

Gäller naturrätten även i Sverige?

Från den amerikanska rättsfilosofiska debatten

Av hovrättsassessorn DANIEL BERGSTRÖM¹

Amerikansk rättsteori har länge dominerats av s.k. "originalism", en i grund och botten osofistikerad och ur svensk synpunkt förhållandevis okontroversiell rättspositivism. Nu utmanas originalismens teoribygge av en renässans för naturrättsliga idéer, som ytterst vilar på medeltida och katolsk grund, och som sveper genom de amerikanska juristskolorna som en löpeld. Meningarna går isär i fråga om denna naturrättsliga renässans har ärligt uppsåt, eller om den ska förstås som en rent politisk maktstrategi. I denna text ges först en överblick av den amerikanska debatten både om originalismen och om naturrättens återkomst. Därefter förs en diskussion om vilka frågor detta ställer till svenskt rättsliv. Bland annat görs reflektionen att den amerikanska utvecklingen visar på farorna med en för långt gången juridifiering av politiska frågor.

1 Bakgrund: amerikansk och svensk lagtolkningsmetod

1.1 Originalismen

De senaste decennierna har den rättsteoretiska debatten i USA kretsat kring den metod för lagtolkning, i synnerhet grundlagstolkning, som kallas "originalism". Denna metod går enkelt uttryckt ut på att en grundlagsbestämmelse ska tolkas på ett så ursprungligt sätt som möjligt.

Idén om originalism anses först ha formulerats av den konservativa² professorn i konkurrensrätt Robert Bork i en artikel från 1971, även om Bork inte myntade själva uttrycket.³ Sin plats i centrum för den

¹ Utredningssekreterare, tidigare bl.a. politiskt sakkunnig i Justitiedepartementet. LL.M., Harvard Law School (2022). Ett tack riktas till Balder Jonsson som lämnat värdefulla synpunkter på manuskriptet.

² Läsaren får i det följande stå ut med att de grovhuggna och till synes malplacerade etiketterna "konservativ" och "liberal" används om amerikanska jurister. Oavsett vad man tycker om detta är det dessa etiketter som, i det klimat som råder i USA, har högst förklaringsvärde även när det gäller inomjuridiska — rättsdogmatiska — uppfattningar.

³ Robert Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", *Indiana Law Review* 47 (1971) s. 1. Artikeln påstås ofta vara "tidernas flitigast citerade artikel" i en juridisk tidskrift (se t.ex. Fred Shapiro och Michelle Pearse, "The Most-Cited Law Review Articles of All Time", *Michigan Law Review* 110 [2012] s. 1483), men jag betvivlar för egen del att det påståendet tar hänsyn till den del av jordklotet som är belägen utanför USA:s gränser. Bork nominerades 1987 av Ronald Reagan till att bli domare i högsta domstolen, men hans nominering stupade under förhören i senaten — artikel 2, avsnitt 2 i konstitutionen föreskriver att presidentens utser ledamöterna i högsta domstolen med senatens "advise and consent", dvs. senaten måste bekräfta presidentens nomineringar. Striden runt Bork var betydelsefull på det sättet att den kom att utgöra startskott för den nuvarande ordningen med i praktiken politiserade utnämningar till högsta domstolen, där republikanska presi-

amerikanska juridiska diskursen tog originalismen delvis tack vare ett anförande av justitieministern (attorney general) Ed Meese inför det amerikanska advokatsamfundet (American Bar Association) i juli 1985,⁴ och delvis tack vare den karismatiska och stridbare domaren i högsta domstolen Antonin Scalia, som utnämndes av Ronald Reagan året därpå.⁵ Scalia tillhandahöll en sorts provisorisk programförklaring för originalismen i en föreläsning 1988, som också publicerades i artikelform.⁶ Denna programförklaring går grovt sett ut på att den dömande statsmakten saknar demokratiskt mandat att själv omtolka konstitutionen, vilket i praktiken är detsamma som att stifta grundlag. Domstolarnas uppgift är blott att troget slå vakt om konstitutionen, i enlighet med grundlagsstiftarens ursprungliga avsikt med bestämmelserna. Och även om man kan resa både praktiska och principiella invändningar mot ett sådant förhållningssätt menar Scalia, med en pragmatisk axelryckning som är typisk för angloamerikansk politisk filosofi, att originalism av alla dåliga tolkningsdoktriner som kan uttänkas ändå är den minst dåliga⁷ — den som kan tänkas leda till minst antal oväntade negativa konsekvenser.⁸

Vem som i relevant hänseende är ”grundlagsstiftaren”, och vars ursprungliga avsikt alltså ska utrönas, varierar beroende på vilken grundlagsbestämmelse som avses. Konstitutionens ursprungliga sju artiklar utformades vid ett grundlagskonvent (”constitutional convention”) i Philadelphia sommaren 1787, och ratificerades därefter av de 13 delstaterna enligt de internrättsliga regler som i varje delstat gällde för sådan ratificering. De källor som främst kan användas för att få insikt i motiven bakom dessa bestämmelser är de bitvis kortfattade och möjligen även opålitliga protokoll som fördes över debatterna vid grundlagskonventet av den framtida presidenten James Madison, samt även vissa i efterhand tillkomna uppsatser av några av grundlagsfäderna som kan sägas fungera som en sorts grundlagskommentar (”Federalist Papers”).

denter nominerar konservativa kandidater som får de republikanska senatorernas röster men inte de demokratiska senatorernas, och vice versa.

⁴ Address of the Honorable Edwin Meese III, Attorney General of the United States before the American Bar Association, i Steven Calabresi (red.), *Originalism: A Quarter-Century of Debate* (Regnery Publishing, 2007) s. 47 ff.

⁵ För en levnadsteckning över Antonin Scalia på svenska, liksom en skiss av originalismen som tolkningsdoktrin, se Fredrik Bergman, ”Ett amerikanskt original: Antonin Scalia (1936–2016)”, *SvJT 2016* s. 246. En annan diskussion på svenska om originalism återfinns i Kjell Å Modéer, ”Det historiska argumentet i senmodern rättslig diskurs”, *SvJT 2009* s. 340.

⁶ Antonin Scalia, ”Originalism: The Lesser Evil”, *University of Cincinnati Law Review* 57 (1989) s. 849.

⁷ Jfr med Winston Churchills ofta upprepade aforism om att ”demokrati är den sämsta av alla styrelseformer, om man bortser från alla andra”, yttrad under en debatt i Underhuset den 11 november 1947.

⁸ Scalia liknar det originalistiska förhållningssättets eventuella brister vid att ”prata för tyst” på ett bibliotek — det kan möjligen vara en överdrift men gör ingen direkt skada jämfört med motsatsen, att hojta för högt.

De ändringar i konstitutionen som gjorts efter dess ikraftträdande ("constitutional amendments"), bl.a. de viktiga trettonde, fjortonde och femtonde tilläggen som tillkom efter inbördeskriget och som bl.a. avskaffade slaveriet och (i teorin) tillförsäkrade de frigivna slaverna rösträtt, har i huvudsak tillkommit i kongressen. I de fallen är de viktigaste källorna när det gäller motiven främst debattprotokollen från representanthuset och senaten.

