

Särtryck ur

FESTSKRIFT TILL
JOHAN HIRSCHFELDT

2011

IUSTUS FÖRLAG 2008

Olof Petersson, "Rätten och demokratin i Kelsens statslära", i *Festskrift till Johan Hirschfeldt*, Iustus Förlag, Uppsala 2008, ISBN 9789176786826.

Olof Petersson

Rätten och demokratin i Kelsens statslära

I en tid då juridik och politik ofta uppställs som varandras motsatser är det särskilt angeläget att uppmärksamma personer som i praktisk gärning och akademisk forskning påvisat det nära sambandet mellan rätten och demokratin.

Hans Kelsen har inte endast blivit känd för sina rättsteoretiska arbeten, sin rena rättslära och sina normlogiska undersökningar, utan har också lämnat viktiga bidrag till förståelsen av den representativa demokratins problem. För Kelsen fanns ingen motsättning mellan dessa forskningsintressen. Tvärtom polemiserade han uttryckligen mot dem som i dualistisk anda ville skilja mellan statens olika uppenbarelseformer. Folkstyrelsens innebörd kan inte förstås utan idén om en rättsordning.

Demokrati som statsform

Redan antikens indelning i monarkiska, aristokratiska och demokratiska styrelseskick framhäver den statliga organisationen som särskiljande kriterium. Hans Kelsen renodlar denna synpunkt och pekar på att indelningen i olika statsformer utgår från rättsliga kriterier och inte är möjlig att förstå annat än som en rättslig indelning.¹ Demokrati är till sin idé den statsform

¹ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, Berlin 1925, s. 320.

där de som är underkastade den gemensamma viljan, den sociala ordningen, också är ursprunget till denna ordning. Demokratins idé innebär därmed en överensstämmelse mellan ledare och ledda, mellan styrelsens subjekt och objekt. Att demokratins praktiska förverkligande framtvingar ett antal begränsningar och avvägningar är en annan sak.²

Folket som statsorgan

Demokratins legitimitet brukar ofta uttryckas genom folksuveränitetsprincipen, exempelvis genom formeln att all offentlig makt utgår från folket. Att fastställa hur denna ur folket strömmande vilja närmare bestämt gestaltas har dock visat sig vara förenat med betydande svårigheter. Folksuveränitetens emanationslära har också blivit föremål för mer principiellt inriktad kritik.³ Föreställningen om en utanför rätten befintlig folkvilja som grund för demokratin har heller ingen plats i Hans Kelsens statslära. En sådan uppfattning av folkets suveränitet avvisas som en fiktion.⁴ Man kan på denna punkt läsa Kelsen som en varning mot att ställa orealistiska förväntningar på demokratin. Den representativa demokratin har inget hemligt trolleri-trick för att avslöja folkets innersta önskningar.

Det folk som konstituerar det demokratiska styrelseskicket är inte av sociologisk, utan av rättslig art. I sociologisk mening består folket av en oöverskådlig mångfald av grupper, klasser, etniska kategorier, religiösa samfund och olika slags intressegrupper. Ju mer samhället omvandlas i riktning mot heterogenitet, mångkulturalism och individualism, desto mer orealistisk blir föreställningen om en enhetlig folkvilja. Folkets enhet kan bara grundas genom rättsordningen, primärt genom medborgarskap och rösträtt. Det rättsligt definierade begreppet statsfolk förvandlar en socialt amorf befolkning till ett demokratiskt statsorgan.

Intressant nog finns även bland sociologiska forskare ett ifrågasättande av det slags folkbegrepp som bygger på sociala och etniska kategorier. Sociologen Dominique Schnapper, för övrigt också ledamot av franska författningsrådet, har undersökt medborgarskapets och nationens begrepp.⁵

² Hans Kelsen, "Demokratie" (1926), i Matthias Jestaedt och Olivier Lepsius, red., Hans Kelsen: Verteidigung der Demokratie, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.

³ Se t.ex. Peter Graf Kielmansegg, Volkssouveränität. Eine Untersuchung der Bedingungen demokratischer Legitimität, Klett, Stuttgart 1977.

⁴ Allgemeine Staatslehre, s. 312 ff.

