

Om idéers förrättsligande

Av professor emeritus ÅKE FRÄNDBERG

Med förrättsligande av en idé menar jag att idén vid en viss tidpunkt är en utomrättslig idé och att den vid en senare tidpunkt inkorporeras i ett befintligt rättssystem, varvid idén blir en medlem av detta system. De idéer som behandlas här är uteslutande värdeidéer (värderingar). Genom att förvandla idéerna från att vara blott vackra drömmar till att utgöra handfasta realiteter, som rättsordningen förlämnar genomslag i det verkliga livet, förrättsligas de. Särskild uppmärksamhet ägnas här förrättsligandet av vissa för ett civiliserat samhällsliv oundgängliga värdeidéer. Artikeln avslutas med en detaljstudie av hur förrättsligande av idéer kan ske i praktiken, främst genom lagstiftning.

”Men ideal kan inte ensamma skapa en demokrati. Demokrati är ett rättsligt system, ingen morallära. Skall idealen verkligen kunna forma människors samlevnad, måste de bli idékrafter som ikläder sig kött och blod i form av samhälleliga institutioner. Det vill säga att de höga men obestämda idealen måste utformas i bestämda normalfordringar omgärdade av statens organiserade makt. Det är demokratin i dess handgripliga realitet som rättslig institution.”¹

”Rätt utan makt kommer lätt till korta.”²

1 Förrättsligandets form: Rättsordningen

Jag har i flera arbeten hävdad, och framfört argument för, att begreppet *rättsordning* är juridikens mest fundamentala begrepp. Alla rättsbegrepp (begrepp i rätten) och alla juridiska begrepp (tillsammans utgörande juridikens yrkesvokabulär) är med konceptuell (om man så vill logisk) nödvändighet kopplade till detta begrepp. Också begreppet ”förrättsligande” står i en sådan relation till begreppet ”rättsordning” och jag måste därför i kort sammanfattning och något förenklat inledningsvis förklara vad jag menar med en rättsordning.

En välutvecklad (idealtypisk) rättsordning, RO , är en relation mellan en mängd av normer, N , och en organisation, O , sådan att (1) normer i N konstituerar O , (2) O :s funktion är i huvudsak att hantera normer i N , (dvs. att O :s funktionärer har till uppgift att hantera normer i N genom att tillskapa och tillämpa dem etc.), (3) N :s funktion, när N betraktas i dess helhet, är att reglera samhällslivet i dess fundamentala delar och på ett vittomfattande sätt, (4) en del av O har till funktion att

¹ Alf Ross, *Varför demokrati*, 2 u., 1963, s. 221.

² Ivar Strahl, *Makt och rätt*, 11 u., 2003 (bearb. av Stig Strömholm), s. 149.

slita tvister mellan personer i enlighet med normer N och ta ståndpunkt till hävdade överträdelse av påbud eller förbud i N (dvs. domstolar) samt (5) en del av O har till funktion att verkställa sanktioner (straff, skadestånd etc.) mot personer under vissa av N angivna förutsättningar, såsom en yttersta resurs för att uppnå syftet med N :s normer. Klausulerna (3)–(5) har till syfte att särskilja rättsordningar från andra normativa system. Ett rättssystem är varje sådant system, N , av normer. En rättsregel är varje medlem av N . En rättslig position är en normativ relation, som är härledd ur rättsregler. En rättsorganisation är en speciell kategori av (ett konglomerat av) rättsliga positioner. Vad som särskiljer rättsorganisationen från andra konglomerat av rättsliga positioner, som till exempel aktiebolag eller äktenskap, är att rättsordningens positioner är obligatoriska (skall finnas), såsom exempelvis den svenska regeringen, Stockholms tingsrätt eller Sveriges advokatsamfund (enligt RB 8:1).

Rätten är meningsinnehållet i rättsregler. Rätten är inte något primärt, som struktureras *som* en rättsordning. Det primära är rättsordningen såsom en formell struktur, och att något är rätt innebär att de normativa idéer som detta något består av utgör innehåll i *en viss* rättsordnings regler. "Rättsordning" är ett formellt, universellt begrepp, en tom morfologisk struktur, som man fyller med normativt innehåll — rätten — för att därmed åstadkomma "en rättsordning" i materiell mening, dvs. en partikulär rättsordning, som är fylld med ett sådant innehåll (t.ex. den svenska, den tyska eller den engelska rättsordningen). Rätten är en mängd av normer — eller, mer exakt, norminnehåll — inneslutna i rättsordningens form.

Rättsordningen är alltså "en behållare" för normativa idéer. Den är den form inom vilken förrättsligandet sker. Hurdana idéer kan man då fylla en rättsordning med? Ja, de kan, som den historiska erfarenheten visar, variera från de mest människovänliga och för människor nyttiga till de mest grymma och människokränkande. I civiliserade samhällen är rätten en fråga om nytta och moral. Men rättens kvalitet och moraliska halt bestäms av värdeidéer utanför rättsordningen själv i den mån sådana idéer inte blivit förrättsligade.

2 Vad innebär det att idéer förrättsligas?

Förrättsligande innebär, högst generellt uttryckt, att behållaren fylls med normativt innehåll.

Att en idé, i , förrättsligas genom ett rättssystem, RS , innebär, enkelt formulerat, (i) att i är en idé, som inte kommer till uttryck i RS vid tidpunkten t , och (ii) att i vid en senare tidpunkt, t' , genom ett lagstiftningsförfarande inkorporeras i RS , varvid i blir en medlem av RS .

Med "lagstiftningsförfarande" avses här även inkorporering genom prejudikat. Men det är främst lagstiftning i vanlig bemärkelse som jag har i åtanke.

I förevarande sammanhang menar jag med ”idéer” uteslutande värdeidéer (värderingar). Dessa kan vara av politisk, moralisk, estetisk, ekonomisk, religiös etc. natur. Av speciellt intresse från synpunkten av förrättsligande är moraliska värderingar samt vad man skulle kunna kalla behovsvärderingar, angivande värden som består i att fundamentala mänskliga livsbehov är tillfredsställda (vilka värden inte nödvändigtvis måste vara av moralisk natur). En värdering är en utsaga som karakteriserar ett sakförhållande eller ett ting som något värdefullt, något gott, eller som något ont. Låt oss här tala om sådana sakförhållanden och ting som *värden* och *ovärden*. (Jag använder här den en smula främmande termen ”ovärde” i brist på bättre.) Ett exempel på ett värde är sakförhållandet att det råder fred i världen och på ett ovärde sakförhållandet att en stat med imperiedrömmar med våld anfaller ett fredligt grannland. Ett exempel på ett värdefullt ting är en diamant, som värderas som vacker.

Ett rättssystem kan ses som ett system av värderingar, där värderingarna omsatts till ett system av normativa idéer (rättsnormer, rättsregler). Den rättsskapande verksamheten består just i att omsätta värderingar till rättsnormer. Bakom varje normativ idé ligger en värdeidé. Man skulle kunna säga att ett rättssystem är primärt ett system av värderingar och sekundärt ett system av normer. Men eftersom det omedelbara föremålet för rättshantering är det sekundära, normativa systemet — som ju är det som explicit kommer till uttryck i lagar och domar — faller det sig naturligtvis alldeles självklart att förbehålla termen ”rättssystem” för det senare.

Omfattar man tanken att det ligger en värdering bakom varje normativ idé låter det sig sägas att min artikel handlar om förrättsligande över huvud taget. Man kan därför betrakta teorin om förrättsligande som den mer tekniskt betonade lagstiftningslärans fundament. Förrättsligandeteorin anlägger en dynamisk aspekt på rättsordningarnas funktionssätt såtillvida som den handlar om förändringar i rättssystemet.

Hur skall vi då beskriva relationen mellan en värdering och en däremot ”korresponderande” norm? En rimlig tanke är att värderingar på ett eller annat sätt *rättfärdigar* normer. En norm rättfärdigas av en värdering, om det (o)värde som uttrycks i normens rekvisit eller rättsföljens normtema (det som skall, får inte eller får utföras) är det (o)värde som värderingen i fråga handlar om. Viktigt är därvid att hålla i minnet att enligt helt andra värderingar ett sådant värde kan vara något indifferent eller ett ovärde, eller ett sådant ovärde kan vara något indifferent eller ett värde.

Att karakterisera ett rättssystem som ett system av värderingar kan kanske förefalla en smula underligt. Den rättsliga regleringen avser ju i de flesta fall en reglering av *sakförhållanden* — rättsreglernas rekvisit beskriver för det mesta vissa sakförhållanden. Rekvisitet i BrB 3:1, exempelvis, beskriver det sakförhållandet att någon berövar annan livet.

Men de sakförhållanden som rättsreglers rekvisit beskriver utgörs av värden eller ovärden som är hävdade av värderingar, som oftast (men inte alltid, något som vi skall återkomma till) inte återfinns i själva lagtexten. Att någon berövar annan livet är ett ovärde enligt värderingen att det är något ont att beröva annan livet, och det är denna värdering som föranlett regeln i BrB 3:1. Men det är ovärdet, inte själva värderingen, som vi finner i lagtexten.

Detta förhållande beror naturligtvis på att den bakomliggande värderingen vanligen framstår som alldeles självklar (såsom i vårt exempel). Men saken har också en mera djupgående innebörd, som har att göra med förrättsligandets genuina funktion i rättsskapandet — och i själva verket med rättsordningarnas fundamentala samhällsfunktion. Fenomenet förrättsligande förklarar i hög grad det sätt på vilket rättssystemen konstrueras. Det är denna funktion, antydd av Alf Ross i citatet ovan, som skall behandlas i det följande.

Att det är värderingar som förrättsligas är nog taget en självklarhet. För vad skulle det tjäna till att förrättsliga ett sakförhållande, om detta varken är ett värde eller ett ovärde? Vad vore meningen med att bestraffa dödandet av en annan person, om detta inte betraktades som något ont?

Rekvisit beskriver ofta (rena eller tidigare rättsligt kvalificerade) sakförhållanden som utgör ovärden (ett sådant redan rättsligt kvalificerat sakförhållande är t.ex. ”misshandel” i BrB 6:1). Detta är särskilt påtagligt i straffrätten. Låt mig ge några exempel.

(i) att någon spärrar in ett barn eller någon annan med uppsåt att skada honom eller henne till liv eller hälsa (BrB 4:1)

(ii) att någon genom misshandel eller annars med våld eller genom hot om brottslig gärning tvingar en person till samlag (BrB 6:1)

(iii) att någon förstör eller skadar egendom till men för någon annans rätt (BrB 12:1)

(iv) att någon under laga ed lämnar osann uppgift eller förtiger sanningen (BrB 15:1)

(v) att en krigsman olovligen avviker eller uteblir från tjänstgöringen (BrB 21:7).

