

1. INLEDNING

Ända sedan antiken har det nära sambandet mellan den juridiska rätten och vissa likhetsidéer uppmärksamrats och diskuterats. Av alla de värden som förknippas med rätten förefaller likhetsvärdet vara det som står rätten närmast. Det har t.o.m. hävdats att det skulle råda ”ett nödvändigt samband” mellan dessa båda. Dessvärre erbjuder historien ett överflöd av exempel på att detta värde har kränkts av rättsordningens funktionärer. Ett mer realistiskt synsätt är att betrakta likhetsvärdet som ett rättsstatsvärde, vilket utgör en beståndsdel av en utomrättslig (moralisk) måttstock, med vars hjälp man söker fastställa rättens moraliska halt i vissa avseenden.

I avsnitten 2–10 skall jag försöka klargöra begreppet ”rättslikhet” och i avsnitt 11 skall jag försöka rättfärdiga detta såsom ett rättsstatsvärde. Rättslikhet kan rimligen betraktas som rättvisa inom den rättsliga sfären, men i denna artikel utgår jag inte från rättvisebegreppet utan koncentrerar mig på att säga något om rättslikheten som specifikt fenomen utan att relatera detta till ett mer allmänt rättvisebegrepp.

2. RÄTTSLIKHETENS GRUNKOMPONENTER

Det likhetsbegrepp som är av intresse här har följande struktur:

(L) x är med avseende på F likställd med y med avseende på G

där x och y är fysiska eller juridiska personer (x och y är L:s *subjekt*), och F och G är storheter som hänför sig till subjekten (t.ex. rättigheter, skyldigheter, belöningar, straff; F och G är L:s *objekt*). (L kan utvidgas till att omfatta mer än två subjekt och objekt.) Storheterna x , y , F och G är L:s grundkomponenter. Rättsstatsidealet av rättslikhet berör såväl subjekten som objekten.

3. RÄTTSLIKHET MED AVSEENDE PÅ SUBJEKT

Ett subjekts, x , rättslighet gentemot ett annat subjekt, y , har kränkts när x med avseende på F blivit *otillbörligt diskriminerad* i förhållande till y med avseende på G (detta begrepp behandlas i avsnitten 5 och 11 nedan).

Antag att det i något samhälle finns en särskild klass av människor, K , vars medlemmar enligt gällande rätt i samhället alla har rättighet till vissa förmåner, medan ingen samhällsmedlem utanför K har en sådan rätt. Antag vidare att någon hävdar, att detta inte är någon *rättslig* diskriminering – otillbörlig eller tillbörlig – överhuvud taget, eftersom rättsläget i detta avseende beträffande personerna utanför K ju inte alls regleras av den gällande rätten.

Den rättsstatliga likhetstanken accepterar inte ett sådant påstående. Att göra det skulle ju innebära att man accepterar tanken att det kan finnas människor som inte omfattas av rättens regler – och därmed är rättslösa och att betrakta som objekt snarare är subjekt (t.ex. slavar eller judarna i det nazistiska Tyskland). Och en sådan tanke skulle ju göra idén om rättslighet verkningslös. Rättslighetsidén måste basera sig på en ännu mer fundamental tanke – låt oss kalla den *principen om universell rättssubjektivitet* – av innebörd att varje människa skall betraktas som rättssubjekt i betydelsen att hon kan ha rättigheter och skyldigheter. Frågan huruvida en viss människa befinner sig i en viss rättslig position eller ej skall alltid besvaras under betingelsen att hon rättsligt sett *kan* finnas i en sådan. Med tanke på rättslig diskriminering betyder detta att varje människa *kan* bli rättsligt diskriminerad (tillbörligt eller otillbörligt). Ingen befinner sig utanför rätten – och just därför är varje människa berättigad till rättsstatskydd. Principen om universell rättssubjektivitet utgör själva hörnstenen i tanken om alla människors lika värde.

En från rättslighetens synpunkt viktig relation mellan subjekt är vad som kan kallas en *agonistisk* situation (från grekiskans ”agôn” = ”tävling”, ”rättegång”; jag använder inte ordet ”antagonistisk”, eftersom detta ord har en vidare innebörd än vad som avses här). Med en agonistisk situation avser jag en formaliserad (”iscensatt”) motsatsställning, vare sig den är fientlig eller vänskaplig, mellan två (eller flera) *parter*, t.ex. deltagarna i ett sällskapsspel, en kapplöpning, ett avtalsförhållande eller en rättegång. I detta sammanhang står naturligtvis rättegången i fokus och den variant av rättslighet som kallas likhet inför lagen.

