inflation i ombudsmän” uppmärksammades redan i början av 1990-talet har inte avhållit lagstiftaren från att tilldela allt fler samhällsgrupper ombudsmän. År 1994 utnämndes en HO. En särskild ombudsman mot diskriminering på grund av sexuell läggning skapades år 1998. Den sistnämnda befattningen kan emellertid, sedan en utvärdering skett, komma att slås samman med DO.[9]

Ombudsmannainstitut med uppgift att skydda medborgarnas fri- och rättigheter har under senare delen av 1900-talet inrättats i bl. a. Danmark, Norge, Storbritannien, Nya Zeeland och Österrike. Befattningar som mer eller mindre påminner om det svenska JO-ämbetet finns numera i ungefär 70 länder i alla världsdelar.[10] Sedan år 1995 finns dessutom en ombudsman i den Europeiska unionen; The European Ombudsman.[11] Ombudsmannainstitutionen kan således sägas vara en framgångsrik svensk exportartikel.

[7] I betänkandet fastslås att en ombudsman för barn och ungdom inte direkt kan jämföras med DO eller JämO, eftersom BO ”skall arbeta med barn- och ungdomsfrågor inom ett mycket stort område. Det handlar här om människor under 18 år som saknar rösträtt. Många samhällsbeslut berör barn som grupp, men dessa kan inte med röstsedeln påverka sin generella situation. De har inte heller styrka i att ha många organisationer och andra opinionsbildande instrument till sitt förfogande vilket många andra grupper av medborgare i vårt land har. Barnen och ungdomarna behöver en företrädare i samhällsdebatten och opinionsbildningen som ser samhället från deras perspektiv.” SOU 1991:70 s. 11.

[8] SOU 1991:70 s. 56 och 68.

[9] Närmare om den eventuella ihopslagningen av Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och DO, se prop. 1997/98:180 s. 57.

[10] Wieslander, JO-ämbetet i Sverige, 1995, s. 89.

[11] De befogenheter som tillkommer den Europeiska unionens ombudsman har kartlagts bl. a. av Epaminondas Marias (ed.) i ”The European ombudsman working document”, 1994, och av Franz Matscher (ed.) i ”Ombudsmann in Europa”, 1994. Komparativa verk, vari det utreds vad en ombudsman är på ett teoretiskt plan och hur denna typ av befattningar har utformats i olika länder, föreligger enligt bl. a. följande. ”Occasion for Ombudsman”, 1961, av Thomas Edwin Utley, ”The ombudsman — plan essays on the worldwide spread of an idea”, 2:a uppl. 1985, av Donald Rowat, ”Ombudsmen compared”, 1978, av Frank Stacey samt ”Country sureys”, 1983, och ”Evolution and present function”, 1983, båda med undertiteln ”International handbook of the

Fri- och rättigheter

En människas fria val är alltid i någon mån begränsat till skydd för andra människors fri- och rättigheter. I många situationer är frihet och förekomsten av normer inte varandras motsatser annat än skenbart. Anledningen därtill är att den starke om han inte hindras av någon typ av normsystem kan tyrannisera den svage och utplåna dennes frihet. Frihet vars existens inte garanteras av samhällsordningen tenderar således att upphäva sig själv. Den paradoxala konflikt som ibland uppstår mellan frihet genom frånvaro av regleringar och frihet genom regleringar som garanterar att ingen förtrycks kan knappast lösas annat än genom avvägningar i varje särskilt fall.

Parlamentarisk demokrati är den metod för politisk maktutövning som framstår som mest lämpad att skydda människors fri- och rättigheter.[12] Begreppet parlamentarism kan sägas ge uttryck för två olika idéer. Den ena av dessa är den pragmatiska statsnyttouppfattningen att minoriteten, för att ett samhälle alls skall kunna fungera som en enhet, i allmänhet måste underkasta sig majoritetens vilja. Den andra i parlamentarismen innefattade idén är de demokratiska och rättsstatliga principerna, såsom t. ex. att medborgarna bör ha ett visst inflytande över de samhälleliga institutionerna och att majoriteten bör respektera minoritetens mänskliga fri- och rättigheter.[13]

Om en stats maktutövning är underkastad vissa fast formulerade och förutsebara regler, dvs. utövas inom lagens gränser, är staten en rättsstat i formell bemärkelse. För att en materiell rättsstat skall föreligga fordras därtill att individerna genom fast formulerade och förutsebara regler tillförsäkras och erhåller vissa fri- och rättigheter.[14] Till de fri- och rättigheter som numera brukar anses

ombudsman", av Gerald Caiden. Vidare finns det en del verk som handlar om ombudsmannabefattningarna i särskilda stater. Såsom exempel kan nämnas "The British ombudsman", 1971, av Frank Stacey, "The model ombudsman institutionalizing New Zealands democratic experiment", 1976, av Larry B Hill och "The Danish ombudsman", 1995, av Hans Gammeltoft-Hansen (ed.).

[12] Med formell demokrati brukar förstås den styrelseform där makten direkt eller indirekt behärskas av majoriteten av de styrda, i statsrättsliga sammanhang normalt av majoriteten av de vuxna medborgarna i en geografisk enhet. I denna bemärkelse betecknar demokrati en metod för beslutsfattande och för de beslutsfattande institutionernas organisation, inte en ideologi rörande t. ex. social eller ekonomisk jämlikhet. Begreppet materiell demokrati torde däremot avse att medborgarna både har ett visst inflytande över maktutövningen och att samhället styrs i enlighet med vissa etiska, s. k. demokratiska, värderingar. Jfr t. ex. Peczenik, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet och juridisk argumentation, 1995, s. 88.

[13] Den parlamentariska regeringsprincipen innebär i snäv bemärkelse att den styrande och verkställande makten utövas i överensstämmelse med den opinion som härskar i parlamentet eller motsvarande folkförsamling. Se t. ex. Nyman, Parlamentariskt regeringssätt, 1985, s. 8 ff.