Ovärden av detta slag vilar på värderingar, som handlar om ovärden. Det är exempelvis något ont att en krigsman avviker på detta sätt. Detta hindrar inte att man negationsvis kan formulera värderingen såsom handlande om ett värde: Det är värdefullt att krigsman inte avviker på detta sätt.

Ibland beskriver lagregeln ett värde och den bakomliggande värderingen ett ovärde. I FB 7:1 stadgas att föräldrarna ”skall svara för underhåll åt barnet efter vad som är skäligen med hänsyn till barnets behov och föräldrarnas samlade ekonomiska förmåga”. Att så sker är något värdefullt. Den underliggande värderingen är naturligtvis att det är något ont (ett ovärde) när föräldrarna underlåter underhåll efter sin förmåga. Också här kan man negationsvis formulera värderingen

såsom handlande om ett värde: Det är något gott att föräldrar svarar för underhåll efter förmåga.

Att (o)värden i rättsreglernas rekvisit beskrivs som sakförhållanden är inte ägnat att förvåna. Vore så inte fallet, skulle väl tillämpning av rättsregler vara omöjlig. Sakförhållanden är bevisbara och tillämpning i strikt mening består, när rekvisit uttrycks på detta sätt, i att konstatera om sakförhållanden överensstämmer med rekvisitens beskrivningar av sådana. Det är svårt att tänka sig någon annan form av rättstillämpning.

Ibland skiner dock den underliggande värderingen som genom ett fönster fram i själva normformuleringen. Detta beror på att själva (o)värdet, i motsats till vad som vanligen är fallet i straffrätten, i lagtexten formuleras med hjälp av värdetermer. Detta kan mer eller mindre uppenbart och i högre eller lägre grad vara fallet. Man kunde tänka sig ett slags skala för det värderande inslagets omfattning.

I generalklausuler återfinns regelmässigt ett värderande inslag. I avtalslagen § 36 talas om oskäliga avtalsvillkor och här kan värdering (att oskäliga avtalsvillkor är något ont ligger i begreppet ”oskäligt”) och ovärde sägas ha smält samman. Detta är också fallet beträffande standardbestämmelser, som innehåller hänvisningar till utomrättsliga värderingar, t.ex. marknadsföringslagen § 5. Här smälter värdering (”god marknadsföringssed”) och värde (”god marknadsföring”) samman. Marknadsföring som ”stämmer överens med” god marknadsföringssed är ett värde.

Då och då förser lagstiftaren sina produkter med portalbestämmelser utgörande ett slags programförklaringar. Här framträder värderingarna mer eller mindre tydligt i själva beskrivningen av (o)värdena, då dessa beskrivningar själva innehåller värdetermer. I FB 6:1 uttalas: ”Barn har rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran. Barn skall behandlas med aktning för sin person och egenart och får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling”. Värderingarna som skymtar fram i denna bestämmelse sammansmälter med både värden och ovärden. ÄktB 1:2 stadgar: ”Makar skall visa varandra trohet och hänsyn. De skall gemensamt vårda hem och barn och i samråd verka för familjens bästa.” I bestämmelser av detta slag saknas regelmässigt rekvisit, som beskriver rena sakförhållanden. De är vanligen inte hypotetiskt formulerade normer utan kategoriska sådana. I normtemat smälter värdering och värde samman (i ÄktB 1:2 ”trohet”, ”hänsyn”, ”familjens bästa”). Detta stadgande äger en viss upphöjd skönhet, något som inte kan sägas om socialtjänstlagen 1:1, vilket stadgande mest av allt verkar hämtat ur ett politiskt partiprogram. (Här tar lagstiftaren förvisso munnen full. Det är ingen liten börda, som läggs på ”samhällets socialtjänst”. Denna skall bl.a. ”främja människornas (!) aktiva deltagande i samhällslivet” samt ”frigöra och utveckla enskildas och grupperns egna resurser” — vad detta nu är, och hur det skall förverkligas — och allt detta skall därtill åstadkommas ”på demokratins och solidaritetens grund”. Som lagregel

betraktad är denna bestämmelse grotesk.) Värderingar och värden är här svåra att särhålla från varandra.

Detta förhållande är också tydligt i konstitutioner, preambular till internationella konventioner och liknande. ”Den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet” heter det i RF 1:2 st. 1. Men även i RF finner vi ibland (o)värdet uttryckt i normtemat medan den underliggande värderingen lämnas outtalad, så i RF 2:4: ”Dödsstraff får inte förekomma” (där ovärdet är ”dödsstraff förekommer”). EU-fördraget stadgar: ”Unionen skall ha som mål att främja freden, sina värden och folkens välfärd” (Artikel 3 p. 1). (Vilka unionens värden är anges i Artikel 2). Ofta särhålls inte heller i EKMR en värdering och det däremot korresponderande (o)värdet. I artikel 3 heter det: ”Ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning”.

Man kan säga att sammansmältningen av värderingar och (o)värden i själva lagtexten utgör ett slags partiellt förrättsligande av värderingarna — de inkorporeras mer eller mindre ”osmälta” i lagtexten.

Sammanfattningsvis. Förrättsligande innebär att värdeidéer (värderingar) kommer till uttryck i form av normer inkorporerade i rättssystemet (rättsregler). Förrättsligandet går s.a.s. från värdering till norm. Värderingarna ”normativiseras”. En sådan norm skall ange det (o)värde som värderingen handlar om. Detta (o)värde skall i normen i första hand uttryckas såsom ett sakförhållande. ”Det är något ont att beröva annan livet” normativiseras genom att sakförhållandet ”att beröva annan livet” infogas i en norm, i detta exempel genom att knytas till (den normativa) rättsföljden ”skall dömas för mord till fängelse ...”. Formuleringen av ett (o)värde som ett sakförhållande kan uppfattas som ett slags ”legislativ transformeringsregel”.

3 Vad åstadkommer man genom förrättsligande av idéer?

Som ovan framhållits är syftet med förrättsligande av värderingar (moraliska, politiska, ekonomiska osv.) att förvandla dem från att vara blott vackra drömmar till att utgöra handfasta realiteter, som med hjälp av rättsorganisationen och de rättsliga tvångsmedlen kan få genomslag i det verkliga livet (jfr det inledande citatet från Ross; min artikel kan ses om ett utvecklande av Ross’ tanke om förrättsligandets betydelse).

Högst generellt talat kan man säga att förrättsligandets syfte är att *ge skydd* — att skydda värden och att skydda mot ovärden. Det rättsliga skyddet skall garantera att värdena får genomslag i samhället och att ovärdenas påverkan på samhällslivet minimeras. Värden skall skyddas mot kränkningar av dem. Förrättsligandet skall medföra att det rättsliga skyddet gagnar värderingarnas genomslagskraft på ett avsevärt mer effektivt sätt än när värderingarna uteslutande lever ett utomrättsligt liv som moraliska, politiska etc. idéer, och enbart hålls vid liv genom så-

dant som föräldrars uppfostran av sina barn och inflytande av personliga föredömen, likväl som inom den allmänna samhällsdebatten, skolundervisningen, det ideella föreningslivet osv.

Ett annat syfte med förrättsligande är självfallet att erbjuda *effektiva instrument* för realiserande av värderingar som anses vara i behov av rättsligt skydd. Instrumentens uppgift är att på ett effektivt sätt göra värden till fakta och motverka att ovärden blir fakta. Somliga idéer är från denna synpunkt rentav skäligen poänglösa, om de inte transformeras till rättsidéer. Hur kan exempelvis ett effektivt bekämpande av den globala klimatförstörelsen komma till stånd utan att detta sker i rättsliga former med inbyggda tvångsmekanismer? I rättsordningarna är det rättsnormerna (rättsreglerna) som är instrumenten.

Ett ytterligare, utomordentligt betydelsefullt, syfte med förrättsligande är att garantera att värderingar realiserar *på ett civiliserat sätt*. Inte vilka utomrättsliga medel som helst för deras förverkligande kan tolereras. Ändamålet helgar förvisso inte alltid medlen. Förrättsligandet har då i detta avseende till syfte att lägga band på, kontrollera och om så krävs förbjuda vissa medel som utnyttjas, eller föreslås bli utnyttjade, för att realisera vissa värderingar. Det gäller att lägga band på ”privat rättskipning” — att förhindra att folk tar lagen i egna händer. Rätts-samhället kan inte tolerera sådant som djuraktivisters brännande av gårdar, hot mot djuruppfödarens anhöriga, lössläppande av djur och riskfyllt hindrande av trafik, eller demonstranternas kastande av gatstenar, brännande av bilar och krossande av skyltfönster. Självfallet kan heller inte vilka inomrättsliga medel som helst tolereras. Här kommer rättsstatsvärdena i fokus. Om själva rättssystemet i sin strävan att förverkliga vissa värderingar innehåller regler, som allvarligt kränker rättsstatsvärdena, har man ju inte skyddat samhället mot att staten själv tillgriper vålds-, tvångs- och hotmetoder och radikalt diskriminerande sådana utan tvärtom ställt ytterligare intolerabla medel till samhällets förfogande.

Slutligen bör framhållas tanken om förrättsligandets *moralbildande funktion*, dvs. uppfattningen att en effektivt fungerande rättsordning påverkar människors moraluppfattning. Förstärker då förrättsligande människors omfattande av de värderingar som förrättsligas? Ja, hur och i vilken omfattning detta verkligen kommer till stånd är naturligtvis i högsta grad varierande med avseende på vad det är som förrättsligas. Om dessa ting vet vi nog ganska lite och frågan är av empirisk natur, som närmast kan besvaras av socialpsykologin och sociologin. Men om en sådan moralbildning föreligger, är det ett ytterligare skäl för förrättsligande.

Ett förrättsligande av en värdering innebär naturligtvis inte att den upphör att verka ”utomrättsligt”. Djupt rotade värderingar, som t.ex. civiliserade människors avsky för mord, misshandel, stöld och bedrägeri, präglar utan tvivel deras moraliska känsla och moraliska liv oberoende av om något förrättsligande av dem kommit till stånd eller ej.

Vissa moraliska känslor är kanske rentav av genetisk natur. Men förrättsligandet av en moraluppfattning kan säkerligen på olika sätt påverka denna, exempelvis i förstärkande riktning.