4. RÄTTSLIKHET MED AVSEENDE PÅ OBJEKT

Låt oss göra en enkel men viktig distinktion mellan två skilda situationer: (i) Likhet baserad på ett objekt: $F = G$. Denna situation råder när x och y delar *samma sak* lika, t.ex. skär en tårta i lika stora delar eller fördelar

ett arv eller en skuld i lika stora andelar. (ii) Likhet baserad på (två eller) flera objekt: $F \neq G$. Här är det inte fråga om att dela ett och samma i lika delar. Vid detta slag av jämlikhet är *flera olika saker* likvärda.

Den s.k. ekvivalensprincipen – symboliserad av de gamla egyptierna med en våg i balans – är djupt rotad i västerländskt juridiskt tänkande och den opererar på alla rättens fält. Inom avtalsrätten är det fråga om ekvivalens i utbytesförhållanden (t.ex. mellan den köpta varan och köpeskillingen). Inom skadeståndsrätten tar den sig uttryck i ett krav på ekvivalens mellan skadan och skadeståndet. Inom straffrätten framträder den såsom proportionalitet mellan offrets lidande och straffets stränghet. En extrem variant av ekvivalens i straffrätten är den gamla talionsprincipen (”öga för öga, tand för tand”).

Kanske kan denna distinktion bidra till att belysa den aristoteliska distinktionen mellan distributiv och korrigerande (kommutativ) rättvisa. Distributiv rättvisa verkar ha närmast samband med likhet baserad på ett objekt medan korrigerande rättvisa närmast handlar om likhet baserad på flera objekt. Vidare tycks den korrigerande rättvisan vara relevant särskilt i agonistiska situationer medan den distributiva rättvisan väl spelar sin främsta roll i icke-agonistiska situationer.

5. DISKRIMINERING

Begreppen ”rättslikhet” och ”rättslig diskriminering” är logiskt förbundna med varandra. Rättslig diskriminering är motsatsen till rättslikhet. ”Diskriminering” uppfattas här som ett värdefritt begrepp: att diskriminera innebär att göra åtskillnad inom klassen av människor över huvud taget eller inom någon undergrupp av människor – vare sig detta är gott, indifferent eller ont. Detta sätter oss i stånd att skilja mellan *tillbörlig* och *otillbörlig diskriminering*. På motsvarande sätt kunde man tala om tillbörlig och otillbörlig rättslikhet.

Diskriminering är i själva verket ett oundgängligt inslag i rätten. Rätten fungerar genom att av samhälleliga skäl diskriminera mellan människor – mellan barn och andra, mellan brottslingar och andra, mellan mentalt handikappade och andra, mellan bagare och andra etc.

Motsatsen till tillbörlig rättslikhet (otillbörlig rättslikhet) innebär sålunda otillbörlig diskriminering. Motsatsen till otillbörlig rättslikhet (tillbörlig rättslikhet) innebär tillbörlig diskriminering. Detta kan förefalla underligt. Men som skall visas i avsnitt 8 är också den otillbörliga rättslikheten en form av otillbörlig diskriminering. Av detta skäl skall vi det följande inte använda uttrycket ”otillbörlig rättslikhet” – och rättslikheten såsom rättsstatsvärde avser naturligtvis den tillbörliga rättslikheten.

När är då en diskriminering otillbörlig? Den frågan skall behandlas i avsnitt 11. Tills vidare nöjer jag mig med att säga, att en otillbörlig rättslig diskriminering är en diskriminering som kränker en människas liv i mänsklig värdighet.

6. RÄTTLIKHETENS SYMBIOTISKA NATUR

Otillbörlig diskriminering är, vid sidan av att vara en kränkning av rättsligheten, alltid också en kränkning av något annat värde. Rättsligheten har en symbiotisk karaktär såtillvida som den alltid är knuten till något annat värde ("huvudvärdet"). Otillbörlig diskriminering är att göra något ont ännu värre. Antag att du tillhör en särskild grupp av människor, vilka är otillbörligt berövade en viss rättighet, som andra människor har. Antag vidare att det vore något gott för dig att äga denna rättighet och att det därför är något ont att du inte äger den. Till detta onda tillkommer det ytterligare onda att du utsatts för en otillbörlig diskriminering i förhållande till vissa andra människor. Eller antag att du underkastats ett visst straff för en brottslig gärning, som du begått, medan en annan person otillbörligt befrias från straff för samma slags handling eller erhåller ett lägre straff. Till det onda som straffet utgör för dig tillkommer då det onda som ligger i den otillbörliga diskrimineringen. På detta sätt är huvudvärdet och rättslighetsvärdet sammanfogade. Huvudvärdet är det värde som ligger i rättslighetens objekt, *F* och *G*. Huvudvärdet kan vara ett positivt värde (t.ex. knutet till en rättighet eller en belöning) eller ett negativt värde (t.ex. knutet till en plikt eller ett straff).

