

Får lagen lägga sig i vad som helst?

| av Mårten Schultz

Lagstiftningen tillåts numera att skydda oss mot oss själva även om vi inte skadar andra, men det finns en gräns för vad lagarna får lägga sig i. Och moraliserande lagar passerar den gränsen. Eller?

I PROPOSITIONEN SEX 2000 har regeringen tagit ett helhetsgrepp på sexualpolitiken. Bland förslagen märks ett totalförbud av vad regeringen beskriver som "homosexuella brott och andra omoraliska sexuella perversioner". Det ansvariga statsrådet är nöjt med lagförslaget. "Som folkvalda lagstiftare är vi skyldiga att verka för ett moraliskt samhälle. Homosexuella aktiviteter är inte bara i strid med naturen – det är omoraliskt, vämjeligt och fränstötande. Vårt förslag är därför ett nödvändigt steg för att lagstiftningen ska vara i takt med det allmänna moraliska rättsmedvetandet."

ORWELLSK LAGSTIFTNING

Propositionen i fråga har naturligtvis aldrig lagts fram och kommer sannolikt inte heller att läggas fram, i vart fall inte i Sverige under överskådlig tid. Med förbehåll för kristdemokrater från Uppsala skulle de flesta svenskar idag tycka att en sådan proposition var stötande – inte bara homosexuella utan även de av oss som inte skulle påverkas i vår livsföring av förbuden. Men varför? Vi är vana vid att lagstiftningen ingripande reglerar samhället. Visst kan det vara svårt som medborgare att se ett förnuftigt syfte bakom alla regler, men ofta är det tydligt att reglerna är avsedda att underlätta mänsklig interaktion och att förhindra att vi skadar varandra. Vi har även vant oss vid att lagstiftarens syfte ibland är att skydda oss från oss själva, eller, för att parafrasera Jenny Holzer, skydda oss från vad vi vill ha, till exempel genom förbudet mot narkotikabruk. Olika regler framstår kanske som tveksamma, men i huvudsak accepterar vi dessa ingrepp i våra liv. Men att en moralistisk lagstiftare däremot skulle ta steget in i svenskens sängkamaraktiviteter klingar skräckinjagande orwellskt i våra upplysta öron. Där går gränsen för vad vi anser det godtagbart att lagstiftaren ingriper i.

Vissa syften bakom lagstiftning anser vi oacceptabla. Det är en sak att lagstiftaren ingriper i våra privata liv när syftet är att skydda vår hälsa men när syftet enbart är moraliskt är gränsen tydligt passerad. Explicita mora-

liska syften bakom en lagstiftning anses inte bara oacceptabla utan direkt reaktionära och när sådan argumentation används i mindre civiliserade länder än Sverige är det en tacksam måltavla för västerländska medias raljans. När talibanregimen i Afghanistan strax före World Trade Center-tragedin, förbjöd Internet med motiveringen att nätet främjade omoralen i landet, skakade vi unisont på våra rationalistiska huvuden samtidigt som ledarskribenterna ironiserade i kapp. Förutom att beslutet i sig andades medeltida despotism sticker motiveringen i ögonen. Visst är Internet en önskedröm för "omoraliska" aktiviteter, man kan titta på pornografi, uttala sig förklenande om andra folkslag eller dela med sig av musik, men att samhället moraliskt ogillar saker innebär inte att det automatiskt har rätt att förbjuda det. Det går inte att lagstifta fram moral, säger vi. Det är en sak att lagstiftningen vilar på vissa värderingar, men att använda lagstiftningen som ett moraliskt styrmedel är fel.

LAGFÄST MORAL?

Men är det egentligen så fel? Är det otänkbart att samhället genom våra folkvalda använder sig av de juridiska regelverken inte bara för att beivra upplopp eller beskatta gåvor, utan även för att genomdriva en samhällets moral. Det är ju trots allt våra folkvalda som stiftar lagarna – borde då inte demokratiskt valda representanter också kunna ta ett moraliskt ansvar för sina väljare och till och med kämpa för att väljarnas moral sanktioneras? I vart fall så länge de demokratiska processernas spelregler följs. Om samhällsmoralen anses kräva det borde regeringen således med gott samvete kunna skicka propositionen Sex 2002 på remiss till socialstyrelsen och Svenska kyrkan, innan de legalistiska bromsklossarna i lagrådet körs över och de nödvändiga lagändringarna genomdrivs. Så får vi bukt med det moraliska förfallet i landet. Homosexualitet och andra perversioner är snart ett minne blott.