Precis som inte vilka medel som helst kan tolereras i förrättsligande syfte är det självfallet en än viktigare fråga *vilka värderingar som är värda att skydda och göra effektiva genom förrättsligande*. Det finns ju avancerat omoraliska värderingar, vilkas genomslagskraft skulle förstärkas genom förrättsligande. Det finns i värderingar uttryckta ovärden som inte skall skyddas utan tvärtom motverkas. Här om mera i nästa avsnitt.

4 Vilka idéer bör förrättsligas?

Idéer av detta slag kan, vill jag hävda, inordnas i två, särskilt viktiga kategorier. Förrättsligande av dem kan med fog sägas vara nödvändigt för att ett samhälle skall kunna kalla sig civiliserat. Dessa två kategorier är *rättsordningens idé* och *det civiliserade samhällets grundläggande värderingar* (*individuell frihet, rättsstat* och *demokrati*). Förrättsligandet av dem består, generellt talat, i att garantera deras upprätthållande och att skydda dem mot hot. Men upprätthållandet av civilisationen måste ske med civiliserade medel. Också detta krav skall förrättsligandet uppfylla.

Emellertid kan extraordinära omständigheter (som t.ex. krig eller krigsfara) motivera *inskränkningar* av förrättsligandet av värden inom dessa kategorier, vilka inskränkningar då i sin tur måste grunda sig på vissa värderingar. Vidare måste självfallet de värden som ryms inom de tre kategorierna *skyddas* mot ovärden som är fientliga mot värden som rättsordning, rättsstat och demokrati. Förrättsligande måste åstadkommas av motståndsidéer, riktade mot de inkräktande värderingarna. Här är fråga om försvaret av rättssamhället.

Sådana hot mot det civiliserade rättssamhället kan uppträda såväl som inre och som yttre hot. Hoten mot rättsordningen, den individuella friheten, rättsstaten och demokratin kan emanera såväl från krafter inom landet som från krafter utanför detta.³

Det kan inte nog understrykas att rättssamhället som sådant inte har resurser att försvara sig själv. I själva verket är det civiliserade rättssamhällets existens prekär och dess livsvillkor tragiska. En betydande del av världens länder är orättsstater och ett civiliserat rättssamhälle kan falla i barbari praktiskt taget över en natt. För att motverka ett sådant förfall är det inte nog med att upprätthålla rättsordningen — kampen på idéernas plan måste också utkämpas på den politiska arenan och i seriösa media. Utbildningsväsendets betydelse i detta sammanhang kan inte överskattas. Rättssamhället kan också hotas av yttre krafter, vilka genom t.ex. cyberhot och vapenskrammel vill underminera vårt rättssamhälle. Eftersom rättssamhället inte har resurser att försvara sig själv,

³ I december 2023 levererade Kommittén om beredskap enligt regeringsformen sitt förslag avseende konstitutionell reglering för att stärka krisberedskapen (SOU 2023:75).

krävs av ett land, som tar rättssamhället på allvar, en handfast försvars- och säkerhetspolitik.

4.1 *Förrättsligande av rättsordningens idé.*

Låt oss in abstracto tänka oss ett mycket primitivt samhälle utan en rättsordning, styrt exempelvis av en enväldig despot genom ren faktisk maktutövning. Det allra första steget mot ett civiliserat samhälle, säg efter störtandet av despoten, måste vara att tillskapa en rättsordning. Samhällets allra första förrättsligande måste därför (fortfarande sett in abstracto) bestå i förrättsligandet av rättsordningens idé, dvs. tillskapandet av själva rättsordningen. Rent logiskt förhåller det sig så, att först när en rättsordning existerar kan förrättsligande av idéer komma till stånd. Förrättsligande av själva "behållaren" måste givetvis ske innan den kan fyllas med normativt innehåll genom förrättsligande.

Det kan med fog hävdas att det mest grundläggande av alla samhällseliga värden är att frid och ordning råder i samhället. Endast en rättsordning kan, som historien tydligt visar, förverkliga denna värdering. Vad som kan kallas "den fundamentala rättsidén" innebär att samhällselig frid och ordning skall upprätthållas genom rättsordningens försorg — samhällselig ordning genom rättsordning. Rättsordningarna är fredsinstrument. De är ryggraden i varje civiliserat samhälle.

Det framstår därvid som uppenbart att om den fundamentala rättsidén skall kunna förverkligas, måste vissa fundamentala värderingar uttryckta som krav ställas dels på själva utformningen av rättsordningen som effektivt instrument i detta syfte och dels på hur rättsordningen bäst skall skyddas mot angrepp.

Utformningen av rättsordningen är av synnerlig vikt i två avseenden. Dels gäller det att tillskapa och upprätthålla rättsorganisationens institutioner — lagstiftande församlingar, domstolar, polis- och åklagarmyndigheter, ett advokatstånd, exekutiva myndigheter etc. — och dels gäller det att åstadkomma en rättsordning som är effektiv som instrument ägnat att förverkliga de samhällseliga syften som den är avsedd för att förverkliga.

Inskränkningar i förrättsligandet av rättsordningens idé är betingade av nödsituationer av olika slag. Det som är ett värde under "normala" förhållanden förvandlas till ett ovärde i nödsituationer. I sådana lägen skall vissa "nödvärderingar" mobiliseras och de "nödvärden" som dessa ger uttryck för anges i lagtexten. Två grundprinciper för förrättsligandet måste härvid uppfyllas: (1) Att de olika slagen av nödsituationer får en tydlig formulering i lagtexten och (2) att inskränkningarna inte går längre än vad som är nödvändigt för att realisera nödvärdet. Som exempel kan anföras en del bestämmelser i RF kap. 15, som handlar om krig och krigsfara. Under sådana omständigheter kan en krigsdelegation ersätta riksdagen. Det är ett värde, ett nödvärde, att så sker och den underliggande värderingen är naturligtvis att det är något gott att riket styrs på detta sätt *givet dessa*

omständigheter. På samma sätt kan regeringen fullgöra vissa uppgifter, som annars skulle vila på riksdagen eller krigsdelegationen. Nödregleringar innebär ett försvagande av förrättsligandet av rättsordningens idé såtillvida som en organisation som anses var den bästa möjliga form av rättsorganisation för detta syfte ersätts med en för normala förhållanden mindre god sådan.

Vad avser frågan hur rättsordningen bäst skall skyddas mot inre och yttre hot och angrepp blir naturligt nog ett första steg att göra klart för sig vilka former sådana angrepp kan ta sig. Med inre hot avser jag hot som emanerar från företeelser inom det egna landet. Inre hot kan vara av såväl rättslig som utom-rättslig natur. Yttre hot är hot som emanerar från företeelser utanför det egna landet. Också yttre hot kan vara av såväl rättslig som utomrättslig natur. Såväl historia som nutid förser oss dessvärre med en rik arsenal av exempel på alla dessa slag av hot. Kampen mot sådana kan ta sig såväl rättsliga som utomrättsliga former.

Låt mig som exempel på inre hot av rättslig karaktär mot rättsordningen nämna de inskränkningar i domstolarnas självständighet och befogenheter som sker i dagens Ungern. De motkrafter som rättsordningen själv kan mobilisera mot sådana inre hot ligger på det rena idéplanet och frågan är hur värdeidéer av hithörande slag kan förrättsligas. En idé av det motverkande slaget i vårt land återfinns i RF 11:3 där ett ovärde formuleras i form av ett sakförhållande — ”riksdagen bestämmer hur en domstol skall döma i det enskilda fallet” — och detta sakförhållande underkastas ett förbud. Detta slag av lagreglering är ett uttryck för vad jag i flera arbeten kallat ”kontrastmetoden”, som innebär att man hävdar ett värde genom att formulera det ovärde som utgör en kränkning av värdet i fråga (och därigenom också den värdering på vilken detta ovärde grundas). Tanken är därvid naturligtvis att få människor att inse vad det skulle innebära om detta ovärde realiserades och att uppamma motvilja mot det. Det är svårt att se att enbart ett målsättningsstadgande, t.ex. ”riksdagen skall värna rättskipningens självständighet”, skulle ha samma effekt.

Motkrafter av utomrättslig natur mot rättsliga inre hot kan ta sig olika former. Vi har bevittnat hur demonstrationer med stort folkligt stöd ägt rum i Polen, Ungern och Israel. Mindre spektakulära men säkerligen än mer verkningsfulla åtgärder kan utgöras av politisk opposition, medial vaksamhet och skolutbildning avseende vad en rättsordning är och vari dess värde ligger.

Inre hot mot rättsordningen av utomrättslig karaktär kan utgöras av hot mot och trakasserier av rättsordningens funktionärer — poliser, åklagare, domare, advokater och personal inom kriminalvården — något som dessvärre inte är ovanligt i dagens Sverige. Rättsliga åtgärder mot barbari av detta slag, ägnat att underminera rättsordningens styrka, består främst i effektivt polisarbete och kraftfulla sanktioner, och utomrättsliga åtgärder i form av effektiva säkerhetssystem.

Men än farligare hot mot rättsordningen uppträder i form av värderingar ägnade att åstadkomma en total nedmontering av denna, som var fallet exempelvis i det nazistiska Tyskland, där den yttersta makten över rätten och rättskipningen helt och hållet lades i Führerns händer.

Ett exempel på yttre hot med rättsliga medel är när en stat kräver jurisdiktion över vissa rättsområden, som egentligen tillkommer den drabbade staten i enlighet med dess rätt och med folkrätten, som Ryssland gör i Donetskreionen. Det ligger i öppen dag att försök att med rent rättsliga medel skydda sig mot hot av dessa slag dessvärre ofta är föga framgångsrika, särskilt om den drabbade staten befinner sig i underläge i förhållande till den hotande. Inte heller utomrättsliga motåtgärder mot yttre rättsliga hot kan väl i sådana prekära situationer bli särskilt verkningsfulla. Om den hotade staten vägrar att falla undan kan den utsättas för allvarliga samhällsstörningar eller rentav militärt angrepp från den hotande statens sida. Försvaret för rättsordningen blir då ett försvar i dess mest extrema form — krig.

Men yttre hot mot ett lands rättsordning med hjälp av rättsliga medel kan också äga ett positivt värde. Att mobilisera EU-rätten för att motverka åtgärder i länder som Ungern ägnade att inskränka domstolarnas självständighet är ett sådant värdefullt hot.