Otillbörlig diskriminering kan förstås vara mer eller mindre allvarlig. Kombinationen av (i) den grad av ont som är förbundet med berövandet (eller tillfogandet) av huvudvärdet och (ii) den grad av ont som är förbundet med diskrimineringen som sådan bestämmer den grad av ont som är förbundet med diskrimineringen i dess helhet. Av det skälet är det väsentligt att hålla i sär huvudvärdet och rättslighetsvärdet. Det kan exempelvis förhålla sig så att berövandet av huvudvärdet är av ringa betydelse för en person medan den förödmjukelse som ligger i att hon blivit otillbörligt diskriminerad är avsevärd. Det kan också förhålla sig så att otillbörliga rättsliga lösningar (vare sig de återfinns i lagen eller i rättskipningen) betraktas som otillbörlig diskriminering fast de inte är det (utan är kränkningar av huvudvärdet). I denna artikel står diskrimineringen som sådan i fokus.

Exempel. (1) Antag att kvinnorna i ett visst land saknar rösträtt. Att sakna rösträtt är en kränkning av (huvud)värdet att ha rösträtt. Den förödmjukelse av kvinnorna som ligger i att de saknar rösträtt medan männen äger sådan innebär en ytterligare kränkning av dem, nu i form av

otillbörlig diskriminering. (2) Den respekterade finansmannen A får ett års fängelse för avancerad valutasmuggling medan den unge slyngeln B får tre års fängelse för stöld av en TV-apparat, i båda fallen under korrekt tillämpning av gällande rätt. Till det negativa huvudvärdet av fängelsestraff tillkommer den otillbörliga diskrimineringen av B i förhållande till A.

7. RÄTTSLIKHETENS KORREKTA RIKTNING

Nära förbunden med distinktionen mellan huvudvärde och otillbörlig diskriminering är frågan om det som kan kallas ”rättslikhetens korrekta riktning”.

Central i rättslikhetstanken är kravet på enhetlighet, eller lika behandling. Den som behandlas på ett sätt som uppfyller kravet på tillbörlig likabehandling är likställd. (Man är inte ojämlig bara för att någon *anser* att man är underlägsen andra i vissa avseenden.) Men enhetligheten kan gå i två olika riktningar. Antingen skall något likhetsobjekt vara knutet till alla eller också till inget subjekt (inom den grupp varom det är fråga).

I den slovakiska staden Spiske Podhari utfärdades 1 juli 1993 ett dekret, som förbjöd ”medborgare av romsk härkomst och andra misstänkta personer” att vistas utomhus mellan kl. 23.00 och kl. 4.30 (enligt den tjeckiska nyhetsbyrån CTK 10 juli 1993). Detta är ett exempel på en otillbörlig diskriminering. Denna kan elimineras på två sätt. Antingen skall det förhålla sig så att ingen får vistas utomhus under den angivna tiden eller också så att alla får göra det. I båda fallen har den otillbörliga diskrimineringen avlägsnats.

Detta tycks visa, att valet mellan dessa båda riktningar är irrelevant från rättslikhetens synpunkt. Frågan skulle endast avse ett val mellan två motstående (huvud)värden. Men saken är inte riktigt så enkel. Frågan om rättslikhet skall ibland bedömas olika beroende på om den *korrekta* riktningen väljs eller ej.

Det förefaller uppenbart att den korrekta riktningen i vårt exempel är att alla skall få vistas utomhus under natten – det fanns inga indikationer på att undantagstillstånd eller något liknande var erforderligt. Här föreligger utan tvivel otillbörlig diskriminering. Om den korrekta riktningen väljes, blir eventuella tillbörliga skäl att göra undantag verkligen just – exceptionella. Men om den inkorrekta riktningen väljes (förbud för alla), hamnar vi i den egendomliga situationen att *tillbörliga* skäl att göra undantag inte alls blir exceptionella utan tvärtom i de flesta fall kommer att slå ut skälen för regelns upprätthållande – eftersom det ju egentligen inte finns några tillbörliga skäl för den.

Av detta följer att, om den inkorrekt riktningen väljs, det kan hända att det i vissa – jag medger extrema – fall kan vara befogat att göra så många undantag som möjligt – även på bekostnad av vad som i normala fall skulle betraktas som otillbörlig diskriminering. Ingen skulle väl betrakta räddandet av en viss grupp av judar från det nazistiska Tyskland som en otillbörlig diskriminering av de judar som inte räddades, till och med om skälen för att rädda just den gruppen kanske inte var alltigenom hedervärda. Lagar med ett så inhumant innehåll skulle inte få tillämpas på någon jude. På grund av den inkorrekt riktningen hos huvudvärdet blir värdet av rättslikhet i sådana här situationer perverterat.