⁵ Dominique Schnapper, La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation, Galimard, Paris 1994

Schnapper konstaterar att begreppet nation vanligen används för att beteckna en kulturell gemenskap grundad på exempelvis härkomst, gemensam historia, sedvanor, språk eller etnicitet. Det finns uppenbara svårigheter att grunda en demokratiförståelse på detta konventionella nationsbegrepp. Det heter demokrati, inte etnokrati.⁶ En demokratisk nation skiljer sig från andra kulturella och sociala grupperingar i det avseendet att den är en sällfällighet av medborgare, förenade av ett gemensamt politiskt projekt. Detta slags nation skiljer sig från andra kollektiv genom sitt syfte att överskrida särintressen och gruppstillhörigheter i kraft av ett gemensamt medborgarskap. Idén om alla medborgares lika värde kan direkt härledas ur upplysningens universalistiska och republikanska idéer.

Begreppet nation har råkat i vanrykte genom aggressivt nationalistiska rörelser som velat avgränsa sig gentemot det främmande. Men nationen har inte bara varit inriktad på att utesluta, påpekar Dominique Schnapper, utan också på att innesluta. En demokratisk nation baseras på att medborgarna tror på möjligheten att genom offentligt samtal och respekt för olik tänkande resonera sig fram till lösningar som tillgodoser krav på såväl individuell särart som gemensam tillhörighet. Det konventionella nationsbegreppet betonar likhet genom etnisk homogenitet. Det alternativa perspektivet framhäver i stället enheten i mångfalden. Synen på politik blir därmed helt olika. I stället för att vara det särskiljande är det just politik förverkligad genom en rättsordning, medborgarnas kollektiva projekt, som bildar den förenande ram inom vilken individer och grupper kan utveckla sin självständighet.

Hans Kelsens demokratiteori visar hur rättslig enhet och social pluralism inte bara kan förenas, utan i vissa avseenden också förutsätter varandra.⁷ Kelsens syn på den representativa demokratin erbjuder ett alternativ till de teorier som utgår från en monolitisk syn på staten. Eftersom direkt, omedelbar, demokrati inte är ett realistiskt alternativ för stora och heterogena stater utgår Kelsen från medelbar demokrati i parlamentarisk form.⁸ Med folket som det primära statsorganet blir frågan hur den representativa demokratin förverkligas genom en folkrepresentation. För Kelsen spelar de politiska partierna en helt avgörande roll i den reala demokratin. Genom att förena likasinnade och medverka i opinionsbildningen kan de politiska partierna betraktas som ett slags organ för den statliga viljebildningen. Denna process

⁶ Olof Petersson, ”Det heter demokrati, inte etnokrati”, i *Politikens möjligheter*, SNS Förlag, Stockholm 1996.

⁷ Sandrine Baume, *Kelsen. Plaidoyer la démocratie*, Édition Michalon, Paris 2007, s. 88.

⁸ Termen ”parlamentarisk” används i detta sammanhang i betydelsen representativ.

kan beskrivas som en maktens rationalisering, som går hand i hand med statens demokratisering. Den moderna demokratin utgör en partistat.⁹

Kelsens starka betoning av de politiska partiernas centrala roll i den demokratiska processen hade sin polemiska udd riktad mot de anklagelser om "partivälde" som var ett dominerande inslag i mellankrigstidens angrepp på den parlamentariska demokratin experiment. Kelsens tes har nu fått förnyad aktualitet, men av delvis andra skäl. I dagens utvecklade demokratier lider de politiska partierna av stora problem när det gäller medlemsrekrytering och vitalitet. I statsvetenskaplig forskning finns det numera en hel litteraturgenre om partiernas kris; engelskspråkig litteratur har inte kunnat motstå rubriker som varierar temat "the party is over".¹⁰ En nordisk forskargrupp gjorde tankeexperimentet att försöka konstruera en modern demokrati utan politiska partier. Åtskilliga av partiernas funktioner skulle visserligen kunna tas över av andra institutioner, men uppgiften att sammanväga och jämka medborgarnas olika krav till konsistenta handlingsprogram ger partierna en unik och oersättlig roll i den representativa demokratin.¹¹ På denna punkt sammanföll slutsatsen med Hans Kelsens tidiga observation.

Den representativa demokratin gestaltas ofta som en uppdrags- och ansvarskedja. Den svenska regeringsformen bildar ett typexempel på denna tankegång, som innebär att de centrala statsorganen står i ett bestämt inbördes förhållande. All offentlig makt utgår från folket, riksdagen är folkets främsta företrädare, regeringen styr riket och är ansvarig inför riksdagen, de statliga förvaltningsmyndigheterna lyder, under vissa villkor, under regeringen. Så långt är allt klart, men mer omstritt är hur kedjans länkar närmare bestämt är beskaffade. Den representativa demokratin kräver å ena sidan en arbetsdelning och specialisering genom en separation i skilda statsorgan och å andra sidan en samordning av dessa organ i ett hierarkiskt system.