Sedan originalismens genombrott på 1980-talet har emellertid dess närmare innebörd förfinats, eller snarare förändrats, så att det numera i huvudsak råder enighet om att det som främst har betydelse inte är grundlagstiftarens *subjektiva avsikt*, utan den ursprungliga *objektiva innebörden* av grundlagsbestämmelsens ordalag. Man brukar så skilja mellan "original intent" och "original public meaning". Tonvikten har alltså förskjutits från en subjektiv tolkningsmetod till en mer objektiv metod som tydligt är inspirerad av den angloamerikanska avtalsrättens textfokuserade tolkningsdoktrin ("four corners rule", med vilket avses att en domstol vid tolkningen av en skriftlig avtalshandling inte får hämta ledning i något utanför papprets fyra hörn). Denna modifierade variant av originalismens får ibland beteckningen "textualism".⁹ Med tanke på att det som står i fokus är ordalagens ursprungliga innebörd, samt att flertalet grundlagsbestämmelser är formulerade för mer än hundrafemtio år sedan, har det i amerikansk doktrin och praxis utvecklats ett stort fokus på lingvistik och betydelseförskjutningar hos ord. Att vid lag- eller grundlagstolkning använda sig av fel upplaga av Websters engelska ordbok (den senaste upplagan i stället för den upplaga som beskriver språkbruket vid tiden för den tolkade bestämmelsens tillkomst) gäller som ett klassiskt nybörjarmisstag på den amerikanska juristutbildningen, ungefär som att i Sverige blanda ihop EU-domstolen och Europadomstolen.

1.2 Svensk originalism?

Överhuvudtaget har allt finare underkategorier av originalism mejslats fram och definierats, med förbluffande uppfinningsrikedom och flit. Den juridiska litteraturen om ämnet (som i USA främst tar form av artiklar i juridiska tidskrifter snarare än monografier) måste kunna räknas i hyllkilometer. Det är naturligtvis lätt för en svensk jurist att ställa sig lite frågande inför allt detta. Även för den som är härdad av läsandet av metodavsnitten i svenska juridiska avhandlingar kan de amerikanska juridiska tidskrifternas ändlösa idisslande av alltmer exotiska facetter av originalismen framstå ungefär som de medeltida skolastikernas apokryfiska spekulationer om hur många änglar som kunde dansa på ett knappnålshuvud.

⁹ För ett försök att systematisera skillnaden mellan "originalism" och "textualism", se Frank Easterbrook, "Textualism and the Dead Hand", *George Washington Law Review* 66 (1998) s. 1119.

Till detta kommer att det ur svensk synpunkt kan vara svårt att se var nyheten och verkshöjden i idén om originalism ligger. Oavsett om tyngdpunkten läggs på "original intent", på "original public meaning", eller någonstans på skalan däremellan, motsvarar originalismen i grova drag den gängse svenska teleologiska lagtolkningsmetoden. Lagtextens ordalydelse får utgöra en utgångspunkt, och i den mån man måste söka stöd i andra tolkningsdata är det bestämmelsens funktion sedd i ljuset av vad lagstiftaren velat åstadkomma som får vara utslagsgivande.¹⁰ Denna rättspositivistiska och förhållandevis försiktiga metod uppfattas nog av många praktiskt verksamma svenska jurister som så intuitiv att den knappt är värd att orda om. Och en och annan betraktar den säkerligen som så självklar att den inte ens förtjänar att kallas en "metod".

Originalismen uppehåller sig visserligen i första hand vid tolkningen av grundlag och inte vanlig lag, men för svenskt vidkommande anses gälla att tolkning av grundlag i huvudsak ska ske på samma sätt som tolkningen av vanlig lag.¹¹ Om det finns någon systematisk skillnad i metoden för tolkning av grundlag och vanlig lag är det möjligen att grundlag bör tolkas med större respekt för ordalydelsen, i synnerhet när detta sker till förmån för enskildas medborgerliga fri- och rättigheter.¹² Denna nyansering förstärker om något ytterligare likheten mellan svensk grundlagstolkningsmetod och amerikansk originalism. Den amerikanska debatten om originalism kan mot den bakgrunden framstå som mycket skrik för lite ull.

1.3 Juridik och politik

Det finns dock minst två omständigheter som gör att de amerikanska och svenska erfarenheterna inte rakt av går att jämföra med varandra. Den första omständigheten är naturligtvis den att svenska grundlagsbestämmelser har högre omsättningshastighet än amerikanska. Vår regeringsform har sedan 1974 underkastats 47 ändringar, medan den amerikanska konstitutionen sedan 1789 fått blott 27 tillägg vid 18 unika tillfällen. Det är tekniskt enklare, och vår politiska intuition säger oss att det även är principiellt mer okomplicerat, att vara hörsam mot en grundlagstiftare som ligger nära oss i tid och värderingar.

Skillnaden i omsättningshastighet beror huvudsakligen på att den amerikanska konstitutionen är utomordentligt svår att ändra. Artikel 5 föreskriver att det som huvudregel krävs två tredjedelars majoritet i såväl båda kongressens kamrar som bland delstaternas antal för att konstitutionen ska kunna ändras. Sedan andra världskriget har ytterst

¹⁰ Detta är ett försök till en sammanfattning av Ekelöfs teleologiska metod, se Per-Olof Ekelöf m.fl., *Rättegång I*, 9 uppl. (Norstedts, 2016) s. 99 ff. och t.ex. Ekelöf, "Ett stycke vetenskapshistoria" i *Samfunn, Rett, Rettferdighet, Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag* (Tano, 1986) s. 261, samt även Hannu Tapani Klami, "Något om Ekelöfs teleologiska metod", *SvJT* 1990 s. 226.

¹¹ Se SOU 1963:17 s. 513 och SOU 1972:15 s. 319.

¹² Se t.ex. prop. 1983/84:192 s. 30 och Bertil Bengtsson, "Nya ersättningsfrågor i fastighetsrätten", *SvJT* 2010 s. 726, samt även Lagrådets yttranden av den 19 mars 1984 (majoriteten) och den 12 maj 1995.

få grundlagsändringar gått igenom, den senaste 1992. Att den amerikanska konstitutionen är svår att ändra måste för övrigt gälla som ett argument både för och emot en vidsträckt tolkningsmakt åt högsta domstolen. Å ena sidan kan man se det som detta skapar ett angeläget samhällsligt behov av att uppdatera grundlagen genom praxis. Å andra sidan gör ju detta att det blir svårt för övriga statsmakter att, även om de önskar, korrigerera högsta domstolens avgöranden. Det under normala förhållanden ganska odramatiska växelspel mellan lagstiftare och domstolar som kännetecknar svenska HD:s och HFD:s rättsbildning är i praktiken omöjligt i USA.