8. DIREKT OCH INDIREKT RÄTTSLIG DISKRIMINERING

Sedan Aristoteles har idéerna om likhet och rättvisa ofta sammanfattats i formeln ”Behandla lika fall lika och olika fall olika!” Denna formel anvisar fyra möjligheter: (1) Lika fall behandlas lika. (2) Lika fall behandlas olika. (3) Olika fall behandlas lika. (4) Olika fall behandlas olika.

Rättslikhet råder i fallen 1 och 4. Vad vi vanligen tänker på i samband med ojämlig behandling är utan tvivel ojämlig behandling av typ 2, vare sig det är fråga om likhet i eller inför lagen. Diskriminering av detta slag kan kallas *direkt diskriminering*. En sådan föreligger exempelvis när lagen innehåller bestämmelser om att judar skall fränkännas rättigheter som andra människor har eller när en domare favoriserar ena parten i en rättegång.

Ojämlig behandling av typ 3, *indirekt diskriminering*, är ibland lite svårare att urskilja. Beträffande direkt diskriminering är förhållandet att lagen *innehåller* något diskriminerande kriterium (rekvisit), som inte skall finnas där, om det är otillbörligt. Den aktuella regelns tillämpningsområde är för trångt. Vid indirekt diskriminering däremot *saknar* lagen något diskriminerande kriterium som skulle förhindra att regeln blev otillbörligt diskriminerande. Regelns tillämpningsområde är alltför vidsträckt. Tag exempelvis en arbetsgivare, som utan starka skäl begär av sina anställda att de skall kunna klara att medverka i samtliga steg i produktionsprocessen. Ett enda steg råkar nu vara sådant att kvinnor av fysiska skäl inte klarar av det. Från arbetsgivarens synpunkt underlättar detta villkor planeringen av arbetet en smula men det är inte av någon särskild vikt. Men det utesluter kvinnor och kan ses som ett utslag av otillbörlig diskriminering. Denna avlägsnas lättast genom att till villkoret fogas ett diskriminerande undantag av innebörd att kvinnor skall slippa utföra just detta arbetsmoment.

Detta exempel visar också att det ibland kan vara svårt att avgöra huruvida en diskriminering är av det direkta eller det indirekta slaget. Om

arbetsgivaren inte hade haft något skäl alls för villkoret med avseende på arbetets lyckliga bedrivande, kunde situationen snarare betraktas som ett fall av direkt diskriminering och villkoret helst tas bort helt och hållet.

Är situationen i fallet kan vi säga att direkt rättslikhet föreligger och i situationen 4 indirekt rättslikhet. Självfallet är en mängd av olika fall, i motsats till en mängd av lika fall, ett högst underligt, vidöppet slag av mängd. Ett mord och ett dröjsmål att leverera en vara är exempelvis olika fall. Men när vi talar om olika fall i diskussionen om rättslikhet är det väl vanligen underförstått att fråga är om olika mängder av fall, som är (äkta) delmängder av mängder av i en vidare mening lika fall (hur krystad denna likhet än må vara).

Ett standardgrepp, som politiska gangsters ofta använder sig av för att förfölja och trakassera en viss grupp av människor, är att uppfinna diskriminerande kriterier – använda som rekvisit i rättsregler – för att på så sätt utnyttja idén om att olika fall skall behandlas olika. Ett förfärande exempel är den nazistiska förvrängningen av ordet "Volksgenosse" ("landsman"; se A. Azolla, "Die rechtliche Ausschaltung der Juden aus dem öffentlichen Leben im Jahre 1933. Ein Beitrag zur Vorgeschichte eines Genozids" i R. Dreier och W. Sellert, utg., *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, 1989, s. 104–117). Punkt 4 i det nazistiska partiprogrammet lyder: "Staatsbürger kann nur sein, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse kann nur sein, wer deutschen Blutes ist . . . Kein jude kann daher Volksgenosse sein", och i punkten 5 tillfogas: "Wer nicht Staatsbürger ist soll nur als Gast in Deutschland leben können und muss unter Fremdengesetzgebung stehen."

9. FÖRKLÄDD DISKRIMINERING

Det kan förekomma att en viss diskriminering är explicit uttryckt i lagen och att denna diskriminering leder till en annan diskriminering, vare sig denna är avsedd eller ej av lagstiftaren. Om den är avsedd, förhåller det sig ofta så att lagstiftaren försöker dölja en otillbörlig diskriminering bakom en mer eller mindre tillbörlig sådan. Låt oss kalla detta fenomen "förklädd diskriminering".

