

GRI-rapport 2009:2

I krig och kärlek?

En intresserad amatörs reflektioner kring militär
rättskipning och juridisk process

Dennis Töllborg



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

© Gothenburg Research Institute
Allt mångfaldigande utan skriftligt tillstånd
förbjudet.

Gothenburg Research Institute
Handelshögskolan vid Göteborgs universitet
Box 600
405 30 Göteborg
Tel: 031 - 786 5413
Fax: 031 - 786 5619
E-post: förnamn.efternamn@gri.gu.se

ISSN 1400-4801

Layout: Lise-Lotte Walter

I krig och kärlek?

En intresserad amatörs¹ reflektioner kring militär rättskipning och juridisk process.

Förord

Under våren 2008 lyckades Karl Ydén få mig intresserad av relationen militär-juridik. Intresset förstärktes, dels genom att jag läste lite litteratur han generöst skaffade mig, dels efter att ha blivit inbjuden till kvalificerade seminarier med framstående internationella militära forskare och mina därpå följande val att fördjupa mig och delta i internationella seminarier med framförallt amerikanska militärjurister. Ur det frö som Karl sådde växte en vetenskaplig lidelse att fördjupa mig i ämnet, allt eftersom mina fördomar blev för mig själv allt tydligare.

FHS kom till slut att beställa en rapport. Inom ramen för de medel som generöst ställdes till förfogande, 118.000 kronor, har det varit möjligt – sedan universitet tagit sin andel om 54.280 kronor – att frigöra tre veckors arbete för det belopp som återstår, täckande lön med lkp.

Tack till Karl, för initiativet, och tack till er som deltog och kom med synpunkter då uppsatsen seminariebehandlades på FHS i maj 2009.

Detta är vad jag lyckades åstadkomma inom de ramar vi nu en gång haft. Som sådant kan det möjligen, tillsammans med synpunkter från mer kompetent folk än författaren, utgöra underlag i frågan om det finns anledning att fördjupa studierna och tänka ett steg framåt, nu när Sverige valt att intensifiera sitt engagemang i skarpa lägen.

¹ Jfr Edward Said, *Den intellektuelles ansvar*, särskilt s 71ff (Bonnier/Alba 1994).

Abstract

Ett rättssystemets effektivitet är i första hand beroende av att det efterlevs frivilligt. Frivilligheten uppnås genom att rättsordningen i huvudsak levererar resultat som korresponderar mot de underliggande normativa strukturer som är kontextuellt gemensamma för de som omfattas av rättsordningen. Beträktarens förtroende för systemet, och därmed även för dess rätt att utöva repression, är således betingat av att de värden varur rättsordningen hämtar sin legitimitet är desamma som den s k allmänviljan. Allmänviljan skiljer sig från folkviljan i det att den senare är mer spontan och motsvarar det som den samlade dumheten oftast åberopar som det ”sunda förnuftet”, medan den förra är resultatet av en äkta diskurs.

Svenska makthavare har beslutat sig för att Sverige, dvs yngre människor som är svenska medborgare, åter skall delta i det maktspel som kallas krig. Allt mänskligt agerande präglas av imperfektioner. Vi kan således räkna med att svenska soldater, liksom erfarenheten visar gäller för soldater från alla andra delar av världen, i krig och krigsliknande situationer kommer att ta beslut och även agera på ett sätt som är regelvidrigt.

Det civila samhället präglas i allt väsentligt av samverkanslogik, medan krig och krigsliknande situationer typiskt sett präglas av konfliktlogik. För att, i en efterkommande rättslig prövning av de beslut de tagits, uppnå respekt för dessa beslut hos de som visat sig vara beredda att för sitt land gör det ultimata offret, riskera sitt liv, krävs att den eller de som har givits makten att döma har en genuin förståelse för konfliktlogiken. En sådan saknas typiskt sett hos de civila domstolarna. Samtidigt, för att motverka risken av att det civila samhället uppfattar en militär prövning som en potenskinkuliss, måste den processuella ordningen i denna prövning innehålla samma grundläggande krav på transparens som visat sig vara den historiskt sett viktigaste förutsättningen för de civila domstolars legitimitet.