Genom Kelsens integrerade stats- och demokratiteori står det klart att den representativa demokratin uppdrags- och ansvarskedja inte kan förverkligas utan en rättsordning. Den hierarkiska ordningen består inte endast av statsorgan utan också av rättsnormer. Centralt för Kelsens statslära är idén om rättsnormernas hierarki; rättsnormerna bildar ett system av olika nivåer, avsatser. Detta perspektiv på rättsordningen öppnar för ett dyna-

⁹ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2 uppl., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1929, s. 19 ff.

¹⁰ Exempelvis David S. Broder, *The Party's Over. The Failure of Politics in America*, Harper & Row, New York 1972.

¹¹ Olof Petersson, Gudmund Hernes, Sören Holmberg, Lise Tøgeby och Lena Wängnerud, *Demokrati utan partier? Demokratirådets rapport 2000*, SNS Förlag, Stockholm 2000.

miskt betraktelsesätt; teorin uppmärksammar de processer genom vilka rättsnormer uppkommer och försvinner. Normer på lägre nivå är aldrig fullständigt bestämda av normer på högre nivå; varje avsats har ett inom rättsordningen bestämt handlingsutrymme. Motsättningen mellan att skapa rätt och tillämpa rätt blir härmed inte absolut. När rättsordningen ses som ett avsatsformat system blir alla rättsnormer, utom de i pyramidens spets och bas, såväl bestämda som bestämmande. Tillämpningen av en norm på högre nivå innebär samtidigt en skapelse av en norm på lägre nivå.¹² Även en lagstiftande församling är bunden av rättsnormer, nämligen grundlagens. Även förvaltningsmyndigheter skapar rättsnormer. Rättsordningen bildar därmed ett kontinuerligt förlopp, från grundlag, över lagar och förordningar, till de enskilda rättshandlingarna. Denna kontinuerliga process, i vilken staten ständigt återskapas, ger demokratin dess puls.

Normkontroll som demokratisk teknik

Om man erkänner att idén om legalitet ligger till grund för det demokratiska styrelseskicket så följer också ett krav på kontrollmekanismer som garanterar den offentliga maktens användning.¹³ Det gäller inte bara förvaltningsrättens konkreta normkontroll, utan också kontrollen av generella normers förenlighet med lagstiftningen, ytterst med grundlagen. För Kelsen får lagprövningsinstitutet sin särskilda betydelse som skydd för minoriteten, som antingen direkt eller indirekt bör ha möjlighet att aktualisera en kontroll av rättsnormers grundlagsenlighet. Den moderna demokratins öde hänger i hög grad samman med kontrollinstitutionernas systematiska utformning. Demokrati utan kontroll är inte långsiktigt hållbar. Frånvaro av legalitetsprincipens självbegränsning betyder demokratins självupplösning.¹⁴

Med inrättandet av en författningsdomstol genom den österrikiska författningen 1920 kom Kelsens idéer att omsättas i praktiken och hans modell har, senare också via den tyska författningsdomstolen, kommit att inspirera normkontrollens organisering i ett betydande antal demokratier. Denna europeiska modell konstruerades i medveten kontrast till den amerikanska formen av lagprövning, där det är den högsta instansen i det allmänna domstolsväsendet som ytterst tolkar konstitutionen. Med en författningsdom-

¹² Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2 uppl., Franz Deuticke, Wien, 1960, s. 237. Om rättens "Erzeugungszusammenhang" i Kelsens statslära, se t.ex. Jan-Magnus Jansson, *Hans Kelsens statsteori mot bakgrunden av hans rättsfilosofiska åskådning*, Societas Scientiarum Fennica, *Commentationes Humanarum Litterarum*, 15.5, Helsingfors 1950.

¹³ *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929, s. 74 ff.