Även förklädd diskriminering kallas ibland "indirekt diskriminering" i litteraturen. Men det är då viktigt att ha klart för sig att den indirekta diskriminering som omtalades i avsnitt 8 inte är samma sak som indirekt diskriminering i betydelsen förklädd diskriminering. Förklädd diskriminering kan också vara av det direkta slaget och jag tror att det vanligen förhåller sig så. Antag att en arbetsgivare utan goda skäl kräver att alla anställda skall vara minst 175 cm. långa (exemplet lånat från L. Lerwall, *Könsdiskriminering. En analys av nationell och internationell rätt*,

2001, s. 142). Detta villkor leder till den otillbörliga förklädda diskrimineringen att de flesta kvinnor berövas möjlighet till anställning. Men här är det fråga om direkt diskriminering (lika behandlas olika).

Det finns dessvärre skändliga exempel på förklädd diskriminering. Under Hitlers första tid vid makten försökte nazisterna i viss mån maskera diskrimineringen av judar – innan alla hämningar släppte. Under förevändning att judarna var överrepresenterade i vissa yrken, i den högre utbildningen och i skolorna (vilket de i verkligheten inte var) låtsades nazisterna att jämlikheten (!) krävde en numerus clausus avseende judarna.

10. LIKHET INFÖR LAGEN. LIKHET I LAGEN. LIKHET GENOM LAGEN

1. *Likhet inför lagen.* Det är en allvarlig kränkning av den enskilda individen att otillbörligt diskrimineras av de rättshanterande statsorganen. Sådan diskriminering föreligger, när vissa människor ”står över lagen” och tilldelas förmåner, som lagen ej medger, eller slipper pålagor och straff, som lagen påbjuder – eller när vissa människor ställs utanför lagen och icke tillerkänns rättigheter, som lagen ger, eller drabbas av pålagor och straff, som lagen ej medger.

Det högst metaforiska uttrycket ”likhet inför lagen” innebär att *alla* människor på vilka en viss regel är tillämplig (dvs. alla som befinner sig i en situation som beskrivs av regelns rekvisit) skall behandlas på det sätt som regelns rättsföljd anger. Ingen inom denna kategori skall placeras ”över” eller ”utanför” lagen. Likhet inför lagen innebär likformig rätts-tillämpning.

Av särskild betydelse är likheten inför lagen inom processens ram (processuell rättslikhet). Här kan vi urskilja fyra typfall av otillbörlig diskriminering.

(a) En part diskrimineras med avseende på behandlingen under rättegången. Många har nog sett de förfärliga filmerna från det sönderfallande Nazityskland, där den ökände domaren i ”folkdomstolen”, Roland Freisler, i rikets sista stunder vilt vrålar åt de anklagade, som bland andra förödmjukelser tvingas att ta av byxorna. Hot och sarkasmer kastas i deras ansikten och gränsen mellan åklagarens och domarens roll ignoreras fullständigt. Liknande rapporter fick vi av ögonvittnen till skenrättegången mot Sinjavski och Daniel i Sovjetunionen 1965.

(b) En part diskrimineras med avseende på bevisvärderingen. Detta är exempelvis fallet när vittnesmål avgivna av poliser tillmäts större vikt än andras eller vittnesmål avgivna av romer får mindre tilltro än andras utan närmare individuell prövning i de enskilda fallen.

(c) En part diskrimineras med avseende på lagtolkningen. Antag ex-

empelvis att domstolarna i skadeståndsmål har högre krav på vad som skall räknas som vårdslöshet när staten är svarande, med resultat att det blir svårare att få skadestånd från staten än från privata rättssubjekt.

(d) En part diskrimineras med avseende på val av rättslig sanktion, vare sig denna är straffrättslig, civilrättslig eller förvaltningsrättslig. Mycket tyder exempelvis på att svarta i de amerikanska sydstaterna straffas strängare än vita för samma slag av brott.

Med avseende på processuell rättslikhet kan vi skilja mellan *intraprocessuell* och *interprocessuell* rättslikhet. Den förra hänför sig till relationen mellan parterna i varje enskild rättegång. Interprocessuell rättslikhet råder, när parter av samma slag behandlas konformt närhelst lagen är tillämplig, så att exempelvis rattfyllerister eller fäder i vårdnadsmål behandlas lika oavsett vid vilken domstol målet handläggs.

2. *Likhet i lagen.* Som redan har framhållits, fungerar rättsordningen som instrument i hög grad genom att diskriminera mellan olika slag av människor. Naturligtvis kan inte likhet i lagen innebära att ingen diskriminering alls får förekomma i lagen. Såsom rättsstatsprincip kan den innebära att lagen måste ha ett sådant innehåll att, om den tillämpas lojalt och strikt efter ordalydelsen på fall som faller under den och inga andra, så utsätts ingen för otillbörlig diskriminering (se vidare avsnitt 11).