[14] Dalberg-Larsen, Retsstaten, velfærdsstaten og hvad so? 1984, s. 85. Närmare om rättighetsbegreppet, se t. ex. Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv, 1996, s. 48 ff. och där anförd litteratur.

grundläggande hör rätten till personlig säkerhet, opinionsfrihet samt allmän och lika rösträtt för vuxna medborgare.

Under senare delen av 1900-talet har uppkommit ett skikt av s. k. sociala rättigheter, som inte avser att tillhandahålla individerna skydd mot staten utan att bereda dem skydd mot materiell nöd med hjälp av staten.[15] De sociala rättigheterna brukar ibland benämnas positiva rättigheter, eftersom de realiseras genom att staten presterar något mot individerna och alltså avser ”frihet” genom staten. Sådana rättigheter som uppnås genom frihet från statliga ingrepp kallas ibland negativa rättigheter.[16] De tillgångar som nyttjandet av sociala rättigheter fordrar är begränsade. Eftersom individerna konkurrerar rörande denna typ av rättigheter måste rättigheterna fördelas tvångsvis. En persons möjlighet att rösta eller åtnjuta yttrandefrihet och rättssäkerhet inverkar inte på andra individers möjlighet att erhålla dessa företeelser. Rättigheter som rör frihet från statliga ingrepp eller makten över staten är således, i motsats till rättigheter som uppnås genom staten, inte sinsemellan rivaliserande.

Fri- och rättigheter av ovannämnd art kan endast tillkomma människor. Den inom djurrättsrörelsen hävdade uppfattningen att alla varelser som kan känna lust och smärta bör betraktas som någon typ av rättssubjekt saknar, åtminstone för närvarande, närmare förankring i den folkrättsliga och konstitutionella rättstraditionen. Djurs välbefinnande är emellertid ett på det ena eller andra sättet rättsligt skyddat intresse i de flesta demokratier av västerländsk typ.

Varför rättsordningen skall skydda djur från onödigt lidande kan motiveras enligt flera olika argumentationslinjer. I ett rättshistoriskt perspektiv har djurskydd handlat främst om att hindra människor från att agera på ett sätt som på längre sikt är skadligt för samhället i dess helhet. Djurplågeri anses därvid olämpligt därför att åsynen av ett djur som plågas berör människor illa och är förrående. Att nyttodjur utsätts för lidande är dessutom i allmänhet olämpligt ur ekonomisk synpunkt. Eftersom hänsynen till djur enligt dessa synsätt motiveras av människors behov ses inte djurs livssituation som ett eget rättsligt intresse.

En annan, modernare, argumentationslinje för att samhället skall motverka att djur far illa är den utilitaristiska uppfattningen att alla varelser som kan känna lust och smärta skall inkluderas i en generell målsättning att minimera summan av lidande i världen. Djur skall enligt detta synsätt innefattas i en allmängiltig moralisk

[15] SOU 1975:75 s. 57.

[16] Jfr förekomsten av fri- och rättigheter mot staten (freedom of independence), friheten och rätten att genom deltagande i politiken kunna påverka staten (freedom of participation), samt fri- och rättigheter genom staten (freedom of creation). Se t. ex. Algotsson, Medborgarrätten och regeringsformen, 1987, s. 13 ff.

sfär och skyddas av rättsnormerna på ungefär samma villkor som människor. Enligt en del utilitaristiska djurrättsförespråkare bör det inte vara tillåtet att åsamka ett djur smärta och lidande annat än om skälet för det aktuella förfarandet är så tungt vägande att man lika gärna hade kunnat använda t. ex. vilket barn eller vilken funktionshindrad person som helst för samma ändamål.[17]

En tredje argumentationslinje till stöd för att människosamhället skall skydda djur mot lidande tar sin utgångspunkt i den version av ekologi som kan sägas åsyfta att upphöja hela biosfären till rättssubjekt. Denna s. k. djupekologi (”deep ecology”) har ingen målsättning att skydda människan utan syftar istället till att försvara ekosystemet mot människorna. Inom den ”ekologiskt” motiverade djurrättsrörelsen anses i allmänhet djur, liksom växter och övrig biosfär, ha någon form av fri- och rättigheter. Ekosystemet tillskrivs inom detta idékomplex inte sällan ett högre värde än den tämligen skadliga och destruktiva mänskligheten.[18] Ekologiska djurrättsförespråkare anser i allmänhet att utilitarismens vägande av varje situations totala för- och nackdelar gör en varelse skyddslös mot de anspråk som andra varelser kan ställa. Det samhälleliga djurskyddet måste enligt utilitarismens kritiker istället ske utifrån ett betonande av varje levande organisms egenvärde. Uppfattningen att varje varelse som kan känna lust och smärta har ett egenvärde som bör tillerkännas absolut okränkbarhet leder i allmänhet till slutsatsen att djurs intressen överhuvudtaget inte kan vägas mot människors intressen.

Att diskutera i vilken omfattning som djur enligt något av de tre ovan redovisade synsätten kan eller bör tillerkännas fri- och rättigheter av traditionell art saknar mening. Ett applicerande av traditionella rättsstatliga ideal på djur kan aldrig utmynna i juridiskt relevanta normkonstruktioner. Anledningen därtill är att djur under alla förhållanden inte kan utöva, och därför saknar intresse av att tillerkännas, denna typ av rättigheter. Djur måste nämligen i allmänhet antas sakna de begreppsmässiga och kulturella insikter som fordras för att det skall vara meningsfullt att tillerkänna dem det slags självbestämmande som de mänskliga fri- och rättigheterna utgår ifrån.