Yttre hot mot rättsordningen av utomrättslig karaktär emanerar nu för tiden främst från stater som vill oss illa och som söker destabilisera tilltron till våra rättsliga institutioner. Dessa stater eftersträvar att utså tvivel om dessa institutioners integritet och driver den populistiska linjen att institutionernas maktutövning åsidosätter "folkets vilja". Dylig propaganda sker i våra dagar främst genom desinformation, nättroll, dataintrång, hackers, cyberhot, cyberattacker och hybridkrig. Här utmärker sig särskilt Ryssland, Kina och Iran.

Att söka bekämpa sådana attacker mot själva rättsordningen med rent rättsliga medel är ett nödvändigt men långt ifrån tillräckligt medel. Det rättsliga skyddet kan i betydande grad förstärkas genom internationellt samarbete civiliserade stater emellan. Som exempel från svensk rätt på stadganden ägnade att skydda mot såväl inre som yttre angrepp på rättsordningen kan anföras BrB 13:4 och 5 (sabotage och grovt sabotage riktade mot rättskipningen och den offentliga förvaltningen), 16:4 (störande av förrättning eller av allmän sammankomst, vilket inkluderar domstolsförhandlingar), 18:1 (uppror), 19:1 (högförräderi) samt kap. 21–22 (brott av krigsmän och landsförräderi m.m.).

Rättsliga medel är, som sagt, nödvändiga men inte alls tillräckliga. Utnyttjande av tekniska medel i propagandans tjänst kan bara bekämpas med tekniska medel. Seriösa medier måste ge korrekt information. Folkmoralen måste upprätthållas med de medel som står till buds.

Vidare gäller det att åstadkomma en rättsordning som är effektiv som instrument. Detta innebär, om vi betraktar en enskild lagregel, att

om rättsfakta, som adekvat uppfyller regelns rekvisit, föreligger och rättsföljden därefter realiserar, så uppnås (med en hög grad av sannolikhet) det syfte som regeln är ett instrument för att uppnå. Men effektivitet får inte uppnås med vilka medel som helst. Här uppställer rättsstatliga värderingar inskränkningar i strävandet efter effektivitet. Brottsbekämpning, exempelvis, får inte bedrivas med vilka brutala metoder som helst.

Åtskilliga krafter, som kan var ägnade att motverka uppnåendet av lagens ändamål, ligger hos lagen själv. Det kan t.ex. förhålla sig så att lagens efterlevnad inte leder till det önskade resultatet (kausalsambandet mellan efterlevnad och ändamålsuppfyllelse är bristfälligt), att lagens efterlevnad också leder till olyckliga konsekvenser, som kanske slår ut värdet hos det avsedda ändamålet, att en regel kolliderar eller konkurrerar med en annan regel eller att regleringen skapar utrymme för kringgående. Sådana olägenheter kan bara motverkas genom en mer noggrann lagstiftning, vilket självfallet motiveras av värderingen att lagarna skall var effektiva.

En utomrättslig orsak till en regels bristande effektivitet kan vara att den inte efterlevs av adressaterna, kanske därför att inget händer om så sker, eller att regeln betraktas som kränkande eller djupt omoralisk. Sådana värderingar gör lagstiftaren klokt i att beakta och att väga mot de värderingar som den tänkta lagen grundar sig på.

4.2 Förrättsligande av det civiliserade samhällets grundläggande ideologiska värderingar.

Som grundläggande ideologiska samhällsvärden betraktar jag den individuella friheten, rättsstaten och demokratin. Förrättsligande av dessa värden är en utomordentlig storskalig uppgift såtillvida som den involverar en rad skilda rättsområden — inte bara den konstitutionella rätten utan praktisk taget alla andra rättsområden, inte minst straffrätten och processrätten.

Den individuella friheten, den enskilda människans frihet att bestämma över sitt liv och att få göra sina egna val, är kanske det mest väsentliga av alla samhällsvärden näst efter det att fred och ordning råder.⁴

Men att den individuella friheten måste underkastas inskränkningar ligger i öppen dag. Vi får inte i frihetens namn bete oss hur som helst mot våra medmänniskor. Och min frihet får inte otillbörligt inkräkta på andras frihet. Här konkurrerar frihetsvärderingen med exempelvis värderingen att skadande av andra människor fysiskt och psykiskt är något ont och även med vissa jämlikhetsvärderingar. Att brottslingars individuella frihet måste begränsas genom fängelsevistelse är en självklarhet. Ett extremliberalt (idealtypiskt) samhälle vore i själva

⁴ Om den individuella friheten och liberalismen se närmare min bok *Tankar om humanism* (2021), s.44–48.

verket ett alldeles fasansfullt samhälle att leva i. (Detsamma gäller ”dess motsats” — ett extremsocialistiskt (idealtypiskt) samhälle.)

Inre hot av rättslig karaktär mot den individuella friheten utgörs inte sällan av hot mot yttrandefriheten. Krav på förbud och kriminalisering av misshagliga idéer, hädelse av religiösa föreställningar, nedsättande tal om den egna staten och liknande måste kraftfullt motverkas med rättsliga medel. Härvidlag är det främst fråga om rättsliga medel ägnade att *förebygga* att sådana krav uppfylls genom förrättsligande av dem. Detta kan ske genom att konstitutionen skyddar yttrandefriheten och att kränkningar av den möts med effektiva sanktioner. När sådana inskränkningar i yttrandefriheten väl förrättsligas är det långt svårare att bli av med dem.

Icke-rättsliga motåtgärder mot föreslagna eller redan förrättsligade otillbörliga inskränkningar av den individuella friheten utgörs, liksom beträffande hot mot rättsordningen, i ett fritt samhälle främst av en allvarligt syftande opinionsbildning.

Det främsta inre hotet av icke-rättslig natur mot den individuella friheten är självfallet kriminaliteten. Nu kunde invändas, att kriminaliteten är ett hot av rättslig natur, eftersom brottsbeskrivningarna (rekvisiten) är av rättslig natur. Men det är mest naturligt att betrakta de rena sakförhållanden (ovärden) som beskrivs av dessa (t.ex. att någon uppsåtligt berövar annan livet) som icke-rättsliga fenomen, just för att de är ovärden, som skall bekämpas av rättsordningen. Det låter sig sägas, att de flesta brott innebär en kränkning av den individuella friheten. De mest flagranta har samlats i ett särskilt kapitel i BrB, kap. 4, som har titeln ”Om brott mot frihet och frid”. Den självklara reaktionen är straffen. Men det finns också andra icke-rättsliga hot mot den individuella friheten. Här skall blott nämnas den obehagliga s.k. cancelkulturen, som fått en viss spridning i flera länder. Denna bekämpas väl bäst genom icke-rättsliga medel, inte minst genom att ledande personer inom de verksamheter där denna ”kultur” florerar har civilkurage nog att sätta stopp för dessa självutnämnda åsiktspolisers framfart.

Yttre hot av rättslig natur mot den individuella friheten kan vara både på gott och på ont. Att ryska krigsförbrytare kan lagföras utanför Ryssland, t.ex. vid den internationella brottmålsdomstolen, och därmed få sin frihet inskränkt, är utan tvivel ägnat att upprätthålla en viss tilltro till den internationella rättsgemenskapen. På ont är ett sådant hot t.ex. när lagen i staten A på högst tvivelaktiga grunder betraktar en viss grupp av människor som terrorister och kräver av staten B att också denna i sin lag skall betrakta människor i denna grupp som terrorister. Ett exempel på yttre hot mot och kränkning av icke-rättslig natur mot den individuella friheten är när agenter tillhörande staten A kidnappar medborgare av staten B på B:s territorium.

Vilka skydd mot onda yttre hot av rättslig respektive icke-rättslig karaktär mot den individuella friheten står till buds? Svaret på denna

fråga är naturligtvis avhängigt av den drabbade partens faktiska makt i förhållande till den hotande staten. Är den senares faktiska makt över den förras låg eller obefintlig kan det räcka med hänvisning till den inhemska rätten (såsom Sverige gjort visavi Turkiet). Är den hotande maktens faktiska makt överlägsen ställer sig saken svårare. Här blir behovet av internationellt stöd av såväl rättslig som icke-rättslig natur är mer trängande.

Demokratins idé är utan tvivel den samhällsidé som åtnjuter den högsta prestige i dagens värld — hur ifrågasatt, hotad och kränkt denna idé än är.⁵ Dess främsta rättfärdigandegrund är den överordnade humanistiska tanken att de enskilda individerna skall ha ett ord med i laget ifråga om sådana allmänna samhällsliga angelägenheter som berör dem. Att en sådan rätt förvägras dem utgör en kränkning av deras liv i mänsklig värdighet. Demokrati innebär kort och gott att innehav av offentlig makt ytterst skall vila på (utgå från) folkets (medborgarnas) vilja, sådan denna kommer till uttryck genom allmänna och hemliga val med lika rösträtt. Demokrati handlar om hur offentlig makt skall erhållas av och berövas människor. Själva poängen med demokratin är, enligt min uppfattning, att den är det i praktiken enda medlet att i rättsliga och fredliga former befria sig från offentliga makt-havare i stället för att döda dem, genomföra en *coup d'état* eller vänta tills de avlider eller blir senila. Den som ett ögonblick inbillar sig att denna syn på saken är att förringa demokratin och inte fångar dess storslagenhet begår ett stort misstag. Därom vittnar blott alltför värtaligt och tragiskt den historiska erfarenheten.

Sålunda är t.ex. förbud mot dödsstraff, god åldringsvård eller jämställdhet mellan könen inte några *demokratiska* värden (som de ofta framställs som, inte minst i den politiska debatten). Dessa ting är värdefulla i sig, alldeles oberoende av demokratin. En demokrati kan utan att upphöra att vara en demokrati förfölja minoriteter, praktisera dödsstraff och tortyr, kränka rättsstatliga värden över huvud taget och vanvårda skolundervisning och sjukvård — allt så länge makthavarna har stöd av folkmajoriteten. Demokratin kan missbrukas. Därvid måste man ha klart för sig, att missbruk av demokratin också utgör ett hot mot demokratin. Inte heller yttrandefriheten är ett demokratiskt värde utan ett värde i sig. Däremot är en av de faktorer som gör yttrandefriheten till ett värde att denna är ett nödvändigt villkor för en fungerande demokrati.

Demokratin är inget heligt värde (sådana existerar över huvud taget inte, om man med "heligt" menar ett värde, som alltid övertrumfar alla andra). I ett civiliserat samhälle måste den — liksom friheten — stryka på foten, när annars andra väsentliga värden allvarligt skulle kränkas. Folkstyret måste självbinda sig, för att använda en av Johan Hirschfeldt präglad term.⁶ Att de folkvalda själva eller domstolar inskränker parla-

⁵ Om demokratins idé se närmare a.a. s. 61–75.