3. *Likhet genom lagen.* Ibland utnyttjas lagstiftningen för syftet att uppnå jämlikhet i något visst avseende i samhället. Jämlikhet skall uppnås med hjälp av lagen. Olika juridiska tekniker har utvecklats för detta ändamål.

Likhet genom lagen är inte detsamma som likhet i lagen. Den senare råder, när det inte finns någon otillbörlig diskriminering i lagen, dvs. när lagstiftaren själv ej tillskapat en sådan. Den förra är ett medel för att motverka otillbörlig diskriminering i samhället utanför rättens ram och dess hantering av rättsliga organ. Så kan t.ex. vara fallet när kvinnor eller homosexuella, ehuru inte diskriminerade av rättsordningen själv, likväl är det av sina medmänniskor. I motsats till likhet i och inför lagen är likhet genom lagen inte alls något värde utan ett instrument för att åstadkomma jämlikhet i samhället i något avseende. Om lagstiftaren legaliserar otillbörlig diskriminering missbrukar han lagen, han kränker ett rättsstatsvärde. Men om lagstiftaren underlåter att försöka uppnå jämlikhet medelst lagstiftning, missbrukar han därigenom inte lagen, hur klandervärd denna underlåtelse än är. Detta hindrar inte att en underlåtelse att bekämpa ett visst slag av diskriminering i samhället kan vara ett större ont än en ganska obetydlig otillbörlig diskriminering i lagen. Men det gör inte likhet genom lagen till ett rättsstatsvärde (eller ett värde över huvud taget).

Det kan hända att något medel för att åstadkomma jämlikhet genom lagen råkar i konflikt med värdet av likhet i lagen, t.ex. positiv särbehandling och kvotering (mera därom i avsnitt 11).

11. OTILLBÖRLIG DISKRIMINERING OCH ETT LIV I MÄNSKLIG VÄRDIGHET

Varför och när är rättslikhet ett värde? Hur kan vi rättfärdiga rättslikheten såsom ett värde?

Den frågan kan inte besvaras genom analys av själva begreppet ”rättslikhet”, hur grundlig denna än är. Inte heller kan den besvaras genom en mekanisk uppräknig av de traditionella grunderna för allvarlig otillbörlig diskriminering såsom ras, kön, religion, etniskt ursprung, språk och sexuell läggning. Och det räcker inte med att hävda att, om vissa ”konstanta” egenskaper hos människor, framför allt ärftliga sådana, används som diskriminerande kriterier *per se*, kränks rättslikhetsvärdet (J. C. Smith, *Legal Obligation*, 1976, s. 122). Den otillbörliga diskrimineringen kränker något mycket centralt i vårt sällsliv. Den tränger rakt in i vår självkänsla och självaktning och kan tillfoga dessa djupa sår.

Rättslikhet är ett värde eftersom otillbörlig diskriminering kränker ett liv i mänsklig värdighet. Att otillbörligt diskriminera en människa är att förringa, förödmjuka och förnedra henne. Georges Simenon, en man som mer än de flesta borrat i det mänskliga sällslivet, säger drastiskt men rakt på sak: ”On peut tout faire à un homme, même le tuer, mais pas l’humilier” (G. Simenon, *À la recherche de l’homme nu*, 1976, s. 14).

Ett liv i mänsklig värdighet betraktar jag som ett grundvärde, med vars hjälp vi kan rättfärdiga rättslikhetsvärdet. Men vad menar jag då med ett liv i mänsklig värdighet och varför är detta värdefullt?

Dessa båda frågor kan, som jag ser det, inte besvaras var och en för sig utan blott tillsammans, och skälet för detta är att idén om ett liv i mänsklig värdighet vilar på en vad jag nästan är frestad att kalla estetisk människouppfattning – bilden av en människa som lever ett liv i mänsklig värdighet är något vackert i sig.

Denna bild är mångskiftande till sin karaktär. Den visar en människa som möter andra å ena sidan utan undergivenhet och inställsamhet och å andra sidan utan förringande och uppblåsthet – den självständiga, fria, mogna människan med självaktning (inte självtillräcklighet), som inte slavar under oket av mänskliga eller gudomliga förtryckare. Det är skönheten i denna bild, om man har förmåga att se den, som gör den till ett ideal och till en dygd, som man bör försöka integrera med sin personlighet. De gamla grekerna kallade denna dygd *sôphrosynê* (besinning), som sattes i kontrast till *hybris* (höghmod, förmätenhet och arrogans).