Vad alla varelser som förmår känna smärta har ett intresse av är att inte utsättas för lidande. Till stöd för tanken att människosamhället är förpliktat att inte utsätta djur för onödigt lidande kan därför hävdas att alla levande varelser, som känner lust och smärta, har en rätt till respekt för sitt egenvärde och därmed också en ”kärna” av rättigheter.[19] Dessa s. k. kärnrättigheter anses ibland

[17] Gålmark (red.), Djur och människor — En antologi i djuretik, 1997, s. 253.
[18] Jfr Ferry, Den nya ekologiska ordningen, 1997, s. 23 ff.
[19] Inom djurrättsrörelsen utgör förespråkandet av fri- och rättigheter för djur endast en specifik moralfilosofisk position av flera möjliga. Förespråkandet av fri- och rättigheter för djur torde ofta stå i motsattsställning till en utilitaristiskt

bestå av bl. a. en rätt till liv och en rätt att inte användas instrumentellt under plågsamma former.[20] Rättigheter av denna art skulle kunna betraktas som ett slags djurens motsvarighet till det rättssäkerhetsbegrepp som för människor blev ideologiskt förankrat under upplysningstiden.

Ett slutgiltigt svar på den övergripande frågan om vilket moraliskt ansvar som människor har för djurs levnadssituation kan aldrig deduceras fram genom logiska analyser. En beskrivning av verkligheten eller en exakt förutsägelse av konsekvenserna av ett visst handlande kan aldrig leda fram till en moralisk ståndpunkt. För att det skall vara meningsfullt att ens argumentera i moralfrågor måste de argumenterande parterna vara eniga om att tillskriva vissa företeelser ett värde. Att i dagens samhälle uppnå enighet om i vilken utsträckning som djurs liv har ett för människor moraliskt förpliktande egenvärde torde inte vara möjligt. Så synes t. ex. många s. k. militanta veganer hysa en annan mening än majoriteten i denna fråga eftersom de tillskriver alla levande varelsers liv ett absolut och okränkbart värde.

Enligt min uppfattning är det sannolikt att nästan alla människor i Sverige är eniga om att varje varelse som uppenbart kan känna lust och smärta bör åtnjuta viss respekt. Vilken grad av respekt som en människa anser att ett djur skall tillerkännas kan antas bero på i vilken utsträckning som människan i det särskilda fallet kan identifiera sig med det aktuella djuret. Så kan t. ex. en människa som inte förmår känna empati för andra människors lidande i allmänhet inte antas känna empati inför djurs lidande.

Djurplågeribrottet

Schimpanser, gorillor, delfiner och en del andra djur besitter med all sannolikhet ett intellektuellt medvetande på ungefär samma nivå som barn. Ändå får sådana djur fängslas och under vissa omständigheter utnyttjas för plågsamma experiment och dödas. Någon anledning att anta annat än att flertalet däggdjur har ungefär samma förmåga att känna smärta som människor torde knappast föreligga. Djur är emellertid, i motsatts till t. ex. små barn, ur juridisk synpunkt lös egendom. De saknar rättskapacitet och varje typ av rättslig handlingsförmåga. Djurplågeri förefaller i Sverige ha straffbelagts främst därför att åsynen av ett djur som plågas berör människor illa. Alltsedan 1800-talet har denna typ av straffbud inordnats bland brotten mot allmän moral eller ordning. Skyddsobjektet för djurplågeribrottslighet har historiskt sett inte varit djurens utan människornas sinnesfrid.

motiverad önskan att hindra att djur utsätts för lidande. Jfr Gålmark (red.), Djur och människor — En antologi i djuretik, 1997, s. 44 ff.

[20] Jfr Gålmark (red.), Djur och människor — En antologi i djuretik, 1997, s. 163 ff.

Luc Ferry drar i sitt verk ”Den nya ekologiska ordningen” vissa paralleller mellan dagens djupekologi och de djurskyddslagar som nazisterna skapade i Tyskland på 1930-talet. Ferry anser att det ifråga om bakomliggande filosofiska och politiska uppfattningar finns likheter mellan nazismen och djupekologin. Den nazistiska djurskyddslagstiftningen var enligt Ferry ovanligt djurvänlig eftersom den bestraffade djurplågeri även om det inte skedde offentligt och mot husdjur. Ferry uppger att med undantag för Belgien, där en ovanligt långtgående djurskyddslag antagits år 1929, var Tyskland det enda europeiska land som redan i början av 1930-talet bestraffade i enskildhet utövad grymhet mot vilda djur.[21] Man kan diskutera korrektheten i Ferrys tes att ett förespråkande av rättigheter för djur bär på fröet till totalitarism. Helt klart är emellertid att i enskildhet utövad grymhet mot vilda djur enligt svensk rätt var straffbart redan under 1900-talets första decennium.[22]

Uppenbar grymhet mot egna eller andras kreatur har i Sverige varit straffbar sedan år 1857.[23] Handlingar av denna art kunde enligt 18 kap. 16 § i 1864 års strafflag (SL) bestraffas med böter högst 100 kr. År 1890 höjdes strafflatituden i 18 kap. 16 § SL till böter 500 kr.[24] Därefter höjdes bestämmelsens straffmaximum år 1900 genom att fängelse högst sex månader infördes för djurplågeri vid ”synnerligen försvårande omständigheter”. År 1907 vidgades stadgandet ytterligare. Brottsbeskrivningen kom detta år att innefatta inte bara ”kreatur” utan alla djur.[25]

Någon närmare definition av vilka typer av agerande som skulle falla inom det straffbara området hade inte angivits i 18 kap. 16 § SL. I början av 1900-talet talade brottsbeskrivningen på samma sätt

[21] Ferry, Den nya ekologiska ordningen, 1997, s. 127 ff. Se särskilt s. 135 f.

[22] SFS 1907:44. Det svenska straffbudet mot djurplågeri var i 1864 års strafflag inordnat bland brotten mot allmän moral. Brottsbeskrivningen innefattade emellertid inget offentlighetsrekvisit.