⁶ J. Hirschfeldt, "Krisen för den demokratiska rättsstaten", SyJT 2018, s. 77.

mentariska församlingars rätt att tillåta dödsstraff eller tortyr och att domstolar genom lagprövning garanterar att konstitutionen upprätthålls — och därigenom inskränker demokratin — är i jämförelse med det humanistiska och humanitära värdet av att sådana ovärden inte förekommer en högst obetydlig inskränkning av demokratin — medan rättsstatsvärdena har åtskilligt att vinna. En av mina studenter skrev en gång: ”Att leva i en stat där balans råder mellan rättsstatsidealen och de demokratiska idealen är sannolikt det mest hälsosamma”.

En tänkt maximal, obegränsad (idealtypisk) demokrati vore ju i själva verket ett alldeles fasansfullt samhälle att leva i. I ett sådant samhälle skulle min bostadsort, hur jag skall uppfostra mina barn och vilka tidningar jag skall läsa bero på demokratiska val. Det extremdemokratiska samhället är ett totalitärt samhälle.

Demokratierna lever under ett ständigt hot. Vilka slag av hot kan då demokratierna typiskt sett drabbas av? Ja, dessa kan vara av högst skiftande slag. Här finns anledning att erinra om statsvetaren Karl Loewensteins berömda tidskriftsartikel från 1937, ”Militant democracy and fundamental rights”, skriven i en tid då nazismen och fascismen stod på sin höjdpunkt⁷. Men den har förvisso inte förlorat sin aktualitet i dagens värld. Under de senaste decennierna har demokratin varit på tillbakagång över hela världen. Loewenstein betonar nödvändigheten av *militanta demokratier*, som inte väjer för hårdhänta medel, rentav undantagstillstånd, när det gäller att effektivt åstadkomma ett demokratis självförsvar. Men denna kamp skall föras inom rättsordningens gränser. Det är alltför lätt att slå sig till ro i hägnen av den höga grad av demokrati som vi har förmånen att leva i. Demokrati är ingen självklarhet och vi får inte i allvarliga krissituationer i bästa välvilja (ibland rentav naiv dumsnällhet) och eftergivenhet inbilla oss att grava hot mot demokratin kan avväjas utan vissa inskränkningar i rättsstatsprincipernas verkningssområde. Att göra de avvägningar som är nödvändiga i sådana lägen är sannerligen ingen lätt uppgift.

Inre hot av rättslig natur kan bestå i inskränkningar i lag av vissa gruppers rösträtt eller krångliga regler om hur val skall gå till, ägnade att försvåra för vissa människor att delta i valen. Det senare finner vi exempel på i USA. Rättsligt skydd mot sådana hot måste vara av förebyggande beredskapsnatur. När hoten väl uppfyllts, ställer sig saken betydligt svårare. De rättsliga motmedel som står till buds är en lagstiftning, som noggrant reglerar demokratis genomförande och upprätthållande (t.ex. genom klara och tydliga vallagar), uppbackad av grundlagsskydd.

Inre hot mot demokratin kan bekämpas med hjälp av yttre rättsliga hot för demokratis bevarande. EU-fördragets artikel 7 stadgar att en stat, som allvarligt åsidosätter demokratin, kan få sina rättigheter enligt

⁷ Se härom närmare a.a. s. 76 f.

EU-fördraget, inklusive rösträtten, tillfälligt upphävda. Icke-rättsliga åtgärder mot hot av detta slag är här, som alltid när grundläggande samhällsvärden hotas, en allvarligt syftande opinionsbildning.

Inre hot av icke-rättslig natur kan utgöras av fascistiska och populistiska krafter, som önskar misstänkliggöra och undergräva det demokratiska styrelseskicket genom att utpeka de folkvalda som "egentligen" utgörande en från "folket" skild "elit" ("trumpism"). Hotet kan också utgöras av manipulering av valresultat eller kränkande av valhemligheten. Ett kraftfullt instrument för sådana syften utgör den nya informationstekniken. Spridning av s.k. fake news är inget nytt fenomen men har genom denna teknik gjorts än farligare. Motmedel av rättslig natur är straff och av icke-rättslig natur effektiv motargumentering och upplysning, inte minst genom att man medelst kontrastmetoden konkret tydliggör vad det skulle innebära, om sådana hot förverkligades.

Men också yttre hot av rättslig natur mot ett annat lands demokratiska styrelseskick kan förekomma. Enligt kinesisk rätt är Taiwan en del av folkrepubliken Kina, vilket är ett rättsligt hot mot en främmande självständig stats demokrati. Rent rättsliga skydd mot sådana åtgärder — i form främst av konstitutionell natur — är naturligtvis högst prekära, om de inte backas upp av en rejäl faktisk motståndskraft, helst i samverkan med andra vänligt sinnade länder. Folkets vilja och förmåga att försvara sitt land och dess demokrati är härvid självfallet avgörande. Detta gäller naturligtvis i än högre grad beträffande yttre hot av icke-rättslig karaktär, såsom cyperattacker, aggression, hot om väpnat angrepp eller rentav ett militärt anfallskrig. Det rättsliga skyddet i sådana lägen består ytterst av undantagstillstånd och mobiliserande av den konstitutionella nödrätten, och det icke-rättsliga skyddet av ett effektivt försvar mot cyperattacker och anfallskrig.

*Rättsstatsidén*⁸ kan in nuce formuleras så här: Den enskilda individen skall åtnjuta rättsskydd, upprätthållet av staten, mot statens missbruk av rättsordningen⁹ genom kränkningar av den enskildes rättslikhet, rätts-säkerhet, rättstrygghet och rättstillgänglighet, alla grundade på legalitetsprinciperna och rättfärdigade av den humanistiska tanken om den enskilda individens liv i mänsklig värdighet. Rättsstatsidén erbjuder en utomrättslig standard av moralisk karaktär, med vars hjälp vi kan underkasta rättsordningen och dess hantering en värderande granskning utifrån denna särskilda utgångspunkt. Värdet av rättsstatstankens upprätthållande ligger i öppen dag. Den uttrycker dels ett värde i sig och därtill är den ägnad att tygla missbruk av den individuella friheten och demokratin.

Rättsstatstankens grundsten är alltså legalitetstanken. *Legalitet* (the rule of law) råder i ett samhälle i den utsträckning som samhällets

⁸ Om rättsstatens idé se närmare Frändberg a.a. s. 48–61 och för en fördjupad framställning Frändberg, *From Rechtsstaat to Universal Law-State* (Springer, 2014).

⁹ Detta utgör vad jag i flera arbeten kallat "rättsstatens paradox". Det klassiska receptet för upplösandet av denna paradox är maktdelningstanken.

rättssystem efterlevs av de officiella myndighetsutövare som systemets regler är adresserade till ("legalitet" är således ett idealtypiskt begrepp). Begreppet *legalism* låter vi uttrycka både värdeidén att legalitet är något värdefullt och den normativa idé som säger att legalitet skall iaktas i rättsanvändningen.¹⁰

Efterlevande av legalismen är dock inte en tillräcklig förutsättning för att en rättsstat skall existera. Orsaken till detta förhållande är enkelt att inse. Ett legalistiskt förhållningssätt förutsätter ju av rent logiska skäl lagar att förhålla sig legalistiskt till. För att rättsstatstanken skall ha någon mening krävs rättslig subordination — förrättsligande — i form av lagar av väsentliga samhällsförhållanden. Det måste med andra ord föreligga ett välutvecklat rättssystem för legaliteten att operera över.

Det är av ytterlig vikt att ha klart för sig, att legalismen kan drivas så långt att den kränker de fyra på denna vilande grundläggande rättsstatsvärdena. Sätillvida kan ett slags inre hot av rättslig karaktär mot rättsstaten sägas föreligga. Legalismen kan utvecklas till formalism och ortodoxi. En legalistisk tillämpning av onda lagar förstärker ju detta onda (*summum ius, summa iniuria*). Legalismen har sina gränser. Strikt legalitet kan sålunda motverka rättsligheten, om lagen innehåller otillbörligt diskriminerande bestämmelser riktade mot en särskild grupp av människor. Strikt legalitet kan motverka rättssäkerheten (i betydelsen "företsebarhet i rättsliga angelägenheter"), t.ex. vid tillämpning av retroaktiv strafflagstiftning till den tilltalades nackdel. Strikt legalitet kan motverka rättstryggheten, om lagar som tillåter tortyr, arresteringar och häktningar på obestämd tid, godtycklig konfiskering av egendom etc. slaviskt följs. Strikt legalitet kan motverka rättstillgängligheten, t.ex. om lagar som otillbörligt begränsar rätten att förebbringa bevis inför rätta noggrant iaktas.

Kan man med rent rättsliga medel motverka sådana konflikter mellan legalism och de fyra grundläggande rättsstatsvärdena? Ja, detta är naturligtvis förknippat med betydande svårigheter, eftersom det ju är lagstiftaren själv som försatt rättstillämparna i den situationen att de antingen måste vara legalistiska (som ju normalt sett är något värdefullt) och kränka något rättsstatsvärde eller att i strid mot lagen värna detta rättsstatsvärde.

Svaret på frågan är avhängigt av den grad av rättslig och politisk civilisation som råder i samhället. Är detta samhälle en brutal diktatur är rättsliga medel för att skydda rättsstatsvärdena självfallet obefintliga. Det kan förefalla paradoxalt, men rättsstatstanken är bara meningsfull i någorlunda civiliserade stater.

I civiliserade stater erbjuder en anständig konstitution förenad med lagprövningsrätt för domstolarna, vilken kan medföra ett underkännande av konstitutionsvidrig lag, det kanske mest verkningsfulla medlet till skydd för rättsstatsvärdena. För det icke-rättsliga motståndet mot

¹⁰ I *From Rechtsstaat to Universal Law-State*, kap. 4, har jag formulerat fyra skilda legalitetsprinciper.

inre hot har den samlade juristkåren ett stort ansvar genom en effektivt bedriven opinionsbildning. I skolundervisningen bör också ingå ett utlärande av vad det faktiskt innebär att en stat är en rättsstat.