Det måste starkt understrykas att detta är ”en normativ bild” – en idealbild. Det finns naturligtvis människor som inte finner det ett dugg upprörande att andra förödmjukas (historien är full av dem), och några till och med njuter av det. Om så inte vore fallet, skulle denna artikel vara överflödig. Inte heller råder det någon brist på människor som underkastar sig förödmjukelser, och vissa kan rentav utvinna ett perverst nöje ur detta. Men mätt efter bilden av ett liv i mänsklig värdighet är allt detta något ont.

Såsom rättfärdigande av rättslighetsvärdet kan en hänvisning till värdet av ett liv i mänsklig värdighet förefalla oförsvarligt vag. Och vag är den förvisso. Men att kräva exakthet i fråga om rättfärdigandet av generella värden är, syns det mig, en vilseledande överintellektualisering. Och att grunda rättslighetsvärdet på värdet av ett liv i mänsklig värdighet förefaller mig vara den mest pålitliga fyrbåken i dessa oroliga vatten. (Något ännu ”högre” värde, vilket skulle kunna rättfärdiga värdet av ett liv i mänsklig värdighet, har jag inte kunnat finna.) Jag hävdar ett humanistiskt rättfärdigande av rättslighetsvärdet.

Kanske blir bilden av ett liv i mänsklig värdighet mest synlig genom kontrastverkan. Genom att låta ”en motbild” av det osköna hos den otillbörliga diskrimineringen framtona, kan bilden av ett liv i mänsklig värdighet tydligare framträda.

Otillbörlig rättslig diskriminering är en form av maktmisbruk. Maktmisbruk är något motbjudande i tre avseenden – låt oss kalla dem (i) *skymf genom maktmisbruk*, (ii) *arrogans genom maktmisbruk* och (iii) *dekadans genom maktmisbruk*. Här skall något sägas om skymf, arrogans och dekadans genom otillbörlig diskriminering.

Skymf genom otillbörlig diskriminering drabbar naturligtvis i första hand den individ som är det omedelbara föremålet för dess negativa konsekvenser, men också det medkännande vittnet. I den forna Sovjetunionen var det förbjudet att äga västerländska grammofonskivor. Skaffade man sådana straffades man. Men inom den härskande Nomenklaturan var det ingen brist på grammofonskivor av det slaget – och vilken åklagare vågade åtala folk i dessa kretsar? Det omedelbara föremålet för denna otillbörliga diskriminering var självfallet vanliga ryssar, som också trängtade efter västerländsk musik. Ett annat omedelbart föremål för en skymf av detta slag är den advokat i Tyskland 1933 som inte fick utöva sitt yrke på grund av den numerus clausus som uteslutande tillkommit för att trakassera judar. Detsamma gäller de nyssnämnda romerna i Spisske Podhari, Daniel och Sinjavski i skenrättegången 1965 och de svarta förbrytarna i den amerikanska Södern.

Vari består då ”skymfen” i dessa fall? Den består, vad jag kan se, av tre komponenter: (a) svek genom otillbörlig diskriminering, (b) lögn

genom otillbörlig diskriminering och (c) maktlöshet genom otillbörlig diskriminering.

Otillbörlig diskriminering har sina orsaker. Den kan ha sina rötter fientlighet, förakt, överläghenskänslor, rädsla eller ogillande, och inte sällan i tro på någon av fördomar bemängd ideologi. Med svek genom otillbörlig diskriminering avser jag den skymf som ligger i att bli be- dragen genom att makthavarna använder lagen för privata eller i annat avseende irrelevanta syften.

Lögn genom otillbörlig diskriminering föreligger när grunderna för diskrimineringen är falska. A är fientligt inställd till B, fastän B inte är A:s fiende. A föraktar B fastän B inte är värd förakt. A känner sig överlägsen B fastän B inte är underlägsen A. A fruktar B fastän B inte utgör någon fara för A. A ogillar B fastän B inte förtjänar detta ogillande. A tror att B utgör ett hot mot rikets säkerhet eftersom B är jude, fastän påståendet att judar utgör hot mot rikets säkerhet är falskt.

Känslor och trosuppfattningar av nämnt slag är, som vi alla vet, inte ovanliga och självfallet kan de inte förbjudas. Men då de påverkar de rättsanvändande organen i diskriminerande riktning blir skymfen på samma gång mer konkret och mer allvarlig. Och vilar de på falska uppfattningar om verkligheten blir skymfen än större. Du behandlas sämre än andra eftersom makthavarna har en falsk bild av dig. En adekvat reaktion på detta är sårade känslor och vrede – för att ha blivit missförstådd, inte fått respekt för dina förtjänster, för att vara föremål för förenklingar, obefogade generaliseringar och fördomar, i extrema fall för att inte ens räknas som en människa.