Den andra omständigheten som gör de svenska och amerikanska erfarenheterna svåra att jämföra är att det, som beträffande så mycket annat i amerikanskt rättsliv, inte bara finns en teoretisk aspekt utan också en politisk aspekt av frågan om grundlagstolkning. Originalismen uppstod inte i ett neutralt, rättsdogmatiskt vakuum, utan den var tydligt del av en politisk motreaktion på en period av "liberal" aktivism av högsta domstolen under åren kring 1960-talet. I en rad avgöranden, med början i målet *Brown v. Board of Education* (1954), tillämpade domstolen en utpräglad extensiv tolkningsmetod på äldre grundlagsbestämmelser. I *Brown v. Board of Education* ansågs exempelvis konstitutionens fjortonde tillägg från 1868 förbjuda delstaterna att ha segregerade skolsystem, trots att den kongress som antagit det fjortonde tillägget själv var och alltid varit huvudman för segregerade skolor i det federala District of Columbia.¹³

Bland avgöranden i samma kategori kan nämnas *Griswold v. Connecticut* (1965), varigenom delstaterna berövades möjligheten att förbjuda preventivmedel,¹⁴ *Loving v. Virginia* (1967) varigenom delstatliga förbud mot "blandäktenskap" förklarades strida mot konstitutionen,¹⁵ och slutligen *Roe v. Wade* (1973) varigenom konstitutionen förklarades skydda rätten till abort i förhållande till delstaterna.¹⁶ Det sammantagna resultatet av denna domstolsaktivism blev att det amerikanska samhället omformades i grunden, så att säga över huvudet på de folkvalda delstatsförsamlingarna. Processen har också beskrivits som en "liberal rättighetsrevolution".¹⁷

Den liberala högsta domstolen vidgick utan omsvep att dessa tolkningar inte stod i överensstämmelse med hur grundlagsbestämmelserna från början hade tänkts tillämpas rent konkret. Den tolkningsfilosofi som utmärkte domstolens aktivistiska fas är grundad i övertygelsen om att lag — även grundlag — utvecklas organiskt i takt med samhällets värderingar och att det är domstolarnas ansvars-

¹³ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Jag kommer i det följande hänvisa till amerikansk rättspraxis enligt det referenssystem som är vedertaget i USA.

¹⁴ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹⁵ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

¹⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁷ Se t.ex. Gunnar Strömmer, *Den nya rättighetsrevolutionen: De senaste 15 årens frihetliga rättighetsaktivism i USA* (Timbro, 2002).

påliggande uppgift att hålla i taktpinnen för denna utveckling. Förvisso finns det även ett originalistiskt drag i denna uppfattning, såtillvida att den bygger på övertygelsen att denna roll för domstolarna en gång har anbefallts av grundlagsfäderna. Den aktivistiska grundlagssynen får även sägas vara förenlig med common law-systemets övergripande tonvikt på rättsutveckling genom praxis.¹⁸

Den originalistiska reaktionen mot högsta domstolens aktivism kan naturligtvis ses i ett antal olika ljus. Man kan se det som att den byggde på en principiell oro över legitimiteten i den nya maktfördelningen mellan de politiskt valda statsmakterna å ena sidan och domstolarna å andra sidan. Alternativt kan man se det som att det byggde på ett i första hand rättsvetenskapligt missnöje med vad man uppfattade som ”dålig juridik” präglad av bristande stringens i högsta domstolens praxis. Slutligen kan man också se det som att det helt enkelt handlade om missnöje med högsta domstolens avgöranden i sak, vad gäller t.ex. aborträtten eller rassegregationen.¹⁹ Det ämnet kan inte närmare utvecklas här, mer än att jag kort kan antyda att jag för egen del är övertygad om att alla faktorer spelade in, i olika mått hos olika aktörer i debatten.²⁰

Under alla omständigheter har originalismen sedan 1980-talet gjort resan från oppositionell idé till huvudfåra, även utanför den amerikanska konservativa rörelsen. Elena Kagan, f.d. dekanus för Harvard Law School och en av stöttepelarna i högsta domstolens liberala flygel, undslapp sig under sitt nomineringsförhör i senaten 2010 kommentaren ”we are all originalists now”.²¹

2 Nya idéer: det allmänna goda som tolkningsdatum

2.1 *Common good constitutionalism*

Denna fondmålning har försökt visa hur originalismen är nära förknippad med den amerikanska politiska konservatismen, och dessutom i huvudsak varit en framgångssaga för denna rörelse. Just nu utmanas dock originalismens teoribygge inifrån.

För drygt två år sedan, i februari 2022, gav professorn i konstitutionell rätt vid Harvard Law School Adrian Vermeule ut boken *Common Good Constitutionalism* (Polity Press). Adrian Vermeule tillhör tydligt den amerikanska konservativa rörelsen; han har tidigare bl.a. arbetat som ”law clerk” åt Antonin Scalia, och gett akademiskt-juridiskt understöd åt Bush-regeringen. Men den föreliggande boken utgör

¹⁸ För en diskussion kring detta senare tema, se David Strauss, ”Common Law Constitutional Interpretation”, *University of Chicago Law Review* 63 (1996) s. 877.

¹⁹ För en diskussion av dessa aspekter, se Jamal Greene, ”Originalism’s Race Problem”, *Denver Law Review* 88 (2011) s. 517 och Jack Balkin, ”Abortion and Original Meaning”, *Constitutional Commentary* 24 (2007) s. 291.

²⁰ Särskilt om originalismen som juridisk avnämning av den amerikanska politiska konservatismen, se Robert Post och Reva Siegel, ”Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”, *Fordham Law Review* 75 (2006) s. 545.

²¹ För ett exempel på ”liberal originalism”, se t.ex. Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction* (Yale University Press, 1998).

en generaluppställning med originalismen, och har som sådan väckt uppståndelse.

Vermeule menar att originalismen är intellektuellt bankrutt, och att den har lett till ett torftigt och närsynt fokus på rättspositivism i amerikansk rättskultur. I stället förordar han en återgång till något som han själv kallar den ”klassiska rättstraditionen” och som han menar genomströmt allt västerländskt rättsligt tänkande från medeltiden fram till 1800-talet. Kärnpunkten i hans teori är att det är omöjligt att tolka och tillämpa lag värdeneutralt. Juridik är med nödvändighet en normativ verksamhet, och lagen — inklusive konstitutionen — måste tolkas med ”det allmänna goda” för ögonen. Detta allmänna goda skulle alltså, snarare än ”original intent” eller ”original public meaning”, göras till det avgörande tolkningsdatumet vid läsning av grundlagstext.