¹⁴ *Ibid.*, s. 76.

stol skapas ett speciellt organ för att pröva lagars grundlagsenlighet.¹⁵ En författningsdomstol är ett principiellt intressant försök att lösa problemet att förena demokratins folkvalda lagstiftare med rättsstatens krav på oberoende domare. Demokratien står här inför ett av sina svåraste problem. Frågan är under vilka villkor som en domstol bör ha befogenhet att besluta att en i demokratisk ordning tillkommen lag inte får tillämpas eftersom den strider mot grundlagen. Modellen med en särskild författningsdomstol bygger på två förutsättningar. Den ena gäller domstolens ledamöter. De skall visserligen arbeta självständigt, men de tillsätts av parlamentets folkvalda ledamöter.¹⁶ Det andra villkoret är att författningen inte får innehålla alltför vagt formulerade principer, eftersom sådana skulle ge domstolen utrymme att driva en normativ linje i strid med den politiska majoriteten.¹⁷

Frihet som grundläggande värde

Liksom Jean-Jacques Rousseau utgår Hans Kelsen från den för demokratien grundläggande frågan om hur en människa kan underkasta sig en gemensam rättsordning och samtidigt förbli fri. Särskiljande för ett demokratiskt styrelseskick är principen om autonomi; i ett demokratiskt samhälle lever medborgarna under regler som de själva har valt. I denna mening råder frihet, eftersom de inte är underkastade någon främmande härskare, utan sin egen vilja. Kelsen väljer här medvetet en speciell tolkning av frihetsbegreppet, inte negativ frihet (frihet från), utan positiv frihet (frihet till). Frihet är individens självbestämmande genom delaktighet i skapandet av den sociala ordningen.¹⁸

Även andra tänkare har utgått från denna åtskillnad mellan negativ och positiv frihet, men inte alla har dragit samma slutsats som Kelsen. I en infly-

¹⁵ Hans Kelsen, "Judicial review of legislation: a comparative study of the Austrian and the American constitution," *Journal of Politics*, 4, 1942, s. 183–200; fr. övers. "Le contrôle de constitutionnalité des lois: une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine", *Revue française de droit constitutionnel*, 1, 1990, s. 17–30.

¹⁶ Därmed är inte sagt att författningsdomstolens ledamöter behöver tillsättas genom partipolitisk kvotering. Genom en författningsändring 1929 skärptes den politiska kontrollen över den österrikiska författningsdomstolen. Socialdemokraterna erbjöd Kelsen en plats, men han avböjde eftersom han som domare inte ville ha någon partipolitisk bindning. Hans Kelsen, "Autobiographie (1947)", i Matthias Jestaedt, red., *Hans Kelsen im Selbstzeugnis. Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstages von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006*, Hans Kelsen Werke, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, s. 80.

¹⁷ Barry Holmström, *Domstolar och demokrati. Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland*, Skrifter utgivna av Statsvetenskapliga föreningen i Uppsala, 130, *Acta universitatis Upsaliensis*, Uppsala universitet 1998, s. 244 ff.

¹⁸ *Allgemeine Staatslehre*, s. 322.

telserik uppsats argumenterar Isaiah Berlin för värdet av negativ frihet, men är mycket skeptisk till positiv frihet.¹⁹ Frihet i dess ”negativa” betydelse handlar om det område som tillåter samhällets medlemmar, personer eller grupper av personer, att göra eller vara det som de kan göra eller vara, utan inblandning av andra. Negativ frihet betyder en sfär av individuell frihet. Idéhistoriskt har denna tanke fått en särskilt pregnant formulering av John Stuart Mill i sin traktat om friheten. Tanke- och yttrandefriheten försvaras med argumentet att det är skadligt att förbjuda yttrandet av vissa åsikter. Frihet innebär att var och en tillåts att på eget sätt fullfölja sitt eget bästa, så länge de inte kränker andras frihet. När det blott är fråga om individen själv bör den individuella självständigheten ha fritt spelrum.

Den ”positiva” betydelsen av frihet gäller vem som genom att styra eller ingripa kan bestämma att någon ska göra eller vara det ena snarare än det andra. Positiv frihet betyder självstyrelse. Denna innebörd härrör ur individens önskan att vara sin egen herre. Människan vill vara ett subjekt, inte ett objekt, och vara medveten om sig själv som tänkande och aktiv varelse som tar ansvar för sina val. I den politiska idéhistorien är det framför allt Rousseau och jakobinerna under franska revolutionen som associeras med detta positiva frihetsbegrepp.