Maktlöshet genom otillbörlig diskriminering består i att ha blivit övergiven, att vara i makthavarnas våld och, utan att kunna göra något åt det, drabbad av deras fördomar och illvilja.

Arrogans genom otillbörlig diskriminering visar de som utför de diskriminerande handlingarna – och deras sympatisörer. Men också de som ej diskrimineras ("de privilegierade") löper risk att drabbas härav. Att kränka en annan människas liv i mänsklig värdighet är utöver detta att kränka sitt eget liv i mänsklig värdighet. Att respektera andra är en del av ens egen självaktning. Man kränker sitt eget liv i mänsklig värdighet när man kränker andras, t.ex. genom att otillbörligt diskriminera dem.

Inslag i detta slags arrogans är inbilskhet, uppblåsthet, självförhävelse (hybris) – i extremfall självförgudning. Det finns också ett element av hänsynslöshet i den – att behandla en annan människa som om hon vore föremål för ens eget fria förfogande är höjden av arrogans. Just därför att de flesta av oss vid sidan av att äga ett egenvärde också har värde som medel för andra måste restriktioner läggas på den mänskliga framfarten.

Varför är den arrogans som visar sig i otillbörlig diskriminering (kränkande av en annan människas liv i mänsklig värdighet) en kränkning av den arroganta människans eget liv i mänsklig värdighet?

Svaret är detta: på grund av dess fulhet. Inbilska, uppblåsta, korrumpade, bedragande makthavare är inte bara farliga, de är osköna att skåda. Makt att diskriminera mellan människor medför inte sällan en benägenhet för arrogans. Arrogansens innersta väsen är självöverskattning, hybris, och kränker därför den arrogantes liv i mänsklig värdighet.

Med *dekadans genom otillbörlig diskriminering*, särskilt när diskrimineringen är mera omfattande och djupgående, avser jag den dekadans som kan drabba offer eller potentiella offer för sådan diskriminering. Den visar sig i uppkomsten av en mängd modfälda, inställsamma, krypande, självömkande, självförnekande varelser, som betraktar varandra med misstänksamhet och avund. Vi såg dem bl.a. i den saligen avsmnade DDR.

Dessa tre aspekter på otillbörlig diskriminering ser jag som motbjudande kontrastbilder ur vilka förhoppningsvis en bild av ett liv i mänsklig värdighet framträder.

Det är utan tvivel lättare att fastställa huruvida en kränkning av likheten inför lagen skett än en kränkning av likheten i lagen. Redan genom att placera en människa "utanför" lagen, och därigenom ge dennes motpart en otillbörlig förmån, är att kränka hennes liv i mänsklig värdighet.

Jag nämnde i avsnitt 10 att det kan inträffa att rättsliga åtgärder för att åstadkomma likhet genom lagen kan råka i konflikt med likheten i lagen, och jag nämnde som exempel positiv särbehandling och kvotering. Låt mig avslutningsvis säga något om detta.

Som vi alla vet är konflikten denna. Det tekniska grepp lagstiftaren använder för att åstadkomma jämlikhet i visst avseende inom någon kategori av människor med hjälp av exempelvis ett kvoteringsystem innebär att åstadkomma en ny diskriminering i lagen, och denna diskriminering kan vara otillbörlig.

Från synpunkten av ett liv i mänsklig värdighet kan det vara befogat att vara skeptisk mot sådana grepp. De kan visa sig vara värdemässigt kontraproduktiva. (Jag talar här inte om den eventuella faktiska effektiviteten hos dem. Huruvida de är enbart kosmetiska åtgärder eller högst effektiva – vilket de inte tycks vara – är i detta sammanhang irrelevant.) Som skäl för en sådan skepsis kan anföras följande – som ett (paradigmatiskt) exempel tar vi det fall att, under åberopande av en regel om positiv särbehandling inom den högre utbildningen, en mer kvalificerad man får lämna plats åt en mindre kvalificerad kvinna.

(1) Diskrimineringen kränker mannens liv i mänsklig värdighet. Hans

kvalifikationer betraktas som mindre värda. (2) Diskrimineringen kränker kvinnans liv i mänsklig värdighet. Det är kränkande för henne att inte erhålla en objektiv bedömning av sina meriter utan i stället bli behandlad på ett nedlåtande sätt, som ett barn. (3) Diskrimineringen kränker andra kvinnors liv i mänsklig värdighet, nämligen de kvinnor som får en objektiv bedömning. Också deras meriter blir därmed nedvärderade.

Rättsstatstanken uppställer därför stränga krav på de metoder som används för att uppnå jämställdhet. Jämställdhet genom rättsolikhet bör betraktas med misstänksamhet. Principen bör vara att, när man söker motverka ojämlikhet, ingen ny form av ojämlikhet uppstår. Andra metoder måste prövas.