2.2 Medeltida och tidigmoderna källor

En av Vermeules utgångspunkter är Thomas av Aquinos naturrättsligt grundade rättsfilosofi (1200-talet). Enligt Thomas är rättens väsen att den är en ”förnuftets inrättning för det allmänna goda”.²² Thomas uppfattning om rättens natur bygger på en indelning i tre samspelande nivåer. Överst i hierarkin befinner sig *ius naturale*, den naturliga rätten, vars grundsatser bestäms av förnuftet och naturen — ytterst Gud. Thomas (och Vermeule) skulle t.ex. peka ut det grundläggande förbudet mot att döda som en sådan grundsats. På nivån under finner vi *ius gentium*, dvs. ”folkens rätt”, med vilket avses något delvis annorlunda än med det moderna begreppet folkrätt. *Ius gentium* är sådana rättsgrundsatser som visserligen är skapade av människan men som likväl är gemensamma för olika kulturer och rättssystem. Längst ner i hierarkin befinner sig *ius civile*, dvs. den borgerliga eller nationella rätten. Här finner vi det enskilda rättssystemets konkreta, stiftade regler — med andra ord den positiva lagen.

Principen i detta tredelade system är att reglerna på varje nivå finner näring och grund i reglerna på nivån ovanför. På det sättet syftar den nationella rätten till att konkretisera, implementera och komplettera *ius gentium* och *ius naturale*, på motsvarande sätt som exempelvis ett EU-direktiv som utgångspunkt behöver ges kraft och konkret gestalt i rättsordningen genom att implementeras och kompletteras i nationell rätt. Enligt Thomas tänkande sätter naturrätten upp vida och generösa ramar inom vilka den världsliga lagstiftaren kan förverkliga naturrättens bud; vi finner här en sorts motsvarighet till doktrinen om ”margin of appreciation” i exempelvis Europadomstolens praxis. Det finns alltså inte blott ett sätt, utan oräkneliga, att omsätta naturrätten i positiv lag. När det gäller åtskilliga frågor har naturrätten dessutom ingen preferens alls i fråga om hur en reglering ska utformas, mer än möjligen att de världsliga myndigheterna har ett ansvar att i det allmänna

²² Thomas av Aquino, *Summa theologiae*, I-II, 90, 1.

intresse reglera frågan på något sätt. Någon motortrafik fanns ju inte på Thomas tid, men ett modernt exempel på en fråga där naturrätten enligt thomistiskt tänkande inte ger någon input torde vara huruvida det är lämpligast med vänstertrafik eller högertrafik.

Thomas sålunda formulerande uppfattning blev normerande för det kristna rättsliga tänkandet, och omfattas — som den thomistiska skolastiken överhuvudtaget — alljämt av den katolska kyrkan som officiell dogm.²³

Men Vermeule finner också andra rötter till vad han kallar den klassiska rättstraditionen. Han griper bl.a. tillbaka på diplomaten och jesuitprästen Giovanni Botero, som på 1500-talet formulerade idéer om en ”*ragion di stato*”, dvs. ett statens inneboende ändamål.²⁴ Detta ändamål skulle vara att befrämja *fred*, *rättvisa* och *välstånd*. Den uppmärksamme läsaren kan se att det för all del inte saknas tillämpnings-svårigheter; i begreppet ”rättvisa” ryms ett kosmos av möjliga motstridiga uppfattningar.

Vermeule uppehåller sig inte endast vid medeltid och tidigmodern tid — det hade fått boken att passera gränsen från originell till irrelevant — utan följer spåret framåt i tiden. Hans bärande tes är att den klassiska rättstraditionen, byggd på thomistisk rättsfilosofi, levde kvar åtminstone fram till 1800-talet. Han pekar t.ex. på uttrycket ”*peace, order and good government*” som i den kanadensiska Constitution Act från 1867 identifieras som vägledande principer och grundläggande ändamål för den kanadensiska staten. Uttrycket ”*good government*” dras naturligtvis med motsvarande problem som Giovanni Boteros ”rättvisa”: det är lätt att instämma i men är formulerat med en så pass låg konkretionsgrad att man kan ifrågasätta om det uttrycker något i sak.²⁵

2.3 Europa som förebild

Vermeule framhåller även den europeiska *ius commune*, den i grova drag gemensamma rätt på romersk grund som tillämpades i större delen av Europa före 1800-talets kodifikationsprojekt, som ett uttryck

²³ Se Katolska kyrkans katekes, p. 1951. Jfr även påve Leo XIII:s encyklika *Libertas præstantissimum* (20 juni 1888).

²⁴ I verket *Della Ragion di Stato*, först tryckt i Venedig 1589. För den senaste engelska utgåvan, se Giovanni Botero (red: Robert Bireley), *The Reason of State* (Cambridge University Press, 2017).

²⁵ Det är sannerligen inte den minst viktiga frågan i sammanhanget vad ”det allmänna goda” ska anses innefatta, och på denna punkt blir Vermeule aldrig särskilt konkret. Det närmaste han kommer en uttömmande lista lyder: ”respect for the hierarchies needed for society to function; solidarity within and among families, social groups, and workers’ unions, trade associations, and professions; appropriate subsidiarity, or respect for the legitimate roles of public bodies and associations at all levels of government and society; and (...) a recognition that all legislation is necessarily founded on some substantive conception of morality, and that the promotion of morality is a core and legitimate function of authority”, se Vermeule a.a. s. 37.

för den klassiska traditionen.²⁶ En smula halsbrytande menar han att även angloamerikansk common law kan inordnas i denna *ius commune*, i form av en "lokal variant". Det är en uppfattning som nog skulle stöta på en del mothugg hos rätthistoriker och komparativister av facket, både i Europa och USA.²⁷ Samtidigt visar han hur det naturrättsliga arv som också var en del av *ius commune* var levande i medvetandet hos angloamerikanska jurister fram till sekelskiftet 1800, och även tillämpades i amerikanska domstolar.²⁸

Vermeule har en utpräglad positiv syn på de argumentativa rättsliga strukturer som kringgärdar skyddet av medborgerliga fri- och rättigheter i EU och i EKMR-systemet. Han ställer vad han uppfattar som den amerikanska konstitutionella rättens stelbenta approach till fri- och rättigheter — där det är en digital fråga huruvida en rättighet är i spel eller inte; om så är fallet trumfar rättigheten alla motstående hänsyn medan rättigheten och dess bakomliggande ändamål inte ges något genomslag alls om den inte bedöms aktualiseras — mot den "europeiska" approachen, där det är inbyggt i rättighetssystemen att rättigheter alltid måste balanseras inte bara mot varandra utan även mot angelägna allmänna intressen.

De vanligaste invändningarna mot naturrätten bemöts i boken. På påpekandet att ett naturrättsligt ramverk kan missbrukas svarar Vermeule att det inte finns några idéer om rättens natur, ja överhuvudtaget inga sätt att organisera mänsklig maktutövning, som inte kan missbrukas, och att huvudsaken är hur konsekvenserna av eventuella missbruk kan begränsas. På påpekandet att naturrätten är subjektiv och godtycklig genom att inte vara värdeneutral svarar han att ingen rättsteori kan vara värdeneutral, utan varje uppfattning om hur lag bör tolkas och tillämpas vilar ytterst på ett normativt ställningstagande av vad som i längden är mest önskvärt. Juridiken är således, vare sig den vill det eller inte, en underdisciplin till praktisk filosofi, låt vara en disciplin som styrs av en egen systematik. I vart fall denna andra invändning bemöter han därmed enligt min uppfattning framgångsrikt.