[23] SFS 1857:61, Kunglig förordning av den 21 december 1857 angående ansvar för misshandling av djur. Den historiska bakgrunden till kriminaliseringen av djurplågeri har studerats av bl. a. Rolf Karlbom i artikeln ”Juridik och ekologisk balans — djurplågeri i svensk rättshistoria”, SvJT 1985 s. 782–788, och av Helena Striwing i monografin ”Djurplågeri — En studie i lagstiftning och rättsfall”, 1987, s. 19–49.

[24] I dagens penningvärde är 500 kr inte särskilt mycket pengar. Beaktas bör emellertid att en piga år 1885 normalt sett hade en årsinkomst om ungefär 309 kr, om värdet av fri kost och logi räknas som lön. En jordbruksarbetare hade år 1890 enligt samma beräkningsgrund en årsinkomst om 577 kr. Se ”Vad kostade det?”, 1993, av Lars Lagerqvist och Ernst Nathorst-Böös. Om någon vid denna tid dömdes till böter som vederbörande inte förmådde betala, skulle bötesbeloppet omvandlas till fängelse. Se SFS 1884:21 s. 1 och 2 kap. 10 och 11 §§ SL. Den som ådömts ett bötesbelopp om högst fem kronor skulle vid sådan omvandling undergå fängelse tre dagar. Böter om mer än fem men högst tio kronor motsvarade fängelse fyra dagar. Belopp i intervallet över tio men högst tjugo kronor motsvarade fängelse fem dagar och varje intervall om tio kronor därutöver svarade mot fängelse ytterligare en dag.

[25] SFS 1890:33, SFS 1900:49 och SFS 1907:44.

som 1857 års lag om att visa ”uppenbar grymhet” mot djur. År 1921 intogs i stadgandet emellertid en exemplifiering av vad som kunde utgöra ”uppenbar grymhet”.[26] Bestämmelsen kriminaliserade därefter att i behandling av djur visa ”uppenbar grymhet genom misshandel, överansträngning, vanvård eller annorledes”.

I samband med 1940-talets stora strafflagsreform flyttades djurplågeribrottet till 11 kap. 13 § SL. Brottets straffmaximum, som vid denna tid stått orubbat sedan år 1900, höjdes från fängelse sex månader till fängelse två år. Vidare ersattes uttrycket att visa ”uppenbar grymhet” av en annan formulering, nämligen att utsätta för ”otillbörligt lidande”.[27] För att ett djur skulle anses ha åsamkats ”otillbörligt lidande” förutsattes enligt lagändringens förarbeten att ”gärningen otvetydigt överskridit gränsen för det tillåtna”.[28] Den brottsbeskrivning som skapats på 1940-talet inflöt i huvudsak oförändrad i 16 kap. 13 § BrB.[29]

År 1966, endast ett år efter det att brottsbalken trätt i kraft, utmönstrades rekvisitet ”otillbörligt lidande”.[30] Istället kom kriminaliseringen att gälla att ”otillbörligen utsätta djur för lidande”. Den senaste ändringen i 16 kap. 13 § BrB vidtogs år 1972. Bestämmelsens räckvidd utsträcktes då till att utöver uppsåtligt agerande omfatta grovt oaktsamma handlingar.[31] Den som idag uppsåtligen eller av grov oaktsamhet, genom misshandel, överansträngning eller vanvård eller på annat sätt, otillbörligen utsätter djur för lidande skall dömas för djurplågeri till böter eller fängelse i högst två år.

I Sverige har förbudet mot djurplågeri sedan år 1907 omfattat alla djur. Frågan om hur långt ned i det zoologiska systemet som straffskyddet sträcker sig har aldrig avhandlats i lagtexten. I rättstillämpningen synes uttrycket ”djur” sällan ha tolkats restriktivt. Redan i början av 1900-talet förekom att straff utmättes för uppenbar grymhet mot ormar och fiskar.[32] På grundval av lagstiftningens krav på etisk förprövning av vissa djurs användande för vetenskapliga ändamål synes man idag kunna anta att däggdjur, fåglar, kräldjur, groddjur, fiskar och rundmunnar skall åtnjuta straffskydd.

[26] SFS 1921:187. I samband med denna lagändring antogs även en lag som gav polismyndighet rätt att omhänderta djur, som var utsatt för allvarligt djurplågeri. SFS 1921:188.
[27] SFS 1944:220 och SFS 1948:448. I mitten av 1940-talet antogs dessutom en djurskyddslag. Se SFS 1944:219. Höjningen av djurplågeribrottets straffmaximum skedde genom att angivandet av viss tids fängelse ströks i lagtexten, varefter fängelse enligt 2 kap. 4 § SL kunde sättas till lägst en månad och högst två år.
[28] Prop 1944:43 s. 74.
[29] SFS 1962:700.
[30] SFS 1965:726.
[31] SFS 1972:629.
[32] Se SvJT 1985 s. 786 samt Striwing, Djurplågeri — En studie i lagstiftning och rättsfall, 1987, s. 155 ff och där anmärkta rättsfall. I samtliga fall torde fråga emellertid vara om underrättsavgöranden.

Insekter torde däremot falla utanför tillämpningsområdet för 16 kap. 13 § BrB.[33]

Djurplågeribrottet i praktiken

I samband med 1972 års utvidgning av straffbudet mot djurplågeri uttalades att ”(d)et är således inte längre lidandet som måste framstå som otillbörligt för att straffbarhet skall föreligga. I stället torde straffansvar kunna inträda så snart ett djur har utsatts för lidande genom handling eller underlåtenhet som inte kan anses berättigad av ett godtagbart intresse att förfara med djuret på det sätt som skett. Kan gärningen inte ursäktas eller motiveras av ett dylikt legitimt intresse torde den således få anses ha skett otillbörligen”.[34]

Kriminaliseringen av djurplågeri är, liksom mycken annan lagstiftning, ett resultat av kompromisser mellan motstridiga intressen.[35] Vid utformningen av 16 kap. 13 § BrB har avvägningar skett mellan, å ena sidan, djurs välbefinnande och, å andra sidan, bl. a. behovet av vetenskapliga experiment,[36] djurhållares ekonomiska intressen och utövandet av viltvård genom jakt. Dessa avvägningar har i lagtexten beaktats genom att rekvisitet ”otillbörligen utsätta djur för lidande” ger rättsväsendet möjlighet att acceptera förekomsten av förfaranden som åsamkar djur stort lidande men som motiveras av ett motstående s. k. godtagbart intresse.