Dessa två frihetsbegrepp är enligt Isaiah Berlin principiellt olika. Frågan ”Vem styr mig?” är logiskt skild från frågan ”I hur stor utsträckning lägger sig staten i mina förhållanden?”. Visserligen kan det finnas ett faktiskt samband; ett självstyrande samhälle kan tillförsäkra sina medlemmar individuell frihet. Men enligt Berlin har de två frihetsbegreppen utvecklats i skilda riktningar, tills de slutligen råkat i direkt konflikt med varandra. Den positiva frihetens betoning på självherravälde har med tiden identifierats med förnuftet, en högre natur och ett verkligt, idealt jag. Detta verkliga jag har kommit att uppfattas som något mer omfattande än individen, som en social helhet av vilken individen bara är en del. Det blir då kollektivet som är bärare av medlemmarnas sanna jag. Därmed hamnar den positiva friheten i konflikt med den negativa.

Berlins slutsats att positiv frihet måste sluta i kollektivt förtryck har ifrågasatts, inte som en tänkbar möjlighet, men som en nödvändig konsekvens. Distinktionen mellan negativ och positiv frihet har även kritiserats från teoretiska utgångspunkter. Det behöver inte röra sig om två fundamentalt skilda fenomen, utan om olika aspekter av ett och samma frihetsbegrepp. De som förespråkar negativ frihet uppmärksammar förekomsten av sådant

¹⁹ Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, Clarendon Press, Oxford; sv. övers. ”Två frihetsbegrepp”, i *Fyra essäer om frihet*, Ratio, Stockholm 1984, s. 129–183.

som kan göra en person ofri, medan den positiva frihetens anhängare pekar på att också frånvaro av någonting kan medföra ofrihet.²⁰

Den liberala demokratin kan därför ses som ett försök att förena de två slagen av frihet, folksuveränitetens självstyrelse och rättsstatens skydd för den individuella friheten.

Majoritetsprincipen som frihetens förverkligande

Kelsen härleder majoritetsprincipen ur frihetens idé, inte ur likhetens. Enbart den negativa presumtionen att ingen är mer värd än den andre räcker inte till för att rättfärdiga majoritetens makt över minoriteten. Om likhetens idé endast förstås som en mekanisk sammanräkning skulle detta vara att erkänna att flertalet måste vara starkare än mindretalet, vilket i sin tur innebär att makt skulle gå före rätt.²¹

Majoritetsprincipen är den bästa metoden för att förverkliga frihetens idé i den politiska verkligheten. Eftersom politisk frihet för Kelsen innebär att kollektivets vilja överensstämmer med individernas vilja är det majoritetsprincipen som kan säkra störst möjlig frihet inom ett samhälle. Dessutom bör beslutsregeln om enkel majoritet ha företräde framför regler om kvalificerad majoritet eller enhällighet. Om en rådande ordning inte kan ändras genom enkelt flertal, utan en ändring fordrar att alla medborgare eller ett kvalificerat flertal är överens, så skulle en enda individ eller en minoritet kunna förhindra en förändring. I så fall kan det hända att den sociala ordningen ogillas av fler medborgare än som gillar ordningen.²²

Även om Kelsen avvisar idén om likhet som grundval för majoritetsprincipen är han ingalunda främmande för att ge likhetsidealet en central plats i sin demokratiteori. Men det är av avgörande betydelse att begreppet jämlikhet introduceras i samband med begreppet frihet. Det är kombinationen av frihet och jämlikhet som enligt Kelsen ger demokratin dess särprägel. Uppfattningen att graden av frihet i ett samhälle är proportionell mot antalet fria individer innebär att alla individer har samma politiska värde och att alla har samma rätt att kräva frihet. Syntesen mellan frihet och jämlikhet ligger till grund för demokratins idé om förhållandet mellan den sociala ordningen, som kollektivets vilja, och individernas vilja.²³

²⁰ Gerald C. MacCallum, "Negative and positive freedom", *Philosophical Review*, 76, 1967, s. 312–334.

²¹ *Allgemeine Staatslehre*, s. 323.

²² Hans Kelsen, "Foundations of democracy", *Ethics*, 66, 1955, s. 25.