§ Homosexualitet är ett bra exempel på diskussionen om lagstiftningens gränser eftersom det även idag ger upphov till moralpaniska reaktioner. Idag är det inte lika ofta själva lägningsfrågan som upprör folkopinionen utan mer de anknyttande frågorna, som homooptioner, rätt till kyrkovigsel för homosexuella eller Pride-festivalens nedskräpning. Så var det inte tidigare. Då ansågs homosexualitet i sig självt som en moralisk styggelse av sådan art att dess själva existens måste förbjudas.

Det skadar inte att påminna om att det inte var så länge sedan som homosexualitet var en helt förbjuden företeelse (avkriminaliseringen skedde 1944), helt i överensstämmelse med den svenska majoritetens moraliska uppfattning. Längre var homosexualitet inte bara kriminaliserat utan straffrättsligt till och med jämställt med tidelag, (vilket nyligen utretts i historikern Jens Rydströms avhandling, *Sinners and Citizens* 2001, se också *Svensk Tidskrift* 6-2001). Inte för att det var många som vågade klaga. I ett moraliskt klimat där de homosexuella behandlades som depraverade eller sjuka var det svårt att driva frågor om sexuell likaberättigande. Särskilt som deras läggning var förbjuden.

Historiskt sett har alltså förbudet mot homosexualitet gått hand i hand med den allmänna samhällsmoraliska uppfattningen. Debatten kring homosexualitet har alltid varit ett rött skynke i det offentliga samtalet. Så fort ämnet i någon form kommit upp till diskussion har känslorna varit starka och åsikterna många, som så tydligt åskådliggjorts i homooptionerdebatten. Mot denna bakgrund är det kanske inte så konstigt att ämnet även gett upphov till den kanske viktigaste debatt som förts om förhållandet mellan lagstiftning, moral och frihet. Debatten hör till den moderna rättsteorins klassiker och har förvånansvärd sprängkraft även idag, nästan ett halvsekel efter att den först tog fart.

MILLS SKADEPRINCIP

I den så kallade Wolfenden-kommitténs rapport om homosexuell brottslighet och prostitution 1957, föreslogs en radikal kursändring i engelsk strafflagstiftning. Homosexuella aktiviteter mellan samtyckande vuxna i privatlivet skulle avkriminaliseras, föreslog kommittén. Kommittén kom till denna slutsats efter att ha övervägt vilka krav man kan ställa på lagstiftningens legitimitet. Kommittén diskuterade rättfärdigheten i att kriminalisera aktiviteter, om skälen är enbart eller främst moraliska. Att det över huvud taget finns gränser för lagstiftningens legitimitet är inte självklart. John Stuart Mill argumenterade emfatiskt för inskränkningar i samhällets rätt att ingripa

i människors liv i Om friheten, men det vore synd att säga att samhällsfilosofiska teorier om individuell frihet historiskt sett har haft något större inflytande över lagstiftningen. På 1900-talet började emellertid Mills idéer få större genomslag och Wolfenden-kommitténs rapport genomsyras av dessa tankar: "It is not, in our view, the function of the law to intervene in the private lives of citizens, or to seek to enforce any particular pattern of behaviour, further than is necessary to carry out the purposes which we have outlined." Till dessa skisserade syften fanns alltså inte skydd av allmänhetens moral eller seder. Kommitténs slutsats är klassiskt liberal. "[T]here must remain a realm of private morality and immorality which is, in crude terms, not the law's business". Formuleringen andas av Mills berömda "harm-principle", skadeprincipen, som är en milstolpe i modern lagstiftningsteori. Principen säger

"Vi får röka oss lungsjuka på cigaretter men vi måste använda bilbälte i trafiken."

att ett samhälle enbart får ingripa i människors frihet för att skydda medborgarna från skada (en princip som förvisso går att tolka på många sätt som vi ska se).