Åtskilliga vanligt förekommande förfaranden med djur skulle utan tvekan ha ansetts som djurplågeri enligt 16 kap. 13 § BrB om inte den aktuella företeelsen hade betraktats som mer eller mindre allmänt accepterad. Såväl animalieproduktionsdjur som i kommersiellt syfte uppfödda pälsdjur avlas och hålls för att ge vinst. Veten-

[33] Se 2 § i Centrala försöksdjursnämndens kungörelse (LSFS 1988:45, ändrad genom 1989:41, 1996:22 och 1998:17 och 50) med föreskrifter och allmänna råd om den etiska prövningen av användningen av djur för vetenskapliga ändamål m. m. Det förhållandet att insekter inte omfattas av straffskyddet i 16 kap. 13 § BrB torde kunna utläsas genom en tolkning e contrario av den nyssnämnda bestämmelsen. Några prejudikat vari insekter explicit uteslutits ur begreppet ”djur” i 16 kap. 13 § BrB synes emellertid inte finnas.

[34] Prop. 1972:122 s. 12.

[35] Utöver 16 kap. 13 § BrB finns det många andra lagar som rör djurs levnadsvillkor. Exempel på sådan lagstiftning är jaktlagen (1987:259) och djurskyddslagen (1988:534) med kompletterade förordningar. Dessa författningar innehåller ibland i förhållande till djurplågeribrottet subsidiära straffbestämmelser om behandling av djur. Se t. ex. 27 § jaktlagen jämfört med 45 § samma lag. Djurskyddslagens skyddsobjekt kan sägas vara djur som används ur instrumentell nyttosynpunkt. Lagen rör alla djur, även vilda sådana, som hålls i fångenskap av människor. I vissa fall omfattar lagen även vilda djur som, t. ex. genom att förses med radiosändare, används i djurförsök utan att hållas i fångenskap.

[36] Lagstiftarens försök att åstadkomma en lämplig avvägning mellan djurs välbefinnande och behovet av vetenskapliga experiment kommer till uttryck i bl. a. 19–23 §§ djurskyddslagen (1988:534) och 40–55 §§ djurskyddsförordningen (1988:539). I praktiken är det de djurförsöksetiska nämnderna som prövar ansökningar om djurförsök i moraliskt hänseende genom att godkänna eller avslå ett visst förfarande. Se förordningen (1988:541) med instruktion för Centrala försöksdjursnämnden; CFN.

skapligt experimenterande med djur sker för att människor i framtiden skall kunna besparas lidande. Varje försök att fastslå att djurs levnadsvillkor i dessa sammanhang ibland utgör djurplågeri motverkas därför av det förmodade negativa utfallet för människor i ekonomiskt eller livskvalitativt hänseende.

Vad avser viltvården kan noteras att det enligt uppgifter från Nordiska samfundet mot plågsamma djurförsök skadeskjuts ungefär 60 000 rådjur och 10 000 älgar varje år i Sverige. Av dessa skadeskjutna djur torde det vara ca 15 000 rådjur och 2 000 älgar som inte hittas. Hur många fåglar och t. ex. harar det är som varje år skadeskjuts och som således av grov oaktsamhet utsätts för djurplågeri,[37] är det enligt nyssnämnda samfund överhuvudtaget inte möjligt att uppskatta.[38] Att skadeskjutning av t. ex. småvilt kommer under rättslig prövning är, om det alls förekommit, sällsynt. Någon hållbar juridisk utredning torde således inte föreligga i frågan om huruvida det föreligger ett enligt 16 kap. 13 § BrB godtagbart intresse som kan motivera den med all sannolikhet omfattande förekomsten av skadeskjutning av vilda djur.

Hur allvarligt samhället ser på en viss sorts brott antas vara möjligt att utläsa av dess strafflatitud. Straffmaximum för djurplågeri är detsamma som för misshandel av normalgraden. Föga tvivel kan emellertid råda om att det i allmänhet utmäts betydligt lindrigare påföljder för djurplågeri än för misshandel. En svårighet vid fastställandet av straffvärdet för djurs lidande är att djuret, som kan sägas vara ”målsägande”, inte kan berätta om sin smärta. Graden av lidande måste i stället fastställas genom uppgifter från t. ex. vittnen eller på grundval av obduktionsprotokoll som upprättats av en veterinär.[39]

Antalet djurplågeribrott som prövas av domstol torde vara marginellt jämfört med den egentliga förekomsten av denna typ av gärningar. Det förhållandet att tämligen få personer döms för djurplågeri torde kunna tillskrivas ”faktorer som brottets upptäcksstruktur och låga prioriteringsgrad vid jämförelse med annan kriminalitet”.[40] Djurplågeri är i allmänhet ett svårupptäckt brott. Brottsoffret är stumt. Det kan varken ange eller vittna mot sin plågoande. Ett djur som plågas av sin ägare är ofta helt utlämnat åt förekomsten av eller bristen på civilkurage hos personer som råkar få inblick i dess levnadsförhållanden.

[37] I vilken utsträckning som en skadeskjutning skett av ”grov” oaktsamhet måste naturligtvis prövas särskilt i varje enskilt fall. Eftersom handlingar av denna art praktiskt taget aldrig kommer under en domstols bedömning finns det emellertid för närvarande inte ens någon ”normal aktsamhetsstandard” att utgå från vid sådana rättsliga prövningar.