²⁶ *Ius commune* tillämpades i stor utsträckning även i Sverige, se t.ex. Stig Jägerskiöld, "Hovrätten under den karolinska tiden och till 1734 års lag (1654–1734)", i Sture Petré m.fl. (red.), *Svea hovrätt. Studier till 350-årsminnet* (Norstedts, 1964) s. 283.

²⁷ Låt vara att romersk rätt haft ett obestridligt inflytande på common law, bl.a. via den kanoniska rättens inflytande på billighetsrätten ("equity"), samt via handelsrätten. Se t.ex. Charles Donahue, "Ius Commune, Canon Law, and Common Law in England", *Tulane Law Review* 66 (1992) s. 1745 och R.H. Helmholz, *The ius commune in England* (Oxford University Press, 2001).

²⁸ Vermeule anför rättsfallet *Curtiss-Wright* från 1936 (United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S. 304 [1936]) som ett exempel på den klassiska rätts-traditionen i högsta domstolens praxis. Där fann domstolen att presidentens befogenheter i vissa utrikespolitiska frågor inte bestäms av konstitutionen, utan av "the law of nations", vilket Vermeule ser som ett erkännande av *ius gentium* som rättskälla.

3 En tredje renässans för naturrätten?

Dessa idéer kan framstå som säregna, men de har på kort tid satt ett utomordentligt stort avtryck i det amerikanska rättsliga samfundet. De senaste två åren har common good constitutionalism diskuterats nästan oupphörligen i juridiska tidskrifter,²⁹ vid akademiska seminarier och konferenser och till och med i den allmänna pressen.³⁰ Diskussionen har även spridit sig utanför USA:s gränser.³¹ I synnerhet har idéerna fått fotfäste i de kretsar, exempelvis runt juristnätverket Federalist Society, där stödet för originalismen tidigare var mest kompakt. Som läget står nu är det alltså en tänkbar prognos att den statiska originalismen är på väg ut och den mer dynamiska naturrättsfilosofin på väg in.

Mottagandet av idéerna om common good constitutionalism i USA kan uppfattas som en tredje renässans för naturrätten sedan andra världskriget. För att teckna en komplicerad bild med några snabba skisstreck ledde erfarenheterna av kriget och Förintelsen till en nyväckt uppfattning om att lagen inte endast kunde vara en produkt av lagstiftarens påbud, utan att det måste finnas moraliska principer inbyggda i själva konceptet "lag". Denna tendens var särskilt framträdande i Tyskland och USA. Per-Olof Ekelöf rapporterar t.ex. 1953 hem till Sverige från en juristkongress i Berlin att de tyska juristerna har återupptäckt naturrätten, som en försäkring mot att på nytt bli medlöpare till diktatur och våldsvälde. En västtysk författningsdomare förklarar för Ekelöf att han skulle "anse det vara hans plikt som domare att döma i strid mot gällande lagar och författningar i den mån dessa stredo mot naturrätten". Ekelöf verkar för all del själv inte vara helt avvisande till denna attityd.³²

När det gäller den naturrättsliga renässansen i Tyskland på 1950-talet kan man också nämna statsrättaren och sedermera domaren i Bundesverfassungsgericht Ernst-Wolfgang Böckenförde, som formulerade en variant av naturrättsteorin som lade tonvikt på *mänsklig värdighet*, och drog slutsatser utifrån detta centrala värde.³³ Böckenförde, som

²⁹ Harvard Journal of Law & Public Policy vek hela sitt höstnummer 2023 (volym 46) åt diskussionen.

³⁰ Se t.ex. Brooke Master, "Adrian Vermeule's legal theories illuminate a growing rift among US conservatives", *Financial Times* (14 oktober 2022), på <https://www.ft.com/content/5c615d7d-3b1a-47a2-86as-b-34c7db363fe4>.

³¹ Se för diskussion från brittisk horisont t.ex. Conor Casey, "'Common-Good Constitutionalism' and the New Battle over Constitutional Interpretation in the United States", *Public Law 2021* s. 765, på <https://livrepository.liverpool.ac.uk/3125430/1/Casey%20Final%20Revised%20Final%20.pdf>, och Martin David Kelly, "Challenging common good constitutionalism", *Jurisprudence 2024* s. 1, på <https://www.pure.ed.ac.uk/ws/portalfiles/portal/417026087/KellyM2024JChallengingCommonGoodConstitutionalism.pdf>. Den 11 oktober 2023 anordnade Université Paris Cité ett rundabordssamtal mellan franska jurister i Paris om common good constitutionalism. För diskussion från tysk horisont, se t.ex. David Dyzenhaus, "Die Schlangenbeschwörer", *Verfassungsblog* (den 7 mars 2022), på <https://verfassungsblog.de/os5-schlangenbeschworer/>.

³² Per-Olof Ekelöf, "Juristkongressen i Berlin", *SvJT 1953* s. 65 (på s. 73 f.).

³³ Se t.ex. Mirjam Künkler och Tine Stein, "Böckenförde on the Right to Life, Human Dignity, and its Meta-positive Foundations" i Mirjam Künkler, och Tine Stein (red.), *Religion, Law, and Democracy: Selected Writings, Oxford Constitutional Theory*

hade en fot i den katolska samhällsläran och en fot i socialdemokratins, fick brett och bestående indirekt genomslag. Hans sätt att tänka kring rätt och rättigheter har påverkat inte bara tysk konstitutionell rätt, utan också EU-rätten och Europadomstolens praxis.

I USA är det framför allt rättsvetaren Lon Fuller som identifierats med denna första våg av naturrätt. Fuller framhöll att den materiella rätten alltid måste tolkas så att den fyller sin övergripande funktion. På motsvarande sätt som Ekelöfs teleologiska metod betonar den enskilda lagbestämmelsens ändamål, vill Fuller betona att varje enskild bestämmelse i första hand ska tolkas i linje med de allmänna ändamål *som bär upp rättsordningen som helhet*.³⁴ Frågan gäller alltså varför vi *överhuvudtaget har en rättsordning*, snarare än att avstå från lagar och i stället låta samhället styras av politiska ad hoc-beslut (vilket ju på många sätt vore mer intuitivt, och också historiskt varit vanligare utanför de länder som påverkats av Grekland och Rom). Sålunda anser Fuller att lag bara kan vara lag i egentlig mening om den står i överensstämmelse med vissa grundläggande ”principles of legality”.³⁵ Således måste föreskrifter som utger sig för att vara lagar också tolkas i enlighet med dessa principer, oavsett vad lagstiftaren kan anse i det enskilda fallet.