Få länder är helt befriade från inre icke-rättsliga hot mot rättsstaten. Det kan vara fråga om politiska extremistgrupper, som högljutt kräver ”hårdare tag” och inskränkningar av vissa medborgares rättslikhet. Det kan vara fråga om en mindre eller mer spridd korruption inom offentliga organ. Det verkliga skräckscenariot finner vi i världens dessvärre inte få gangsterstater, där rättsstatsvärdena förkastas och brutalt åsidosätts.

Hur skyddar man sig med rättsliga medel mot inre hot av dessa slag? Ja, det mest verkningsfulla motmedlet kan inte vara något annat än stränga straff. Att komma åt gangsterstaternas företrädare med rättsliga medel är naturligtvis betydligt svårare. Sådana måste vara av det förebyggande slaget — att motverka ett rättsstatsfientligt maktövertagande med konstitutionella och straffrättsliga medel. Även mot detta slag av hot består de icke-rättsliga motmedlen främst av en effektiv opinionsbildning.

Beträffande yttre hot mot rättsstaten av såväl rättslig som icke-rättslig natur och de rättsliga och icke-rättsliga motmedlen hänvisar jag till vad ovan sagts om yttre hot mot den individuella friheten och demokratin.

Rättsstatsidén handlar om relationen mellan den offentliga makten och den enskilda individen. Men rättsstatsidéns förhållande till vad jag (ovan s. 9) kallat ”den fundamentala rättsidén” är förvisso inte oproblemiskt. Ett spänningsförhållande mellan dessa båda, för samhällslivet fundamentala värdeidéer, har i Sverige de yttersta av dessa dagar på ett tragiskt sätt blivit ett djupgående akut problem.

Båda idéerna handlar ytterst om rättstrygghet. Den fundamentala rättsidén värnar om vad vi skulle kunna kalla samhällsfridens rättstrygghet, som skall skiljas från den rättsstatliga rättstryggheten. Den förra avser skydd för enskilda individer mot andra enskilda individer (inte minst mot medlemmar av de kriminella gängerna och klanerna). Här är det fråga om att upprätthålla samhällsfriden. Den senare värnar om den enskilda individens rättstrygghet gentemot den offentliga makten. Vad vi nu upplever är en konflikt mellan dessa båda för det civiliserade samhällslivet grundläggande värden. För att upprätthålla samhällsfridens rättstrygghet kan vissa inskränkningar av den rättsstatliga rättstryggheten vara nödvändiga.

Hoten mot samhällsfridens rättstrygghet i dagens Sverige (detta skrivs i nov. 2023) är mångfaldiga: mord, mordförsök, misshandel, sprängningar, bränder, hotelser, trakasserier m.m. Härtill störs livräddande sjukhusoperationer av släktingar och vänner till de skadade, stenar kastas mot ambulanser, brandutryckningsfordon och bussar, socialsekreterare drabbas av en motbjudande smutskastning, lärare utsätts för hot från föräldrar och fysiska angrepp av elever, personal i bibliotek och simhallar likaså. Ett betydande bidragsfusk utövas av de

kriminella klanerna. Hot av antisemitisk natur förekommer. Parallella samhällen uppstår. Kriminell infiltration av det politiska livet och näringslivet har tagit sig sådana former att det är befogat att påstå att en maffia fått insteg i vårt land. Allt detta tillsammantaget gör att det inte är en överdrift att hävda att Sverige idag befinner sig i en nödsituation.

De åtgärder som nu föreslås utöver de redan befintliga utgörs bl.a. av strängare straff och vad som brukar betecknas med uttrycket ”hemliga tvångsmedel” (och då självfallet inte ”hemliga” i den bemärkelsen att reglerna om dem är opublicerade utan i betydelsen att de är hemliga för dem som tvångsmedlen riktas mot). Sådana tvångsmedel är telefonavlyssning, hemlig övervakning av elektronisk kommunikation, hemlig dataavläsning, kameraövervakning (varvid även drönare kan komma till användning), rumsavlyssning med hjälp av buggning, automatisk avläsning av registreringsskyltar, ansiktigenkänning, vistelseförbud och visitationszoner.¹¹

Hur skall vi nu betrakta allt detta från den mer generella och principiella synpunkten av förrättsligandets uppgift och villkor? Vilka krav kan ställas på förrättsligandet i den nödsituation som vi befinner oss i? Vad jag kan finna är det främst tre sådana krav som kommer i förgrunden (och de torde gälla i alla situationer av nödkaraktär såsom krig eller krigsfara, pandemier och naturkatastrofer).

(1) Vid förrättsligande måste behovet av nödatgärder alltid prövas mot den nödsituation som föreligger och får inte gå längre än vad som är nödvändigt för att komma till rätta med denna. Gränsen mellan förrättsligande och icke-förrättsligande måste därvid tydligt upprätthållas.

(2) Åtgärderna och villkoren för deras verkställande måste vara tydligt och klart angivna i lagtexten. Det skall vara fråga om vad jag i närmast följande avsnitt kallar ”starkt förrättsligande”.

(3) Förrättsligandets karaktär av undantagsåtgärd måste komma till klart uttryck i lagregleringen. Det skall tydligt framgå av lagtexten vilka lagar som nödlagstiftningen utgör undantag från. Och för att markera att denna lagstiftning är något som vi inte vill ha under ”normala” förhållanden är det en klok åtgärd att tidsbegränsa sådana lagar. Förrättsligande kan vara en tillfällighetsåtgärd. Man kan ange en viss tidpunkt när nödlagstiftningen skall träda ur kraft. Detta går att kombinera med en möjlighet till prolongering under en viss angiven tidrymd. Men då gäller att våra lagstiftare inte hemfaller till ett slentrianmässigt prolongerande utan att regleringens fortsatta existensberättigande faktiskt prövas.

Till sist. Den individuella frihetens, demokratins och rättsstatens idéer vilar på ett gemensamt fundamentalt värde: den humanistiska tanken om den enskilda människans liv i mänsklig värdighet. Men detta

¹¹ En rad lagstiftningsåtgärder av närmast nödkaraktär har vidtagits, se SvJT 2023 s. 752 och 756 ff.

värde bör i ett civiliserat samhälle genomsyra hela rättssystemet — dess civilrätt, straffrätt, processrätt, förvaltningsrätt etc. Förrättsligande på detta plan sker, kan man säga, ”på verkstadsgolvet”.

Med den syn på rättsordningens natur som jag presenterat i avsnitt 1 — rättsordningen som en behållare av förrättsligade utomrättsliga värdeidéer — är det uppenbart att förrättsligande kan vara mer eller mindre civiliserat. Mot bakgrund av framställningen i detta och tidigare avsnitt torde det stå klart vad jag menar med en civiliserad hantering av rättsordningen.

Vi måste ha fullständigt klart för oss att rättsordningarna i orätta händer kan utgöra ett instrument för de mest barbariska och brutala ingrepp i samhällslivet, och ge utrymme för de mest absurda fördomar. Precis som en kökskniv kan vara ett ypperligt verktyg för att filea fisk med men också ett effektivt mordredskap, kan rättsordningarna vara till högsta gagn för samhället men också till ytterlig skada. De har brukats för nedtrampning och förföljelse av vissa människogrupper, för åsiktsfrihetens förkvävande och, i äldre tider, för avrättning av kvinnor, som påståtts ha haft sexuell umgänge med djävulen, eller för att ställa grisar, höns och oxar inför rätta för begångna brott.

Det förhåller sig också så att det kan vara förenat med betydande svårigheter att genomföra ett förrättsligande av vissa ting. Detta gäller inte minst när fråga inte är om sociala förhållanden utan om förhållanden som tillhör den mer privata sfären, såsom vad människor skall tänka eller tycka. Redan av detta skäl gör lagstiftaren här klokt i att lägga band på sig själv.

I resterande avsnitt skall jag lite mer i detalj undersöka hur förrättsligande av idéer kan gå till.

5 Hur sker förrättsligande av idéer?

Jag vill betona att framställningen i detta avsnitt inte handlar om lagstiftningsteknik i strikt mening utan om en mer djupgående fråga. Vad jag försöker komma åt är något mer abstrakt och generellt, nämligen själva förrättsligandets natur. Vi tänker oss därvid ett icke-förrättsligt tillstånd som utgångsläge och betraktar sedan hur ett förrättsligande kan tänkas ske av en viss värdeidé.

5.1 Förrättsligandets element

I avsnitt 3 angavs som mål för förrättsligande av värderingar (1) att skydda värden och skydda mot ovärden, (2) att tillhandahålla effektiva instrument ägnade att förverkliga somliga värderingar och motverka andra och (3) att garantera att förverkligandet sker på ett civiliserat sätt.

Centralt i allt förrättsligande är att vissa människor åläggs att utföra eller underlåta vissa handlingar. Förrättsligande består i att tillskapa *åligganden* uttryckta i rättsregler.

Skydd är en relation, som involverar åtminstone fem komponenter. För det första ett skyddssubjekt, den som skall skyddas. För det andra ett hotsubjekt, den mot vilken skyddssubjektet skall skyddas. För det tredje ett hotmedel, det varmed hotsubjektet hotar skyddssubjektet. För det fjärde en beskyddare, den som skall skydda skyddssubjektet mot hotsubjektet. För det femte ett skyddsmedel, det varmed beskyddaren skall skydda skyddssubjektet mot hotsubjektet. I ett fullständigt förrättsligande skall det tydligt framgå vilka dessa komponenter är.

Ett effektivt genomförande av värderingars förrättsligande kan sägas innefatta fem *element*. (1) Att ange vilka offentliga organ som har kompetens att utfärda åligganden för andra offentliga organ eller privata aktörer. (2) Att ange vilka dessa organ eller privata aktörer är. (3) Att ange vilka dessa åligganden är. (4) Att ange hur aktörernas verksamhet skall kontrolleras. (5) Att ange vad som händer om de inte uppfyller sina åligganden (sanktioner).

Vi konkretiserar detta med hjälp av ett exempel hämtat från den allom bekanta terrängkörningslagen. Kompetens att utfärda åligganden för andra har — förutom självfallet lagstiftaren — regeringen eller myndighet som regeringen bestämmer genom att de i vissa fall kan utfärda föreskrifter för hur terrängkörning får bedrivas. Underkastade dessa åligganden är alla som kör motordrivet fordon och inte gör detta inom ramen för jord- eller skogsbruk eller som inte är t.ex. läkare eller personal inom räddningstjänsten. Åliggandet består i att inte köra motordrivet fordon på vissa slag av mark (t.ex. delar av fjällområdet). För utövande av kontroll av att åliggandena efterlevs kan för tillsyn vad avser fjällområdet utses s.k. naturvårdsvakter. En naturvårdsvakt får avvisa den som bryter mot förbudet inom den del av fjällområdet som förbudet avser. Sanktionen för brott mot förbudet är böter.