Kommittéförslaget var således en liberal landvinning men

hyllades trots det av en av tidens framträdande konservativa, Lord Devlin. Eller, rättare sagt, Lord Devlin påstod att han gillade kommitténs rapport, men hans inställning i den principiella frågan var diametralt motsatt kommitténs. Har ett samhälle rätt att förbjuda företeelser enbart för att främja moraliska principer? Nej, svarade Wolfenden-kommittén med eftertryck. I bland, sade Lord Devlin i en famös föreläsning 1959: "We should ask ourselves in the first instance whether, looking at it calmly and dispassionately, we regard it as a vice so abominable that its mere presence is an offence. If that is the genuine feeling of the society in which we live, I do not see how society can be denied the right to eradicate it". För att uttrycka det på ren svenska: om de homosexuella anses som så vidriga – vid en kall och opassionerad betraktelse – att den blotta vetskapen om existensen av deras beteende ingjuter "intolerans, indignation och äckel" hos medborgarna, ja, då måste samhället också ha en möjlighet att rätta till det moraliskt krökta. Nu ska man emellertid inte förledas att tro att Lord Devlin bara var en akademisk bögnackare med adlig titel. Lord Devlins argument är mer intressanta än så.

GEMENSKAP FÖRUTSÄTTER NORMER

Lord Devlins resonemang bygger på det i och för sig rimliga antagandet att varje fungerande samhällslig gemenskap förutsätter normer för sin existens. Vi är i någon mening moraliska varelser och vi behöver moraliska koder och strukturer för att kunna leva tillsammans. Vi

behöver (kanske) en moralisk princip som säger att otrohet är felaktigt, eftersom frånvaron av en sådan princip sannolikt skulle verka menligt på människors rätt att binda sig, vilket i sin tur inverkar negativt på barnafödandet. Därutöver bygger Lord Devlin på det mer kontroversiella antagandet att vissa moraliska beteenden, som anses som oacceptabelt vidriga och äckliga av samhällets medborgare, kan vara så destruktiva för ett samhälle att dess existens hotas. Samhällen har rätt att beivra beteenden som kan hota dess existens. Alla omoraliska aktiviteter hotar inte ett samhälle, inte ens de flesta, men några gör det och dessa måste man kunna hindra. Det innebär inte att ett samhälle har rätt att förbjuda varje typ av beteende som en majoritet av dess medborgare ogillar eller äcklas av. Men när en omoralisk företeelse är av tillräckligt massäcklande karaktär så ska det förbjudas och i dessa fall utan hänsyn till petitesser som individuell frihet.

En av Lord Devlins tidiga kritiker var Herbert Hart, det senaste seklets störste rättsfilosof och främste upphovsman till den nypositivistiska strömningen i juridiken. Hart framhöll att Lord Devlin verkade ha en konstig föreställning av vad ett samhälle är. Om man omfattar någon som helst normal definition av vad ett samhälle är, blir det absurt att tro att dess överlevnad skulle kunna hotas av enskilda företeelser enbart på grund av att de anses omoraliska. Det är lika absurt som att tro att ett samhälles bestånd hotas av att en av dess medlemmar dör. Ett samhälle står pall för enskilda fall av såväl äckel, som indignation och sorg. Men det kanske inte var så Lord Devlin menade? Kanske hade han någon annan syn på vad ett samhälle är? "Samhället" ska kanske ses som en mer artificiell beteckning, så att ett samhälle består av dess komplex av moraliska koder och normer. Ett slag mot moralen i ett sådant samhälle är ett slag mot dess själva hjärta, varje omoralisk aktivitet kan med en sådan definition hota samhällets existens. Men Lord Devlins argument är lika ohållbart även med detta krystade synsätt, menade Hart. Vad kan ett sådant reaktionärt samhälle ha för legitimt krav på att få tvångsvis befästa just denna moral?