²³ *Ibid.*

I direkt anslutning till Kelsen har statsvetaren Jan-Magnus Jansson utvecklat denna tanke om syntesen mellan frihet och jämlikhet som demokratins grundval. Med ”frihet” förstås inget annat än politiskt inflytande; Jansson hävdar att frihetsbegreppet inom demokratin har en snävt teknisk innebörd. Att äga frihet i demokratin betyder exakt detsamma som att äga möjlighet till politiskt inflytande, i första hand legala möjligheter, även om en mängd andra omständigheter kan påverka de faktiska chanserna. Att utöva politiskt inflytande betyder att ha möjlighet att påverka gestaltningen av rättsordningen i ett samhälle. Demokratins särdrag består i att den ger alla sina medborgare samma rättsliga möjligheter att utöva politiskt inflytande. Härmed blir frihet och jämlikhet oupplösligt förenade. Varje förskjutning i jämlikheten betyder att vissa medborgares politiska frihet reduceras eller utplånas. Detta och ingenting annat, menar Jan-Magnus Jansson, är demokratins princip.²⁴

Denna läsning av Kelsen är relativt typisk. De element i Kelsens demokratiteori som brukar framhåvas är medborgarnas lika möjligheter att delta i den politiska processen, majoritetsprincipen, positiv frihet samt rättsordningen som instrument för majoriteten. Föga förvånande brukar kritiken vanligen inrikta sig på att minoriteters rättigheter, rättssäkerhet och det negativa frihetsbegreppet inte ges tillräckligt stor plats. En del av skulden till denna skeva bild ligger hos Kelsen själv, eftersom han sällan formulerade sina demokratiteoretiska uppfattningar i samlad form. Men en del av kritiken är missriktad, eftersom de förbiser de partier i Kelsens författarskap som ägnas just åt rättsstatens och den individuella frihetens problem.²⁵ Identifieringen av stat och rätt innebär visserligen att varje stat kan betraktas som en rättsstat, men Kelsen påpekar själv att man måste skilja mellan rättsstat i formell och materiell mening.²⁶

Kompromissen som arbetsmetod

Majoritetsprincipen är fundamental för det demokratiska styrelseskicket, men ger inte majoriteten villkorlös rätt att härska över minoriteten. Tillämpningen av majoritetsprincipen förutsätter vissa bestämda gränser. När majoriteten fattar beslut måste den alltid ta hänsyn till minoriteten.

²⁴ Jan-Magnus Jansson, *Frihet och jämlikhet. En studie över den politiska demokratin*, Söderströms, Helsingfors 1952.

²⁵ Matthias Jestaedt och Olivier Lepsius, ”Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen: eine Einführung”, i Hans Kelsen. *Verteidigung der Demokratie*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.

²⁶ *Allgemeine Staatslehre*, s. 91.

Spänningen mellan majoritet och minoritet är en inbyggd del av den demokratiska processen. Kompromissen kan därför sägas vara demokratins arbetsmetod. Faktorer som gynnar kompromisser är proportionella valsätt, som ger större sannolikhet för olika meningsriktningar att bli representerade, samt politisk konkurrens och en fungerande kommunikation baserad på gemensamt språk och en viss kulturell enhetlighet.²⁷ Genom att fästa uppmärksamheten på demokratins arbetsteknik betonar Kelsen att det demokratiska styrelseskickets legitimitet primärt vilar på formen och metoden, inte på de politiska beslutens innehåll.

Enligt Kelsen finns det ett bestämt samband mellan demokratiuppfattning och världsåskådning. En antidemokratisk attityd hänger samman med filosofisk absolutism, medan ett demokratiskt sinnelag motsvaras av filosofisk relativism.²⁸ Filosofisk absolutism innebär att kunskapsföremålet helt och hållet är bestämt av heteronoma lagar och därför inte är åtkomligt för den mänskliga skapelseakt som är demokratins förutsättning. Filosofisk relativism utgår däremot från att det mänskliga kunskapssubjektet, inom förnuftets gränser, har möjlighet att förstå och omskapa världen. Den demokratiska metoden motiveras av att staten inte kan utgå från något absolut svar på frågan vad som är det goda och det bästa. Tolerans, minoritetsrättigheter, yttrandefrihet och tankefrihet har ingen plats inom ett system som grundas på absoluta värden. Den som tror sig sitta inne med en högre, absolut kunskap anser sig också ha rätt att påtvinga andra sin uppfattning. Enligt absolutismen är det straffbart att ha fel, enligt relativismen ger fel en möjlighet att lära av misstag. Demokratin måste ta hänsyn till att det är minoriteten som kan ha rätt och måste ständigt vara öppen för kritik, debatt och intellektuell frihet.²⁹ Den representativa demokratins dialektisk-kontradiktoriska teknik, med inlägg och genmälen, med argument och motargument, är inriktad på att nå fram till kompromisser.³⁰ Demokrati och vetenskap står i ett ömsesidigt förhållande till varandra. Ett öppet, demokratiskt samhälle är en förutsättning för akademisk frihet. En vetenskaplig anda ger liv åt demokratin. Med gillande återger Kelsen ett uttalande om att universiteten är en fristad för nationens andliga liv.³¹

²⁷ Ibid., s. 324.