[38] Närmare om dessa förhållanden, se t. ex. Nordiska samfundet mot plågsamma djurförsöks hemsida på www.nsmpd.se.

[39] Striwing, Djur som brottsoffer, 1998, s. 46 ff. och 184 ff.

[40] Striwing, Djurplågeri — En studie i lagstiftning och rättsfall, 1987, s. 11.

Huruvida och på vilket sätt en person som ser att ett djur far illa agerar beror på en mängd olika saker. Grannar och bekanta till personer som vanvårdar djur avhåller sig troligen ibland från att polisanmäla sina misstankar om djurplågeri p. g. a. ovilja att ”lägga sig i”. Ytterligare en faktor som torde sänka anmälningsfrekvensen för djurplågeri är att det kan vara svårt för någon som endast ser ett djur tillfälligt att veta exakt hur illa djuret egentligen far av den ena eller andra behandlingen.

Veterinärer kan sägas vara experter på att se om djur far illa. Inte sällan kommer de emellertid i kontakt med djur då de utför en undersökning på djurägarens begäran. Om veterinärer polisanmälde alla, även mindre allvarliga, missförhållanden som otillbörligen åsamkar djur lidande är det troligt att en del djurägare i mesta möjliga mån skulle avstå från att anlita veterinärer av fruktan för följderna. Flertalet veterinärer torde anse att uppkomsten av sådan fruktan i slutändan skulle drabba djuren. De kan bl. a. därför antas ibland avstå från att anmäla misstankar om förekomsten av djurplågeri.

Levnadsvillkoren för djur inom såväl den vetenskapliga forskningen som inom produktionssektorn övervakas av diverse tillsynsmyndigheter. Brott mot djur skall, liksom all annan kriminalitet, beivras av polismyndigheterna. Både polismyndigheter och tillsynsmyndigheter skall självmant utreda misstankar om djurplågeri som de på det ena eller det andra sättet får information om. Någon anledning att anta att lagförandet av djurplågeribrottslighet i allmänhet har hög prioritet hos dessa myndigheter torde emellertid inte föreligga.

Sammantaget finns det enligt min mening många omständigheter som talar för att det i Sverige finns ett behov av en Djurombudsmannabefattning. En Djurombudsman skulle t. ex. kunna kontrollera att andra myndigheter verkligen agerar för att motverka att djur omotiverat utsätts för lidande samt på olika sätt samordna andra myndigheters verksamhet. Vidare skulle en sådan ombudsman kunna ge råd och stöd till både myndigheter och enskilda som är osäkra på vad de skall göra när de misstänker att ett djur far illa. En Djurombudsmans huvuduppgift skulle emellertid lämpligen bli att vara opinionsbildare, dvs. driva och väcka debatt, i frågor som rör djurs situation i människosamhället.[41] Så skulle en Djurombudsman t. ex. kunna utgöra en välbehövlig motvikt till de socialt väletablerade jaktintressenterna genom att låta utreda i vilken utsträckning det förekommer att djur utsätts för djurplågeri genom grovt oaktsamma skadeskjutningar.

[41] Närmare om behovet av att förbättra djurskyddet, se t. ex. Striwing, Djur som brottsoffer, 1998, s. 177 ff.

Ombudsmännen, rättsstaten och demokratin

Djur har inga fri- och rättigheter. De saknar rättskapacitet. Ett inrättande av ett Djurombudsmannaämbete kan påstås stå i strid med ett flertal grundläggande juridiska principer inom svensk rätt. Vid en kritisk analys framstår emellertid samtliga ombudsmannainstituts verksamhet som problematisk inom ramen för såväl det demokratiska som det rättsstatliga idékomplexet. Ur ideologisk synpunkt är de svenska ombudsmännens ställning generellt sett således tämligen komplicerad.

Den makt som offentliga organ utövar kan uppfattas som legitim, dvs. rättfärdig, av en mängd olika anledningar. Myndighetsbeslut kan sägas vara bl. a. politiskt, juridiskt, professionalistiskt eller funktionalistiskt legitima.[42] De intresserepresentativa ombudsmännens verksamhet torde utifrån detta synsätt snarast bedrivas inom ramen för en politiskt legitimitet. JK och JO är emellertid knutna till rättsstatsidealet och tycks agera inom ramen för en professionalistiskt juridisk legitimitet. Deras arbete antas vara regelstyrt, opartiskt, självständigt och åtskilt från de politiska makthavarna. Verksamheten förmodas därigenom bli förutsebar och rättssäker.

Både JK och JO torde numera framför allt ägna sig åt att kontrollera att myndighetspraxis och administrativa rutiner uppfyller rättssäkerhetskraven. Vad JK och JO sysslar med är alltså inte i första hand att ge enskilda personer upprättelse för begångna fel utan att skapa handlingsregler för den offentliga verksamheten, dvs. att tillhandahålla myndigheterna råd.[43] Enligt Hans-Gunnar Axberger avspeglar JO-institutionens verksamhet ”välfärdsstatens idé om den välvilliga statsmakten; dess överhet ser inget principiellt problem i att ett ombud inför överheten utses av överheten själv”. Med

[42] Politiska beslut är enligt denna förklaringsmodell beslut som fattas i demokratisk ordning eller av personer som kan anses representera en ”folkvilja”. Juridiska beslut bygger på demokratiskt förankrade regler eller allmänt godtagna principer och åsyftar i allmänhet att skapa ”rättvisa” genom likformighet. Funktionalistiska beslut anses däremot legitima eftersom de allmänt uppfattas som välfungerande och normalt fattats i samråd med de personer som berörs av beslutet. Professionalistiska beslut är sådana ställningstaganden som görs av personer som besitter speciella kunskaper och vars kompetens uppfattas som nödvändig för uppnåendet av ett visst resultat. Enligt Bo Rothstein är kravet på legitimitet en viktig förklaring till uppkomsten av olika förvaltningsformer i den moderna välfärdsstaten. Han anför att följande modeller kan konstrueras för denna typ av legitimitet: 1. Den legal-byråkratiska modellen. 2. Den professionella modellen. 3. Den korporativa modellen. 4. Den bruksorienterade modellen. 5. Den politikerorienterade modellen. 6. Den lotteribaserade modellen. Se vidare Rothstein, Den korporativa staten, 1992, s. 49 ff.