Efter Lord Devlins föreläsning har rättsteorins senaste pennor gått varma för att analysera vad han egentligen menade och hur argumentationen ska bemötas på ett konsekvent sätt. De flesta har avslutat med att i akademiskt artiga ordalag kalla Lord Devlin för bigott. Men innan man gör det måste man förstå vad som egentligen är kärnan i hans argument och fråga sig om inte element av Lord Devlins tankegångar trots vår upplysta rationalitet även återfinns i dagens rättssamhälle. Förståelsen försvåras av att varje tankeled i Lord Devlins argumentation inbjuder till kritisk granskning och att

mängder med invändningar tornar upp sig bakom varje mening. Vad innebär det att ett samhälle reagerar med äckel mot en företeelse? Hur många medborgare krävs för att ett samhälligt äckel ska anses för handen? När uppnår den moraliska indignationen sådan kritisk nivå att ett samhällsingrepp måste göras? Vem ska bedöma när moraliskt kritisk massa uppnåtts och framför allt, hur går bedömningen till? Delvis förtydligade Lord Devlin sig själv i en kommentar till Harts angrepp, där han framhöll att omoraliska företeelser inte alltid var samhällsomstörtande, men att de kunde vara det och eftersom de kan vara det bör man inte sätta upp konstitutionella hinder mot att beivra dem. I frånvaron av sådana hinder kan man konstatera att Lord Devlins svar på de uppräknade frågorna är att det är samhällets representanter som får bedöma när en omoralisk härdsmläta närmar sig och när ett sådant tillstånd inträffar har lagstiftaren inte bara en rätt, utan en skyldighet att besluta i enlighet med samhällsmoralen. Då ska samhället klippa till hårt.

Det grundläggande felet i Lord Devlins resonemang ligger snarare i dess fundament, än i dess utformning. Mills skadepincip brukar av liberaler tas som en utgångspunkt för lagstiftningens gränser, eller gränserna för majoritetens bestämmande över minoriteten, om man så vill. Mill uttryckte själv idén på ett pregnant sätt "The principle is, that the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others". Det här inbjuder till motstridiga tolkningar, men vissa konsekvenser av Mills tankar är accepterade, i alla fall i teorin, över hela det partipolitiska spektrumet i Sverige.

LEGAL MORALISM

Principen innebär främst ett förbud mot vad som brukar kallas legal moralism, med andra ord, att samhället lagstiftningsvägen försöker genomdriva moraliska mål eller att påtvinga minoriteten majoritetens moraliska uppfattningar. En mer kontroversiell följd av Mills princip är att ett samhälle inte har rätt att skydda individer från att skada sig själva; det enda skyddsvärda intresset är andras skada. Men inte ens hos Mill är friheten absolut och skadepincipen är inte en typisk nyliberal maxim. Som en inskränkning av principen gäller enligt Mill att individer inte har rätt att sälja sig själva som slavar. Med andra ord lämnade även en övertygad *laissez faire*-föreläsare som Mill dörren öppen för vissa ingrepp i människors rätt att skada sig själva, eller i alla fall, "skada" sin egen autonomi. Allt sedan Mill är det allmänt accepterat i de flesta rättsordningar att vissa inskränkningar i den individuella autonomin är rättfärdigade.

Principen att staten har rätt att ingripa för att för-



hindra att individer skadar sig själva kallas legal paternalism. Det ligger onekligen något paternalistiskt i tanken att samhället vet bättre än den enskilde vad som är skadligt för honom. De flesta politiker använder olika eufemismer för att undvika det negativt laddade "paternalism". Innebörden är emellertid densamma, även om man betecknar ingreppet som "välfärdsmotiverad" eller till och med som ett uttryck för "solidaritet", en missvisande omskrivning som används ibland. Paternalistiska ingripanden i människors privatliv är demokratiskt accepterade, men enbart när skälen väger tillräckligt tungt. Vi får riskera liv och lem genom att åka snowboard i Åre, men vi får inte riskera liv och hälsa genom att bruka narkotika. Vi får röka oss lung-siktiga på cigaretter men vi måste använda bilbälte i trafiken. Det måste finnas tungt vägande skäl för att på paternalistiska grunder ingripa i människors privatliv och endast i undantagsfall har samhället rätt att förbjuda farliga aktiviteter.