5.2 Förrättsligandets instrument

Ett förrättsligande av värderingar kan vara mer eller mindre genomgripande. Förrättsligandet kan ha varierande grader av styrka. Detta kommer till uttryck därigenom att de lagregler genom vilka förrättsligandet sker kan vara mer eller mindre ”starka”.¹²

En regel kan vara mer eller mindre stark med avseende på formuleringen av dess rekvisit, dess adressater, dess normativa modalitet och dess normtema. Låt oss tänka oss den starkast möjliga (idealtypiska) kategorin av rättsregler, R^* , en typ av rättsregler som vi aldrig möter i det verkliga livet. Denna idealtyp är fyrdimensionell: varje rättsregel r^* i R^* är fullständigt självständig (komplett), klar, bestämd och alternativfri. Att den är perfekt självständig innebär att man kan avgöra om den är tillämplig eller ej på vilket fall som helst utan att

¹² Den fruktbara distinktionen mellan starka och svaga normer har jag lånat från Gert Fredrik Malts artikel ”Svake normer”, TfR 1986, s. 167–191, vilken distinktion jag här utvecklar på ett sätt som kanske inte i alla stycken skulle vinna Malts instämmande. Min framställning återfinns i tämligen likartat skick i min bok *The Legal Order* (Springer, 2018), s. 82–84.

mobilisera andra, supplementära regler. Att den är perfekt klar innebär att det inte råder något som helst tvivel beträffande dess innebörd. Att den är bestämd innebär att dess normativa modalitet inte ger adressaten något som helst utrymme för val. Att den är alternativfri innebär att den generiska handling som utgör regelns normtema är en och endast en.

I r^* är rekvisiten fullständigt självständiga och klara. Vad avser adressatangivelsen råder inget som helst tvivel om vilka dess adressater är. Vad avser den normativa modaliteten inser vi omedelbart vad det innebär att följa respektive bryta mot r^* . Vad avser normtemat är det helt uppenbart vad som skall, inte får eller får göras. I jämförelse med r^* är de regler som vi återfinner i lagar och annorstädes alla mer eller mindre svaga. De avviker på olika sätt och i mindre eller högre grad från idealtypen.

Det kan med fog hävdas att förrättsligande i första hand bör ligga i lagstiftarens händer. Förrättsligandets mest effektiva instrument är höggradigt starka lagregler. Men i verkligheten är ju åtskilliga lagregler påtagligt svaga. Vi betecknar detta som en *försvagning av lagregler* — och därmed av förrättsligandet. Vi kan skilja mellan tre slag av försvagning: (1) Löst förrättsligande, (2) semiförrättsligande och (3) pseudoförrättsligande. Att en försvagning blir fallet kan vara oavsiktligt — olycksfall i lagstiftningsarbetet — eller avsiktligt. I det senare fallet kan man rentav tala om konstruerandet av svaga regler som en speciell legislativ teknik. Av olika skäl avstår lagstiftaren ibland från att producera starka regler. Ett sådant skäl kan vara att ge ökat utrymme för rättsbildning utförd av andra organ inom rättsorganisationen och den offentliga sektorn över huvud taget, främst domstolarna. Ett annat skäl kan vara att ge ökat utrymme för rättsbildning utförd av aktörer utanför rättsorganisationen.

Löst förrättsligande kan ta sig olika former. Reglerna kan vara vaga, dunkla eller mångtydiga. Löst förrättsligande har ofta till syfte att ge vidgat utrymme åt andra organ inom rättsorganisationen eller offentliga organ över huvud taget. Låt mig ge några exempel på löst förrättsligande, som kan sägas vara resultat av en speciell legislativ teknik. (a) Generalklausuler (vilka fick ett genombrott i den tyska *Bürgerliches Gesetzbuch* från 1900). De är lagbestämmelser som karakteriseras av att innehålla rekvisit som dels är mycket generella och dels evaluativa. Typiska exempel på sådana rekvisit är ”oskäligt”, ”stridande mot tro och heder” och liknande. (b) Böraregler. Här ligger svagheten i den normativa modaliteten ”bör”. Böraregler är svagare än påbud och starkare än tillåtelser. De kan ibland uppfattas som ett slags ofullständigt specificerade påbud. De förekommer, vad jag kunnat finna, inte längre i svensk lagstiftning. (c) Latituder (en teknik som fick genomslagskraft genom den franska *Code Pénal* från 1810). Här ligger svagheten hos rättsföljdens normtema, till exempel ”fängelse i lägst nio månader och högst sex år”. (d) Alternativa normteman, som också de

vanligtvis återfinns i strafflagstiftningen, till exempel ”böter eller fängelse i högt sex månader”. (e) Måldirektiv (goal directives), vilka är bestämmelser som formulerar vissa (generella eller mer specificerade) mål men överlåter (i högre eller lägre grad) åt andra organ, som kan vara offentliga eller privata, att välja de medel med vilka dessa mål skall förverkligas. I den mån dessa organ är offentliga, till exempel inom den statliga sjukvården, kan lagstiftning medelst måldirektiv betraktas som löst förrättsligande.¹³

Semiförrättsligande innebär att rättsbildningen genom ett slags delegation uttryckt i lagregler överläts åt aktörer utanför rättsorganisationen och den offentliga sektorn i stort. Också detta är ett slags försvagning av lagregleringen. Låt mig ge exempel på detta slag av legislativ teknik. (a) Dispositiva regler. Här läggs rättsbildningen i avtalsparters händer eller sker genom att viss sedvänja upphöjs till rätt. (b) Standardbestämmelser. Sådana regler innehåller ett rekvisit som hänvisar till ett explicit formulerat utomrättsligt värde, t.ex. ”god redovisningssed”, ”god marknadsföringssed”, ”god advokatsed”, när innebörden av sådana värden inte anges och preciseras av rättssystemet självt. (c) Måldirektiv (goal directives) när adressaterna är privata aktörer, t.ex. sjukvård bedriven i privat regi.

Pseudoförrättsligande är en radikal form av försvagning. Lagregler tillskapas men de är bara tomma ord och innebär i själva verket ett närmast obefintligt mått av förrättsligande. De utgör en fasad, vanligtvis avsedd att visa omgivningen att rätten är någonting som man tar på allvar. De är aldrig avsedda att tillämpas och ibland kan de inte ens tillämpas. Att det är fråga om pseudoförrättsligande framgår vanligen tydligast av reglernas adressatformulering. Ofta anges ingen adressat, som skall efterleva regleringen, varför denna ej kan förverkligas. Lagstiftning av detta slag var vanligt förekommande i Sovjetunionen. De sovjetiska konstitutionerna uppvisade en imponerande uppsättning mänskliga rättigheter, men dessa var i verkligheten aldrig avsedda att förverkligas. Här var det förvisso inte fråga om vad jag ovan beskrivit som en civiliserad hantering av rättsordningen.

5.3 Förrättsligandets stegvisa genomförande

De legislativa tillvägagångssätt som står till buds för att förverkliga de syften med förrättsligande som angivits i tidigare avsnitt kan vara av olika slag och ske i flera olika ”steg”. I detta avsnitt skall preciseras vilka sådana steg det kan vara fråga om, och också genom ett par exempel konkretisera hur förverkligandet närmare bestämt kan utformas med hjälp av dem. Låt oss tänka oss fyra sådana steg.

1. Ett första steg bör rimligen vara att urskilja de ”*parter*” som på ett eller annat sätt, och mindre eller mer avlägset, är berörda av att skydd för något värde och mot något ovärde förrättsligas. Man skulle kunna

¹³ Om goal directives se närmare *The Legal Order*, s. 44 och 50–53.

säga att det i detta syfte är fråga om att avskilja vissa grupper av människor från alla övriga.¹⁴

2. Rättssystemets främsta funktion är att placera personer — fysiska och juridiska — i olika *rättsliga positioner*. En del av dessa utgör *åligganden*: någon skall utföra eller underlåta vissa handlingar. Att bestämma vilka rättsliga positioner som skall tilldelas de berörda parterna avseende förrättsligandet av någon viss värdering blir därför en uppgift av första ordningen. Hohfelds klassifikation av rättsliga positioner erbjuder det bästa redskapet för att utföra denna uppgift. Dessa positioner är (i) *krav* (A har gentemot B ett krav med avseende på X) och den mot kravet korresponderande *plikten* (B har gentemot A en plikt med avseende på X), (ii) *frihet* (A har gentemot B en frihet med avseende på X) och den mot friheten korresponderande *icke-kravet* (B har gentemot A ett icke-krav med avseende på X), (iii) *kompetens* (A har gentemot B kompetens avseende X) och den mot kompetensen korresponderande *underkastelsen* (B har gentemot A en underkastelse med avseende på X) samt (iv) *immunitet* (A har gentemot B en immunitet med avseende på X) och den mot immuniteten korresponderande *icke-kompetensen* (B har gentemot A icke-kompetens med avseende på X). Det visar sig därvid att positionerna kan kombineras på ett flertal olika sätt beroende på olikheterna hos de värderingar som skall förrättsligas.

3. De parter som är underkastade vissa åligganden har ansvar för att dessa åligganden faktiskt verkställs. Om det nu skall vara någon poäng med att ålägga vissa personer ansvar måste detta ansvar också kunna ”utkrävas av” dessa personer. De måste drabbas av någon *sanktion* om de brister i sitt ansvar. Också sanktionerna kan artikuleras i termer av Hohfeldpositioner.