På 1980-talet följde vad man kan beteckna som en andra våg av naturrättsliga idéer, buren framför allt av australiensaren John Finnis och amerikanen Ronald Dworkin. Dworkin formulerade sina idéer i termer av ”fit” och ”law as integrity”. Med detta menas att det är rätts-tillämparens uppgift att tolka och tillämpa varje regel på ett sådant sätt att den kan inordnas i en så motsägelsefri vision som möjligt av lagens moraliska värderingar. Det viktigaste tolkningsdatumet är alltså i vilket mån en viss regel ”passar in” i en övergripande helhet.³⁶ För att åstadkomma sådan ”fit” ska domaren visserligen inte tillämpa sina egna moraliska preferenser, men hon måste dock tänka i moraliska termer. Hon måste nämligen utgå från, eller fingera, att lagen har ett koherent normativt ändamål, och med den utgångspunkten sträva efter att få lagen att framstå i ett så bra ljus som möjligt.

I sin bok hänvisar Vermeule själv till Fuller och Dworkin, och vid närmare granskning företer teoribygget runt common good constitu-

(Oxford University Press, 2020), samt Judith Hahn, ”Ernst-Wolfgang Böckenförde’s Approach to Natural Law as Normative Legal Ethics”, *Oxford Journal of Law and Religion* 7(1) (2018) s. 28.

³⁴ Se Lon Fuller, ”Positivism and Fidelity to Law — A reply to Prof. Hart”, *Harvard Law Review* 71 (1958) s. 630.

³⁵ Fuller identifierar åtta konstituerande moraliska egenskaper hos lag. Lag måste, för att förtjäna namnet lag, (1) vara allmänt tillämplig, (2) offentliggöras, (3) inte tillämpas retroaktivt, (4) vara tillräckligt tydlig, (5) inte vara självmotsägande, (6) vara möjlig att efterfölja, (7) vara rimligt konstant över tid, och (8) åtlydas även av staten och dess myndigheter. Se Lon Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, 1964) s. 33 ff. Fuller själv är dock noga med att påpeka att definitionen är tentativ och provisorisk, och därför inte kan dras för långt. Han vidgår t.ex. att det är en självklar sak att rätten inte kan vara immun mot förändring, och att affärlivet klarar att anpassa sig till ändrade förhållanden, a.a. s. 61.

³⁶ Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (Harvard University Press, 1986) s. 176 ff.

tionalism i själva verket stora likheter med de naturrättsliga idéer som redan är i omlopp. För vad, egentligen, är idén om att tolka lagen i linje med det allmänna goda och en övergripande ”ragion di stato”, mer än Dworkins idé om att låta lagen framstå i sitt moraliskt bästa ljus, tryfferad med säkerligen medvetet provokativa hänvisningar till medeltiden och katolsk sociallära?³⁷ Många i USA har dragit slutsatsen att det i grund och botten inte finns någon skillnad.³⁷ Tankarna har därför plockats upp på andra sidan det amerikanska politiska spektrat och stöpts om till ”liberal common good constitutionalism”.³⁸

4 Tillämpningar för svensk del

4.1 Vad har naturrätten för relevans i Sverige?

Vad, kan man med viss rätt fråga sig, har denna exotiska inblick i en rättskultur ganska långt från den trygga och invanda svenska ekelöfismen för relevans för oss? Vermeules idéer framstår som särskilt säregna i en svensk kontext. I en sekulariserad och historiskt protestantisk kultur kan en katolskt grundad rättsfilosofi uppfattas som potentiellt mycket främmande.

Men frågan om vad naturrätten överhuvudtaget har för relevans för oss kan besvaras på följande vis. För det första finns det ännu inga tecken på att det mönstret skulle brytas att samhällstendenser från USA förr eller senare gör sig gällande i Sverige. För det andra innebär den europeiska rättsintegrationen att svenska domstolar inte kan undgå att ta intryck av vår bredare rättskulturkrets. När EU-rätten tillämpas i svenska domstolar, vilket inte bara sker varje dag utan på ett eller annat sätt i snart sagt varje mål eller ärende, ska domstolen använda EU-rättslig och inte svensk tolkningsmetod. Eller, rättare uttryckt, i dessa situationer är EU-rättslig tolkningsmetod detsamma som svensk tolkningsmetod. Den EU-rättsliga metoden har visserligen likheter med den traditionella svenska såtillvida att den är ändamålsinriktad. Men den har också skillnader, i det att den dels starkare betonar den enskildes rättsskydd, och dels i högre grad förlitar sig på allmänna rättsprinciper, för vilka enskilda regler ofta endast uppfattas som ett specifikt uttryck.³⁹ I vart fall genom EU-rätten flödar alltså en föreställning om *ius commune* och inneboende moraliska principer i lagen in i svensk rättstillämpning.

³⁷ En möjlig skillnad i förhållande till tidigare naturrättsliga teorier är att common good constitutionalism uppehåller sig vid naturrättens tillämpning på konstitutionell nivå, snarare än på den vanliga lagnivån.

³⁸ Linda McClain och James Fleming, ”Toward a Liberal Common Good Constitutionalism for Polarized Times”, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 46 (2023) s. 1123. För övrigt har väldigt liknande idéer nyligen formulerats av den socialdemokratiskt präglade statsvetaren Patrick Deneen, se *Regime Change: Toward a Postliberal Future* (Sentinel Books, 2023).

³⁹ Jörgen Hettne och Ida Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, 2 uppl. (Norstedts, 2011) s. 37 f. Ända sedan de första ansatserna till europeisk rättsintegration efter andra världskriget har det framhållits att den europeiska rätten delvis vilar på den historiska *ius commune*, se t.ex. Erik Anners, [Rec.] Paul Koschaker. Europa und das römische Recht, *SvJT* 1955 s. 47.

För det tredje och slutligen kan det anmärkas att det inte går att komma ifrån att om det nu finns en naturrätt, vilket somliga människor på andra platser alltså har funnit grundad anledning att anta, skulle denna naturrätt även ha tillämpning i Sverige. Argumenten för naturrätten är naturligtvis inte i sig svagare eller starkare inom Sveriges gränser än utanför. Den senaste påminnelsen för egen del om att det är svårt att framgångsrikt tolka och tillämpa lag utan i vart fall sidoblickar på normativa argument fick jag i förbigående vid läsning av Jan-Mikael Bexheds intressanta rättshistoriska exposé över den svenska kolonin Saint-Barthélemy i Västindien (som anmäls på annan plats i detta häfte av professor emeritus Michael Bogdan). Det framgår av Bexheds framställning att slaveriet på ön tolererades fram till ett riksdagsbeslut om avskaffande 1845, trots att svensk lag och grundlag hela tiden varit tillämplig på ön och att 16 § i 1809 års regeringsform tillförsäkrade alla undersåtar ”personlig frihet”.⁴⁰ Bexhed antyder att grundlagsbestämmelsen blev tandlös mot slaveriet, eftersom den även förpliktade konungen att ”ingen afhända eller afhända låta något gods, löst eller fast”.⁴¹ Det ena ledet i bestämmelsen neutraliserade så att säga det andra. En sådan normkrock hade i tillämpningen kunnat lösas genom en stringent och resonerande hänvisning till *ius naturale*.

4.2 Är naturrätten en del av svensk rätt?