²⁸ Vom Wesen und Wert der Demokratie, s. 118; "Foundations of democracy", s. 98.

²⁹ Simone Goyard-Fabre, "L'État du droit et la démocratie selon Kelsen", *Chaires de philosophie politique et juridique*, 17, 1990, s. 178.

³⁰ Demokratie, 1926, s. 64.

³¹ Hans Kelsen, "Wissenschaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 23–24 februari 1937; omtryckt i Jestaedt och Lepsius, 2006.

Kelsens sätt att koppla samman demokrati med en relativistisk livshållning har blivit föremål för kritik. Herbert Tingsten menar att glidningarna i resonemangen är uppenbara och att Kelsen lägger in delvis olika betydelser i uttrycken ”absoluta” och ”relativa” sanningar. Enligt Tingsten tycks Kelsen å ena sidan vilja skilja mellan en tro som är grundad på en religiös eller eljest metafysisk åskådning och en tro som inte är det och å andra sidan en tro som är mera bestämd och ivrigt omfattad än en mer likgiltig inställning. Men någon sådan korrelation finns knappast; enligt Tingsten är uppfattningen att demokratins möjlighet till framgång ökas i och med svagheten i medborgarnas övertygelser knappast hållbar.³² Tingstens kritik har emellertid tillbakavisats för att inte ge rättvisa åt Kelsens tanke och för att anklagelsen för begreppsglidning är oberättigad.³³

Idén om ett samband mellan styrelseskick och världsåskådning har knappast blivit mindre aktuell sedan Kelsen formulerade den i skrift. I själva verket leder hans rättsvetenskapliga forskning rakt in i samtidens stora fråga om förhållandet mellan demokrati och fundamentalism. För Kelsen var konflikten mellan demokrati och diktatur inte bara ett statsrättsligt problem, utan fick för honom direkta personliga konsekvenser. Weimarrepublikens fall ledde till ett liv i landsflykt.³⁴

³² Herbert Tingsten, *Demokratiens seger och kris. Den författningspolitiska utvecklingen 1880–1930*, Bonniers, Stockholm 1933, s. 28; *Demokratiens problem*, Norstedts, Stockholm 1945, s. 87. Ståndpunkten att Kelsen är en etisk absolutist i förklädning framförs av Jes Bjarup, ”Kelsen’s theory of law and philosophy and justice”, i Richard Tur och William Twining, red., *Essays on Kelsen*, Clarendon, Oxford 1986, s. 273–303.

³³ Elias Berg, *Democracy and the Majority Principle. A Study of Twelve Contemporary Political Theories*, Studies in Politics, 3, Göteborgs universitet, Akademiförlaget Göteborg 1965, s. 36, n. 63.

³⁴ Kelsen befann sig i mars 1933 i Sverige och gav föreläsningar i Lund, Uppsala och Stockholm. Vid återkomsten till Köln möttes han av beskedet att han inte bara avsatts som professor utan också avskedats utan pension (Rudolf Aladár Métall, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Verlag Franz Deuticke, Wien 1969, s. 61). Den antisemitiska förföljelsen kom inte minst från juristkolleger som Carl Schmidt (”Ich erinnere nur daran, mit welcher dreisten Selbstverständlichkeit die Wiener Schule des Juden Kelsen nur sich selbst gegenseitig zitierte, mit welcher für uns Deutsche unbegreiflichen Grausamkeit und Frechheit andere meinungen mißachtet wurden”, Carl Schmitt, ”Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 41, nr 20, 1936, s. 1195). Kelsens kontakter med Sverige resulterade bland annat i att hans centrala rättsteoretiska tankar tidigt publicerades i svensk översättning (Hans Kelsen, ”Den rena rättsläran: dess metod och grundbegrepp”, *Statsvetenskaplig Tidskrift*, 36, 1933, s. 193–244). Kelsens rättsteori väckte en hel del uppmärksamhet i jurist- och statsvetarkretsar, men blev framför allt föremål för kritiska analyser (Åke Frändberg, ”Die skandinavische Reaktion auf Hans Kelsens Reine Rechtslehre”, i *Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, 2, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1978). Mötet med Uppsalaskolans rättspositivism satte heller inget djupare avtryck i Kelsens teori; Hägerström avfärdas för att inte tillräckligt klart ha beaktat skillnaden mellan moralnormer (”du ska inte