[43] JK företräder staten i skadeståndsmål och kan därvid medverka till att t. ex. en person som felaktigt varit frihetsberövad får ekonomisk kompensation för den skada som vederbörande lidit. Således kan JK sägas ibland ägna sig åt att ge enskilda personer upprättelse för av statsmakten begångna fel. Se 2 § förordning (1975:1345) med instruktion för Justitiekanslern. För påpekande av detta förhållande tackar jag hovrättslagmannen Håkan Lavén.

utgångspunkt i bl. a. granskningen av ett omhändertagande enligt LVU med dödlig utgång anför Axberger, i tämligen tillspetsade ordalag, att JO-ämbetet kan sägas vara myndigheternas och inte medborgarnas ombudsman och att dess utredningar ibland inneburit att ”statsmakten har granskat sig själv och funnit att den inte gjort något fel, eftersom den velat väl”. Axberger synes mena att JO-ämbetet visar stor försiktighet, för att inte säga brist på civilkurage, i mötet med det politiskt obekväma. ”Att släpa en enstaka åklagare, som på sin höjd skulle kunna straffas med böter, till Högsta domstolen för att han slarvat med posten kostar inget; statsmakten kan inte annat än stärkas av att rättsväsendet (till och med) går till rätta med enklare förbiseenden vid hanteringen av offentlighetsprincipen. Att kritisera en socialförvaltning för ett tvångsomhändertagande med dödlig utgång är däremot att sticka ned näsan i en het diskussion om den svenska välfärdsstatens brister och förtjänster. Det luktar politik och då anpassar sig den värdelöse ombudsmannen.”[44]

Även om åtal för t. ex. tjänstefel numera är sällsynt förekommande kan både JK och JO uppträda som såväl tillsynsmyndighet som åklagare i förhållande till flertalet offentliganställda personer. Antagligen kan båda dessa befattningshavare åberopa sina egna utlåtanden som rättskälla i en process som de själva för. Om en domstol ogillar ett av JK eller JO väckt åtal skulle denne dessutom teoretiskt sett sedermera kunna anklaga dem som har handlagt målet för att i olika sammanhang ha begått fel av den ena eller andra arten. Dessa ämbetens befogenheter torde således inte till alla delar vara utformade i enlighet med maktdelningslärans krav på klara skiljelinjer mellan olika normativa aktörers maktutövning.[45] Sammantaget finns det alltså åtskilliga olika omständigheter som gör att förhållandet mellan å ena sidan JK och JO och å andra sidan såväl den offentliga sektorn som enskilda individer inte alltid är det ur rättsstatlig synpunkt mest idealiska.

Samtliga svenska ombudsmän utom JO och JK företräder särskilda grupper av individer. Enskilda personer inom dessa grupper kan vända sig till ”sin” ombudsman med frågor och klagomål, varvid de kan få stöd och hjälp att t. ex. åstadkomma rättelse i beslut som kränker deras fri- och rättigheter. De ombudsmän som är intresserepresentanter är inte juridiskt professionalistiskt opartiska.

[44] Med epitet ”värdelös” torde Axberger åsyfta bl. a. att JO om möjligt undviker att ta ställning i frågor som rör politiska värderingar. Axberger kritiserar i detta sammanhang det förhållandet att ”ju närmre den politiska makten karriärjuristen kommer, desto bättre blir hans chanser till ett toppjobb” såsom t. ex. en befattning som JK eller JO. Se Axberger, ”Den värdelöse ombudsmannen”, i Tänka fritt är större, 1995, s. 136, 140, 145 och 153 f. Tvångsomhändertagandet enligt LVU av den i socialtjänstens vård sedermera avlidne Daniel Sigström avhandlas i JO:s ämbetsberättelse 1994/95 s. 301–344.

[45] Jfr Höijer, Ombudsmannen i rättsstaten, (rapport nr 2/1993 Timbro), s. 17 f. och 23 f.

Istället förutsätts de tillvarata endast vissa individers intressen genom bl. a. rådgivning och lösligt reglerad opinionsbildande verksamhet. Dessa befattningars maktutövning kan knappast antas äga rum inom ramen för det rättsstatliga idékomplexet. Istället tycks deras verksamhet bedrivas i korporativistiskt politiska beslutsformer.[46]

De intresserepresentativa ombudsmännen är utsedda av regeringen och avlönas av staten. De företräder alltså särskilda grupper av individer utan att vara valda eller på annat sätt godkända av dessa individer. Fråga är om en så att säga fiktivt organiserad intresserepresentation.[47] Således är det oklart om dessa ombudsmän är administrativa organ, som verkställer av de styrande politikerna utstakade mål, eller om de själva, utan att vara folkvalda, är någon sorts politiska aktörer, som agerar på grundval av de ofta diffusa samhälleliga mål som angivits i vissa lagar och författningar.

Att det finns en ombudsman till stöd för en viss samhällsgrupp har ett ”symbolvärde”. Inrättandet av ombudsmannainstitutioner är ett bra sätt för de styrande politikerna att visa att de verkligen önskar förbättra tillvaron för en viss samhällsgrupp. I själva verket kan en inte obetydlig del av de intresserepresentativa ombudsmännens funktion antas vara just att genom sin blotta existens tillkännage makthavarnas sympati för de aktuella intressegrupperna.