Entydiga exempel i svensk rätt på genomslag för den ”klassiska rätts-traditionen” är svåra att finna — men möjligen inte svårare än vad de är att finna i andra rättssystem. Som framgått ovan vilar förvisso inte bara den svenska utan också t.ex. den ortodoxa amerikanska rättsteorin tungt på rättspositivistiska utgångspunkter.

Som ett möjligt exempel på en föreställning i svensk rätt om en *ius gentium* eller en *ius commune* kan man anföra den IP-rättsliga regeln att, vid osäkerhet om innehållet i utländsk rätt, den utländska rätten in dubio kan presumeras ha samma innehåll som svensk rätt.⁴² Denna

⁴⁰ 16 § i RF 1809 löd enligt följande: ”Konungen bör rätt och sanning styrka och befordra, vrångvisa och orätt hindra och förbjuda, ingen förderfva eller förderfva låta till lif, ära, personlig frihet och välfärd, utan han lagligen förvunnen och dömd är, och ingen afhända eller afhända låta något gods, löst eller fast, utan ransakning och dom, i den ordning Sveriges lag och laga stadgar föreskrifva; ingens fred i dess hus störa eller störa låta; ingen ifrån ort till annan förvisa; ingens samvete tvinga eller tvinga låta, utan skydda hvar och en vid en fri utöfning af sin religion, så vitt han derigenom icke störer samhällets lugn eller allmän förargelse åstadkommer. Konungen låte en hvar blifva dömd af den domstol, hvarunder han rätteligen hörer och lyder.”

⁴¹ Jan-Mikael Bexhed, Rättskipning, förvaltning och administration på S:t Barthelemy under den svenska tiden 1784–1878 (eddy.se ab, 2024) s. 125 f.

⁴² Se t.ex. ”Betalingserklæringen”, NJA 2016 s. 288, p. 19: ”[N]är innehållet i utländsk rätt förblir okänt, [kan domstolen] i praktiken ibland behöva handla så att den utgår från att den utländska rätten svarar mot den svenska om inte något särskilt talar mot det.” Se även ”Skiljedomstolen i Sankt Petersburg”, NJA 2017 s. 198, p. 12. Se också Michael Bogdan, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 9 uppl. (Norstedts, 2020) s. 57 f. Jfr dock häremot RH 2014:34, i vilket ett skadeståndsanspråk ogillades på den grunden att innehållet i rwandisk rätt inte utretts av parterna. Utgången i hovrättsavgörandet är förenligt med den rekommendation

regel kan ses som ett arv från uppfattningen att nationella rättssystem ytterst vilar på en gemensam grund och söker ge uttryck åt likartade idéer. Den kan dock också, kanske mer realistiskt, helt enkelt uppfattas som ett utslag av arbetsekonomi i domstolarna.⁴³

Som ytterligare exempel kan man peka på rättsinstitutet *pactum turpe* — otillbörliga eller osedliga avtal — som i vart fall har drag av naturrättsligt tänkande.⁴⁴ När domstolar hänvisar till ”sakens natur” och liknande kan detta enligt min uppfattning också någon gång röja ett naturrättsligt förhållningssätt, i vart fall i de mer fåtaliga fall när det som anses ligga i ”sakens natur” inte handlar om rent faktiska eller rättssystematiska förhållanden, utan i stället handlar om vad som är materiellt rättvist.⁴⁵ Detsamma gäller naturligtvis, inte minst, de bedömningar av skälighet som avtalsrätten i många situationer förutsätter, liksom de billighetsbedömningar som förekommer på andra rättsområden.⁴⁶

Det förtjänar även att påminnas om att den största delen av de grundläggande reglerna i den svenska civilrätten består av icke-kodifierade principer, som i betydande omfattning hämtats från den romerskinfluerade *ius commune*. Den skogen kan vara svår att se för alla träd.

5 Avslutande reflektioner: risker och möjligheter med domstolsmakt

Lika mycket som originalismen har *common good constitutionalism* naturligtvis inte bara en teoretiskt rättsvetenskaplig aspekt, utan även en praktiskt politisk aspekt. Och *common good constitutionalism* kan utan tvekan betraktas i ett mindre smickrande ljus än som bara en lite mer fantasieggande ompaketering av Ronald Dworkins idéer. Vissa kommentatorer har tyckt sig se en bockfot sticka fram. De ser här inget mer än en uppmaning till konservativa jurister att slänga intellektuell

som lämnas i SOU 1969:69, nämligen att en talan ska ogillas när innehållet i utländsk rätt inte kan utredas, utom när domstolen ”med hänsyn till omständigheterna” finner att tvisten ”skäligen [bör] prövas enligt svensk lag” (s. 200).

⁴³ Jfr Michael Bogdan, *Private International Law as Component of the Law of the Forum* (Hague Academy of International Law, 2012) s. 118. Bogdan menar att det t.ex. kan förekomma att domstolar ställer obefogat höga krav på utredningen om innehållet i utländsk rätt som en undanfölykt för att få välja det mer bekväma alternativet att i stället tillämpa inhemsk rätt.

⁴⁴ Se RH 1988:130 och RH 2004:41; i det senare avgörandet hänvisas uttryckligen till ”de etiska värden som svensk rätt vilar på”. Jfr, med motsatt utgång, NJA 1992 s. 299, NJA 1997 s. 93 och NJA 2002 s. 322. I doktrinen behandlas *pactum turpe* bl.a. i Christina Ramberg, ”Avtal om abort — *Pactum turpe*?”, i Boel Flodgren m.fl. (red.), *Avtalslagen 90 år: Aktuell nordisk rättspraxis* (Norstedts, 2005) s. 307, Torbjörn Ingvarsson, ”Spel och osedliga avtal”, *SvJT 2004* s. 750, samt Peter Westberg, ”Ett fall om kärlek och ett om pengar — om *pactum turpe* och alldeles för långa och krokiga vägar till beslut om att vägra rättskipning”, i Marianne Eliason m.fl. (red.), *Festskrift till Rune Lavin* (Juristförlaget i Lund, 2006) s. 271.

⁴⁵ För exempel på sådana normativa bedömningar, se t.ex. NJA 1963 s. 62 (majoritet), NJA 1963 s. 72 (majoritet), NJA 1966 s. 609 (majoritet), NJA 1997 s. 315 och HFD 2012 ref. 16.