När mörkret föll över Europa formulerade han några eftersinnande slutord i en liten uppsats om demokratin försvar.³⁵ I situation då folket verkade överge folkstyrelsen frågade sig Kelsen om det kanske var dags att uppge försöken att ge demokratin ett teoretiskt försvar. Bara att ställa frågan om demokratin bör försvara sig mot sig själv, också mot folkets och majoritetens vilja att förstöra demokratin, är att besvara den nekande. Folkstyrelsen kan inte förbli bestående mot folket självt. En demokrati som hävdar sig gentemot majoritetens vilja har upphört att vara en demokrati. Demokratin anhängare får inte förledas in i den motsättningsfulla situationen att tillgripa diktatur för att försvara demokratin. Man måste förbli trogen sin fana, även om skeppet sjunker. Ner i djupet kan man bara ta med sig förhoppningen att frihetens ideal är oförstörbart och desto djupare det sjunker, desto mer lidelsefullt kommer det att upplevas.³⁶

Hans Kelsen levde under den epok i Europas historia då den parlamentariska demokratin gick från seger till kris för att sedan åter segra. Återuppriktandet av demokratiska styrelseformer i hans österrikiska hemland följde i mycket de riktlinjer som han formulerat några årtionden tidigare. Hans medverkan i förberedelserna för en ny internationell sammanslutning för fredligt samarbete, som sedan förverkligades i form av Förenta Nationerna, förebådade också den demokratiska rättsstatens internationalisering.

Författningspolitiska lärdomar

Hans Kelsens betydelse ligger i att han formulerat en övergripande och enhetlig teori om rätten och demokratin. Teorin har relevans för såväl staters inre styrelse som staternas internationella förbindelser. I vissa delar har Kelsens teoretiska arbeten en starkt abstrakt karaktär, men trots det, eller snarare kanske just därför, hade de en brännande aktualitet för hans egen samtid, präglad av demokratisk kris. Kelsens demokratiteori har emellertid också relevans för stabila demokratier som dagens svenska. Det kan därför vara frestande att avsluta med några reflektioner *de lege ferenda*. Frågan är hur Kelsen, eller någon med utgångspunkt i hans statslära, skulle bedöma behovet av konstitutionella reformer i dagens Sverige.

döda”) och rättsnormer (”om du dödar så döms du till fängelse”) (Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1979, s.250, n. 50; jfr *Reine Rechtslehre*, 1960, s. 57 ff.). I Kelsens självbiografiska anteckningar finns inga spår av kontakterna med Sverige (Jestaedt, red., 2006).

³⁵ Hans Kelsen, ”Verteidigung der Demokratie”, *Blätter der Staatspartei*, 2, 1932, s. 90–98; omtryckt i Jestaedt och Lepsius, red., 2006, s. 229–247.

³⁶ *Ibid.*

Antagligen skulle ett kelsenskt perspektiv på dagens grundlagsdebatt inte utmynna i några krav på genomgripande förändringar i det demokratiska styrelsesättet. Sverige har redan ett proportionellt valsätt med jämförelsevis starka politiska partier. Påpekandet att kompromisser kan vara välsignelsebringande för ett fredligt och öppet samhälle lär heller inte överraska en svensk publik.

De som pläderar för en svensk författningsdomstol har inga svårigheter att finna argument hos Kelsen, men han själv skulle förmodligen inte ha stannat vid standpunkten *att* en demokratisk rättsstat gynnas av en författningsdomstol, utan snarast riktat uppmärksamheten mot frågan *hur* en författningsdomstol i så fall borde konstrueras. För att en författningsdomstol ska få åsyftad verkan måste ett antal förutsättningar vara uppfyllda. Särskilt avgörande är själva konstitutionens utformning. Dagens svenska grundlagstexter skiljer sig i flera avseenden från den strama och eleganta förbunds-författning som 1920 lade grund för den österrikiska författningsdomstolen. Ett system med fyra olika grundlagar av tämligen heterogen natur är knappast enkelt att förena med det konstitutionella ideal som träder fram i Kelsens idéer om rätten och demokratin.