Paternalistiska argument kan således rättfärdiga kriminalisering, men när det gäller att genomdriva rent moraliska syften finns det enligt denna uppdelning aldrig tillräckliga skäl för att legitimera lagstiftning. Inskränkningen följer inte bara av att Lord Devlins antagande att ett enskilt fall av moralpanik kan påverka själva samhällstrukturen är falskt, utan även för att det alltid kommer att finnas värden som väger över: Människors rätt att få vara i fred och deras rätt till respekt för grundläggande friheter övertrumfar varje samhällets moraliska hotbilder. Visst kan medborgarna få finna sig i att deras rättigheter inskränks om det är nödvändigt för att skydda deras frihet, enligt detta resonemang, men inte bara för att andra människor äcklas av dem. Så har den svenske lagstiftaren också ofta, men inte alltid, ståndaktigt avstått från att låta sig påverkas av mediahetsad moralpanik när det varit fråga om just moralisk panik och inget annat. Legal paternalism är en accepterad (men implicit) lagstiftningsprincip i vår rättsordning men legal moralism är det inte.

INTE MIN SÄNGKAMMARE

Tack och lov får man väl säga. Distinktionen mellan moralism och paternalism må vara flytande och omöjlig att strikt upprätthålla, så säger dess kritiker och det visar även ovanstående kontroversiella exempel, men den leder i alla fall tankarna på rätt håll. Och det är ett mycket viktigt håll: Det finns gränser för vad man får lagstifta om. Majoritetens representativa demokrati får bestämma om mycket men min sängkammare skall den hålla sig borta från, åtminstone så länge jag inte skadar någon annan. Så en proposition som Sex 2002 är illegitim – inte (bara) på grund av sitt sakliga innehåll, utan på grund av sitt syfte. Som tur är ser vi inte sådana syften bakom lagstiftning så ofta i våra dagar. Men det bety-

der inte att problemet försvunnit. Dagens demokratiska provostenar är annorlunda och mindre tydliga. Idag ser vi sällan att lagstiftaren går i bräschen för samhällsmoralen, men vi kan se att han emellanåt präglas av en underliggande moralisk agenda som inte görs explicit. En moralism i fåraskepnad.

Det finns många mer eller mindre tydliga exempel på denna dolda moralism. Är det idag någon som tror att förbudet mot bastuklubbar fyller något annat syfte än att förhindra en verksamhet som en riksdagsmajoritet och en stor del av Sveriges befolkning tyckte var äcklig? Vad är skälen bakom sexköpslagen annat än de moraliska – hade skälen enbart varit att förhindra prostituerade från att ingå i aktiviteter som är skadliga för dem borde väl även de prostituerade och inte bara torskarna kriminaliserats? Finns det någon som tror att det kvarhängande förbudet mot homooptioner vilar på annat än kvardröjande intolerans mot homosexuella? Och vem tror idag att vuxencensuren av film, så sällsynt utövad den nu är, fyller något annat syfte än att inkonsekvent förbjuda obehagliga filmer eller filmsekvenser som kan förmodas skapa folklig indignation?

Videovåldsdebatt och Motorsågsmassakern finns fortfarande i lagstiftarens färska minne.

Lagstiftarens moraliska agenda är inte längre så explicit som i gångna tiders homosexualitetsförbud, men skrapar man lite på ytan kan man demaskera den bland mer oskyldiga uttalade syften. Bakom orden om skydd av folkhälsan (bastuklubbar), barnets bästa (homooptioner), medborgarnas psykiska hälsa (filmensuren) och utsatta människors sociala situation (sexköpslagen) vilar förbuden inte sällan i hög grad på moraliska fundament. Vi har mycket att lära av Lord Devlin-debatten även idag. Framför allt finns det en viktig lärdom om begreppslig renhet. Syftena bakom förbudslagstiftning måste göras så klara och tydliga som möjligt. Vi ska lära oss att vara vaksamma på att lagstiftningen används för att driva moraliska frågor, även när det vid första anblick kanske inte verkar så. Den moderne svenska lagstiftarens moraliska ambitioner förblir implicita, draperade i samhällsnyttoargument, luddiga skyddsintressen och omskrivningar, men det betyder inte att ambitionerna inte finns där. Även i dag kan det finnas en moralistisk ulv bakom lagstiftarens fluffigt välvilliga fåraskepnad. I Lord Devlins samhälle hade lagstiftaren i alla fall kallat en spade för en spade.

Mårten Schultz (marten.schultz@juridicum.su.se) är doktorand i juridik.

LITTERATUR: Jens Rydström *Sinners and Citizens* (avhandling), Stockholm 2001.