⁴⁶ För reflektioner kring hur fritt skön förhåller sig till normer, se Stefan Lindskog, ”Om att sätta sig till doms över andra — och sig själv” i Agneta Bäcklund m.fl. (red.), *Vänbok till Fredrik Wersäll* (Iustus, 2018) s. 333.

hederlighet och konventionell juridisk metod över bord i syfte att ta kontroll över samhällsutvecklingen. Beskyllningen går ut på att amerikanska konservativa, nu när de kontrollerar högsta domstolen och större delen av de federala appellationsdomstolarna, har funnit att originalismen är allt för begränsande och därför söker ett mer potent redskap för sin ”power grab”. Att Vermeule, som själv är konvertit till katolicismen, öppet hänvisar till Thomas av Aquino, föder rentav misstanken att hans egentliga ärende är att på sikt ersätta folkstyret och rättsstaten i USA med en teokrati.⁴⁷

För egen del anser jag att det inte alls står klart att de nya naturrättsliga idéerna i USA verkligen kommer leda till mer aktivistiska domstolar. Idéernas försvarare betonar ofta att den tredelade thomistiska naturrätten innefattar en medvetenhet om att kompetens-, ansvars- och maktfördelning tjänar det allmänna goda. Därför är det också förenligt med en naturrättslig uppfattning att rättstillämparen som absolut huvudregel ska respektera lagtexten. Det är även förenligt med en naturrättslig uppfattning att domstolar inte fattar övergripande policybeslut.⁴⁸ Inte sällan får man intrycket att det Vermeule egentligen eftersträvar tvärtom är större konstitutionellt spelrum för myndigheters och politiska beslutsfattares omdöme, och mer tillbakadragna och försiktiga domstolar.

Men själva det faktum att frågan om farorna med aktivistiska domstolar väcks av det liberala lägret i USA pekar på en viktig erfarenhet, nämligen att folkstyre och domstolsmakt är kommunicerande kärn. Den amerikanska vänstern kunde under många decennier utgå från att vidsträckt makt för domstolarna var politiskt ofarligt, rent av gynnsamt. Därför har de heller inte tidigare haft synpunkter på dynamiska tolkningar av grundlag. Faktum är att stora delar av det progressiva samhällsbygget i USA kunde hängas upp på segrar i domstol. Men det ligger i sakens natur att ett sådant bygge kommer vila på lös sand, i vart fall i högre grad än ett sådant som är förankrat i demokratiska beslut. Demokraterna blir nu varse att det som domstolar har skapat kan domstolar också snabbt montera ned.⁴⁹ Och när det gäller de

⁴⁷ Se t.ex. Garrett Epps, ”Common-Good Constitutionalism Is an Idea as Dangerous as They Come”, *Atlantic* (3 april 2020), på <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/04/common-good-constitutionalism-dangerous-idea/609385/> och James Chappel, ”Nudging Toward Theocracy: Adrian Vermeule’s War on Liberalism” *Dissent* 67(2) (2020) s. 41, på <https://www.dissentmagazine.org/article/nudging-towards-theocracy/>. Dessa artiklar är publicerade före Vermeules bok, men är svar på en tidigare artikel i *Atlantic* där Vermeule skisserade de idéer han senare skulle utveckla, se Adrian Vermeule, ”Beyond Originalism”, *Atlantic* (31 mars 2020), på <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>.

⁴⁸ Adrian Vermeule (2022) s. 76 f.

⁴⁹ I avgörandet *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. 215 (2022) ändrade amerikanska högsta domstolen, med röstetalen 6–3, sitt prejudikat i *Roe v. Wade* (1973). Det fjortonde tillägget till konstitutionen anses nu inte längre skydda rätten till abort i förhållande till delstaterna. Följden av avgörandet blev att abort omedelbart förbjöds eller begränsades kraftigt i närmare hälften av delstaterna. Det är en öppen fråga i vilken utsträckning inställningen till abort i de restriktiva del-

federala domstolarnas unika samhällsmakt griper en eftertankens kranka blekhet omkring sig; hos Demokraterna förekommer nu idéer om att kringskära högsta domstolens makt genom att i vanlig lag inskränka domstolens sakliga jurisdiktion.⁵⁰

Det är ofrånkomligt att detta även ställer frågor till svenskt rättsliv. En amerikansk utveckling, med informellt men tydligt politiskt märkta domare på de högsta domarposterna, framstår enligt min uppfattning som mycket oaptitlig. Detta har hittills kunnat undvikas i Sverige eftersom domstolarna överlämnat att göra samhällsövergripande avvägningar mellan olika mål- och värdeprioriteringar till de politiska statsmakterna.⁵¹ Men om domstolarna i mer betydande utsträckning skulle göra anspråk på att — eller, kanske mer sannolikt, i större utsträckning tvingas — göra sådana avvägningar kommer en amerikansk utveckling följa med matematisk säkerhet, oavsett hur vi sedan beklagar det.

Som Ian Malcolm uttrycker det i filmen *Jurassic Park* (1993): "life finds a way". Livet söker sin väg, och politiken kommer göra det som fungerar för att få genomslag för sitt program. Politiker som inte är beredda att göra det som fungerar kommer förvisso att finnas, men de riskerar att duka under för det naturliga urvalet vid första bästa allmänna val. Kvar blir den politiker som sett annorlunda på saken.

Eller annorlunda uttryckt: Om verkligheten konstitueras på ett sådant sätt att den mest lovande politiska strategin är att, inom de ramar som rättsstaten sätter, åstadkomma en domarkår med rätt politisk uppfattning kommer det politiska livet också söka denna väg, om ock möjligen motvilligt. Den politiker som inte själv gör det kommer så småningom få se sin motståndare göra det. Detta är den amerikanska situationen. En sådan strategi kan för övrigt iscensättas på många andra sätt än genom att kontrollera själva utnämningarna, vilket ju bara är det sista steget i den mycket komplexa samhällsprocess det innebär att utbilda och rekrytera en domarkår.

Eftersom ingen torde vilja ha en sådan utveckling — i allmänhet inte heller politiker, om de kan undvika det — bör man enligt min upp-

staterna hade varit annorlunda om pro-abortrörelsen i USA, i likhet med i andra länder, från början hade inriktat sig på konventionell politisk opinionsbildning snarare än att med juridiska medel åstadkomma och försvara ett prejudikat.

⁵⁰ Se t.ex. Christopher Jon Sprigman, "Jurisdiction Stripping as a Tool for Democratic Reform of the Supreme Court — Written Testimony for The Presidential Commission On The Supreme Court of the United States, August 15, 2021", på <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/08/Professor-Christopher-Jon-Sprigman.pdf>, och David Yaffe-Bellany, "Liberals Weigh Jurisdiction Stripping to Rein in Supreme Court", *Bloomberg* (6 oktober 2020), på <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-10-06/to-rein-in-supreme-court-some-democrats-consider-jurisdiction-stripping>.

⁵¹ Ett exempel på en situation där domstolar enligt min uppfattning otvetydigt ombuds att göra sådana samhällsövergripande avvägningar är det pågående s.k. "Auroramålet". En grupptalan har väckts mot svenska staten avseende bristfälliga åtgärder för att nå klimatmålet. Nacka tingsrätt har till HD hänskjutit frågan om huruvida talan ska avisas eller tas upp till prövning, och HD har nyligen beviljat prövningstillstånd. Se HD:s beslut den 25 april 2024 i mål nr Ö 7177-23.

fattning tänka sig för innan domstolarna prisges genom att göras till politiska slagfält.

Om vi inte kan ta med oss något annat från den amerikanska debatten om naturrättens återkomst kan vi i vart fall ta med oss detta.