4. Men ytterligare ett steg mot uppnåendet av ett fullständigt förrättsligande är oundgängligt. Alla de positioner av slagen (i)–(iv) som rättssystemet placerar ”parterna” i är skäligen verkningslösa, om systemet inte tillhandahåller *rättsmedel* för att realisera dem, dvs. åstadkomma att det normativa i de rättigheter och skyldigheter som positionerna utgör faktiskt efterlevs och, om så ej sker, sanktioner faktiskt realiseras. *Ubi ius, ibi remedium*. Om köparen A har ett krav på säljaren B att B levererar visst gods, så efterlevs detta krav när B levererar godset till A. Men om B underlåter att göra detta, måste verktyg som rättsordningen tillhandahåller mobiliseras för att leverans eller, om sådan är omöjlig, fullvärdigt substitut för denna skall komma

¹⁴ I sitt mest betydelsefulla rättsfilosofiska arbete *Of Laws in General* [edited by H. L. A. Hart 1970] urskiljer Jeremy Bentham olika sätt på vilka personer kan vara berörda av (*affected by*) rätten. Det finns, uttalar Bentham, tre olika sätt på vilka en person kan vara berörd av en rättsregel: (1) Genom att vara bunden eller tvingad av den, (2) genom att vara utsatt för lidande genom den (vilket t.ex. drabbar den som döms till ett straff) och (3) genom att bli gynnad genom den. Ingenting hindrar att en och samma person kan vara berörd av flera än ett av dessa slag, och man kan också vara berörd på ett mer eller mindre avlägset sätt (Chapter VI, *Of the parties which may be affected by the law*).

till stånd. Annars är ju kravet föga värt. Likaså är naturligtvis samhällets anspråk på att brottslingar straffas föga värda, om de inte kan förverkligas. Ett sådant av rättsordningen tillhandahållet verktyg består som bekant av två komponenter, ett processuellt och ett exekutivt. Det kan rentav hävdas att i dessa båda ligger förrättsligandets själva poäng. Det är existensen av dessa båda komponenter i förrättsligandet som ytterst markerar den avgörande skillnaden mellan idéer i ett icke-förrättsligt tillstånd och idéer i ett förrättsligt sådant.

De rättsliga positionerna måste betraktas i ett processuellt perspektiv. Vad händer när en domare fäller en dom? Anta att en borgenär stämmer gäldenären för att denne ej betalt sin skuld. Före processen befinner sig borgenären i en viss position i sin relation till gäldenären. Kärnelementet i denna position är borgenärens *krav* att gäldenären erlägger den avtalade summan på avtalad tid, och gäldenärens motsvarande *plikt* att betala. Om borgenären vinner målet, kan man säga att domen med avseende uteslutande på kärnelementet är rent deklarativ: domstolen fastställer en position som borgenären redan befinner sig i. Men därutöver har domstolen en rättsskapande funktion. Genom domen knyts till detta kärnelement en del associerade element, som inte ingick i den ursprungliga positionen och vilkas funktion är att realisera kärnelementet, dvs. att borgenären faktiskt får betalt för sin fordran.

En rättslig position lever sitt eget liv. Den tillskapas vid en viss tidpunkt och upphör vid en annan, antingen genom att realiseras (såsom att i vårt exempel gäldenären betalar antingen frivilligt eller efter tvångsingripande av exekutiva myndigheter), genom att den upphör p.g.a. preskription eller genom att den ersätts med en annan rättslig position. Innan en position upphör att existera, befinner den sig vanligen i ett läge av latens. Detta latenstillstånd kan emellertid förvandlas till ett mobiliseringstillstånd, t.ex. när ett krav bestrids eller rätt och slätt inte uppfylls. En rättslig position befinner sig i ett mobiliseringstillstånd när en domstol har gjort denna position exigibel. Genom domen tillskapas domstolen en mer omfattande och förstärkt position, som inkluderar den ursprungliga. Domstolen har försett den ursprungliga positionen med en utlösare (en "trigger").

Anta att en säljare väcker talan mot köparen för utebliven betalning av köpeskillingen och anta att säljaren/käranden vinner målet. Därvid fogas åtminstone följande associerade element till ursprungspositionen. Från säljarens synpunkt tillkommer en kompetens att beröva köparen viss personlig egendom med hjälp av exekutiva myndigheter och en frihet att utnyttja denna kompetens genom att påkalla exekutivt ingripande. Och om hon faktiskt utnyttjar denna kompetens, dvs. trycker på utlösaren, har hon ett krav gentemot de exekutiva myndigheterna att vidta adekvata åtgärder. Från köparens synpunkt tillkommer en underkastelse, dvs. förlust av immunitet vad beträffar hennes äganderätt till viss personlig egendom. Från de exekutiva

myndigheternas synpunkt tillkommer en plikt att utföra vissa exekutiva åtgärder.

De exekutiva organens uppgift är att se till att domslut realiseras. Sådana organ är hos oss vad civilmål anbelangar kronofogdemyndigheterna och vad brottmål anbelangar polis och kriminalvård. Anta att ett domslut lyder: "Tingsrätten förpliktar A att till B utge 100 000 kr jämte dröjsmålsränta". Detta domslut utgör en exekutionstitel, som A kan använda för att mobilisera kronofogden. A är i den positionen att hon har frihet att kräva exekution, och om hon utnyttjar denna frihet har hon ett krav gentemot kronofogden, dvs. denne har en skyldighet att se till att A får betalt, vilket vanligen sker genom utmätning. Ett annat domslut lyder: "C dömes för häleri till ett års fängelse". Detta domslut skapar en plikt (skyldighet) för polis och kriminalvård att se till att C förpassas till fängelset och förvaras där under ett år.

Vad innebär då en exekution från synpunkten av förrättsligande? Den kan sägas utgöra den yttersta garantin för att den värdering som förrättsligandet skall skydda realiserar, när regler som är ett uttryck för förrättsligandet kränks i enskilda fall. Mer generellt tillskapar de exekutiva åtgärderna ett hypotetiskt sakförhållande: Om du beter dig på ett visst sätt, så drabbas du av obehagligheter, till exempel ett straff. Detta sakförhållande förväntas vara av preventiv natur. Exekutioner skall motverka att de värderingar som förrättsligandet skall skydda kränks.

Vad hittills sagts är närmast trivialiteter med avseende på sådant som ordinära civilrättsliga och straffrättsliga positioner. Men urval av "parter", placering av dem i rättsliga positioner, tilldelande av ansvar, val av ändamålsenliga sanktioner samt tillhandahållandet av processuella och exekutiva rättsmedel kan visa sig vara förenade med betydande svårigheter när fråga är om förrättsligande av värderingar, som i åtskilliga fall aktualiseras av först i vår tid uppdykande, tidigare kanske okända samhällsliga fenomen.

Låt mig nu avslutningsvis ge exempel på hur förrättsligande kan konstrueras i ett par enskilda fall. Vi betraktar för jämförelsens skull dels ett relativt triviale fall och dels ett mer komplicerat. Det triviala exemplet utgör det sedan årtusenden världen över förrättsligandet av värdeidén att det är något ont att beröva en annan människa livet, dvs. förrättsligande genom tillskapandet av brottet "mord".

Involverade "parter" vid ett sådant berövande av någons liv, dvs. alla de som på ett eller annat sätt är berörda (med Benthams ord "affected by"), är självfallet de som blivit berövade en närstående (även den dödade är ju f.ö. milt talat berörd) samt den eller de som utfört dödandet eller beordrat eller uppmuntrat till detta, ja också grannar till den dödade och rentav hela samhället. Berörda i vidare mening är de rättsfunktionärer i vilkas händer det ligger att verkställa samhällets reaktion på berövande av liv: poliser, åklagare, advokater, domare, kriminalvårdspersonal etc.

Förrättsligande skall för att vara effektivt uppfylla två krav: (1) en skarp gräns måste dras mellan vad som skall förrättsligas och vad som skall förbli icke-förrättsligt, och (2) förrättsligandet måste koncentreras genom att preciseras och reduceras till det väsentliga. Det får inte flyta ut över alla bräddar.

Ett vanligt legislativt tillvägagångssätt i straffrätten är i linje med detta att koncentrera förrättsligandet av själva gärningen, t.ex. "mord", till en enda lagregel. Men om en sådan "självständig" regel skulle placera alla de nyssnämnda "parterna" i olika positioner, skulle denna regel utan tvivel vara ett tämligen groteskt fenomen. Därför måste åtskilliga av de nyssnämnda "parterna" sorteras bort i själva bestämmelsen. En part är oundgänglig, nämligen den som är underkastad förrättsligandets centrala åliggande, vanligen kallad regelns "adressat". I brottsbalken 3:1 är denna adressat domaren. En annan oundgänglig part är självfallet den som är anklagad för att ha utfört den dödande gärningen. Dennes rättsliga position är en underkastelse, som korresponderar mot domarens kompetens. Dessa båda är de enda parter som det refereras till i ifrågavarande bestämmelse. Övriga parter har sorterats bort. En del sorteras bort helt (som t.ex. offrets grannar), andra sorteras in under andra bestämmelser (såsom t.ex. rättsfunktionärerna, som sorteras in under processrättsliga, förvaltningsrättsliga eller andra lagar, brottsoffrets närstående, som kan sorteras in under skadeståndsrättsliga bestämmelser, eller gärningsmannens anhöriga som, när gärningsmannen inte längre kan bidra till deras försörjning, kan behöva socialrättsligt stöd).

När parterna väl fixerats gäller det (i) att fastställa vilka parter som skall underkastas vilka åligganden och vari dessa åligganden närmare bestämt skall bestå, (ii) vilka sanktioner som skall drabba de parter som inte fullgör sina åligganden samt (iii) hur exekutionen av dessa sanktioner skall vara utformad. Vad brottet "mord" beträffar är det uppenbart hur dessa ting är reglerade.

Låt oss nu betrakta ett mer komplicerat förrättsligande. Anta att man önskar åstadkomma en internationell konvention eller någon nationell lag om åtgärder mot ikonoklasm och låt oss arguendo förutsätta att en sådan reglering tidigare är obefintlig. Den värdering som skall förrättsligas är självfallet att ikonoklasm är något ont. Vilka är "parterna", dvs. de berörda? Ja, att det är förövarna är självklart. Men vilka är de drabbade? Anta att religiösa fanatiker i något land demolerar månghundraåriga konstfullt utförda gudabilder av omistligt kulturvärde. Det kan då hävdas att "hela mänskligheten" är drabbad. Mer begränsat kan som drabbade betraktas civiliserat folk i det aktuella landet. En annan krets utgörs av historiker, konstvetare, religionshistoriker, arkeologer och liknande. Hur skall man inom denna vida krets kunna urskilja vilka som är målsägande? Kanske kan som "målsägandeombud" med rätt att föra talan utnämnas någon internationell organisation, som till exempel Unesco. Men vid vilket forum

kan en sådan talan väckas? En nationell domstol i det aktuella landet ligger nära till hands men torde vara ett tämligen verkningslöst grepp. En internationell domstol där "kulturbrott" kan prövas och till vilken är knutna speciella åklagare? En domstol i vilket annat land som helst? Skall polismyndigheter var som helst i världen kunna gripa förövare om de befinner sig utanför sitt land? Vilka skall sanktionerna vara och var skall de verkställas?

Med detta exempel vill jag visa att förrättsligande av en värdering kan vara ett högst komplicerat företag.