Endast vissa s. k. svaga samhällsgrupper har ansetts vara i behov av en egen ombudsman. Det förhållandet att det inte finns en Djurombudsmannabefattning är knappast förvånande, eftersom djur enligt svensk rätt saknar rättskapacitet och inte kan ha fri- och rättigheter. Att bl. a. barn och handikappade har varsin ombudsman som skall bevaka deras speciella intressen framstår däremot som motiverat och behjärtansvärt. Några mer uppenbara skäl till att inte också t. ex. missbrukare och pensionärer skall ha möjlighet att kunna vända sig till en statlig ombudsman, som arbetar för att stärka just dessa respektive gruppers samhällsställning, torde emellertid inte föreligga.

I en demokrati förutsätts ett visst samband föreligga mellan de politiska makthavarnas agerande och den opinion som omfattas av befolkningens majoritet. För att denna opinion skall vara ett resultat av fri meningsbildning fordras att individerna har tillgång till allsidig information samt möjlighet att hävda skilda ståndpunkter i den offentliga debatten och på likartade villkor argumentera för

[46] För att maktutövning skall anses giltigt på grundval av politisk legitimitet fordras vanligen att aktuell verksamhet leds av demokratiskt valda, inför folket ansvariga, personer. En inte obetydlig del av det politiska beslutsfattandet i västerländska demokratier äger emellertid rum under påverkan av intresseorganisationer. Dessa intresseorganisationer går ofta att inordna i det demokratiska styrelseskicket genom att de agerar som företrädare för personer som hyser likartade åsikter i vissa frågor.

[47] Höijer, Ombudsmannen i rättsstaten, (rapport nr 2/1993 Timbro), s. 24 f.

dessa. Att i samhällsdebatten företrädas av en ombudsman, som sysslar med bl. a. opinionsbildning, framstår som en väsentlig konkurrensfördel i förhållande till personer som saknar en sådan särskild intresserepresentant. Vissa motsättningar torde därför kunna uppstå mellan det förhållandet att en del sociala grupperingar har tilldelats av staten avlönade ombudsmän som bevakar deras särintressen och den demokratiska principen att alla medborgare skall ha likartade möjligheter att kunna påverka de politiska besluten.

JK och JO har en åklagarfunktion och deras utlåtanden kan i allmänhet antas ha viss normativ tyngd inom rättskälleläran. Vissa av de övriga ombudsmännen kan agera som en sorts åklagare i särskilda sammanhang och har bl. a. befogenhet att vitesförelägga förment felande motparter. I inte oväsentlig utsträckning är de intresserepresentativa ombudsmännens arbete emellertid inriktat på opinionsbildning.[48] Vidare kan befattningarnas arbetsuppgifter i allmänhet antas innefatta en del terapeutisk verksamhet genom ett tillhandahållande av ”råd och stöd”.[49] Några mer långtgående möjligheter att gripa in i konkreta missförhållanden har dessa ombudsmän emellertid inte. Om de intresserepresentativa ombudsmännen givits mer vittgående befogenheter skulle antagligen motsättningen mellan politisk kollektivism och demokratisk rättsstatlighet ha blivit uppenbar. Utformandet av dessa ombudsmäns arbetsuppgifter kan därför antas ha skett mot bakgrund av en önskan att inte framhäva konflikten mellan den demokratiska rättsstatens krav på likabehandling av alla enskilda individer och korporativismens tillvaratagande av endast vissa individers intressen.

Såsom nämnts i avsnittet ovan om ombudsmannainstitutet kan ombudsmannen sägas vara en framgångsrik svensk exportartikel. Detta förhållande kan tolkas som att ombudsmannen är en väl fungerande rättsteoretisk konstruktion. Att veta i vilken utsträckning som en normativ företeelse fungerar väl är emellertid inte lätt. För att man skall kunna utvärdera en rättslig institution av det slag som ombudsmannen utgör fordras tydliga målsättningar att utgå ifrån vid bedömningen av vad som uppnås. Detta gäller ifråga om alla typer av ombudsmän. Enligt min mening finns det anledning att anta att de svenska ombudsmännens målsättningar, dvs. realiserandet av diverse korporativistiska, rättsstatliga och demokratiska ideal, är alltför lösligt formulerade för att några säkra slutsatser skall kunna dras om nytta av ombudsmännens faktiska funktioner.

Slutsatser

Såsom framgår av vad som anförts ovan innefattar samtliga svenska ombudsmannainstitutioners verksamhet aspekter som framstår

[48] Höijer, Ombudsmannen i rättsstaten, (rapport nr 2/1993 Timbro), s. 17 ff.
[49] Se t. ex. prop. 1997/98:180 s. 57.

som problematiska inom ramen för såväl det demokratiska som det rättsstatliga idékomplexet. Det förhållandet att ett inrättande av en Djurombudsmannabefattning inte skulle ligga helt i linje med en del traditionella konstitutionella värderingar kan därför inte betraktas som ett självständigt och bärkraftigt argument mot uppfattningen att en sådan institution vore av godo. Enligt min mening kan någon större vikt inte heller fästas vid risken för att skapa ”inflation i ombudsmän”. En sådan inflation torde nämligen redan ha inträtt genom det idoga inrättandet av nya ombudsmannainstitutioner under 1980- och 1990-talen.

I vilken utsträckning som ombudsmannainstitutionerna verkligen motverkar samhälleliga missförhållanden är i och för sig tämligen oklart. Samtliga idag befintliga intresserepresentiva ombudsmän kan emellertid under alla förhållanden antas fylla ideella i högre grad än reella funktioner. Lagstiftaren har ansett att bl. a. barn och funktionshindrade behöver varsin särskild ombudsman. Djurs välbefinnande är redan ett enligt svensk rätt skyddat intresse. Med hänsyn härtill är det svårt att förstå varför inte också samhällets svagaste varelser, dvs. djuren, bör stödjas genom inrättandet av en ombudsmannabefattning med uppgift att bl. a. driva och väcka debatt i frågor som rör deras levnadssituation.