A. *Dumhet som stabilisator*

1. Stig Strömholm² har med utgångspunkt i klassisk vetenskapsteori beskrivit rättsligt beslutsfattande som en trestegsmodell: rättsfinnande (process of discovery), efterhandskontroll i enlighet med traditionell rättskällelära (process of justification) och redovisning (resultatet kläs i rättsliga termer). Strömholm hävdar m.a.o. att den intellektuella operationalisering av det material domstolens ledamöter presenterats och har att värdera inledningsvis innefattar att ledamöterna, omedelbart efter avslutad huvudförhandling, ställer ett antal propositioner som man intuitivt³ besvarar jakande eller nekande: skyldig/oskyldig, skyldig till vad i sådant fall, och om ”befunnen” skyldig; vilken form av straff och kraften i detta. Domstolens ledamöter bestämmer sig omedelbart, om än preliminärt, för domslutet, och det även om man i anslutning till huvudförhandlingens avslutande angivit att dom meddelas om två eller tre veckor eller möjligen ännu senare. Det är detta Strömholm kallar ”process of discovery”.

Först sedan domaren/na bestämt sig får en ledamot – eller kanske vanligare notarien – i uppgift att skriva (ett utkast till) motivering. I den berättelse som domen därefter kommer att utgöra skall domsmotiveringen skrivas så att det förutbestämda slutet ger intryck av att vara det enda möjliga. Process of justification är m a o ett försök till objektivering av beslutet. Objektiveringen skapar stabilitet för rättssystemet både utåt – gentemot medborgarna skall domslutet framstå som oberoende av ledamöternas intellektuella kompetens, deras värdegrund och deras arbetsmässiga insats⁴ – och inåt – domstolens ledamöter presenterar sitt beslut i en språklig form som avskiljer ledamöterna från själva beslutsprocessen och därmed personligt ansvar: i svenska domar ”finner” ledamöterna det (enda) rätta svaret, och de/den som anger detta är aldrig någon individ eller några individer som av samhället/staten/makten utsetts att ta beslut i denna typ av mellanmänskliga konflikter utan i redovisningen, steg tre i Strömholms modell, är detta en associationsrättslig metafor, ”domstolen”.⁵

Jag tror att Strömholms modell är en korrekt beskrivning av rättsligt beslutsfattande. Den har i vart fall fått stå oemotsagd under dryga trettio år, och har i de samtal jag haft

² Stig Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s 358 (Norstedts 1981). Den fortsatta texten i det inledande avsnittet kan se ut som ett lustmord på Stig Strömholm. Då har man dock läst slarvigt. Strömholm är en av de svenska professorer i juridik som jag har den allra största respekt för, både som akademiker och person.

³ Det ligger inget nedvärderande i detta, snarare tvärtom. Man skall inte förakta intuitionen som bas för preliminära ställningstaganden. Intuition handlar inte om ”personligt tyckande”, utan utgör ett konglomerat av kunskap och erfarenhet, en träffbild baserad på kontextuellt delade värden.

⁴ Jfr diskursen rörande jäv för domaren i Pirate Bay-rättegången, och de närmast oöverstigliga legitimitetsproblem som domarens aningslöshet – ett extremt konkret uttryck för skolning i skandinavisk realism i kombination med att domarna utses enligt en feodal modell – medfört, just för att det var ett ”hard case”, dvs ett mål som avvek från normalitet och vardagsbrott och därtill hade en skarp ”hotbild” mot bakgrund av avgrunden mellan gammal och ny teknisk hegemoni. Se mer om detta, Töllborg, *Hegemoniska revolutioner, i Framtidsboken 1.0 The Darling Conceptions of Your Time* (Creative Commons 2008).

⁵ Detta alltså även om det är en ensamdomare som avgjort om, och i sådant fall hur mycket, pina som skall dömas ut.

med domare – och i min egen juridiska praktik – ständigt bekräftats. Ändå innefattar den, å ena sidan, en ideologiskt (i Frankfurtskolans mening) präglad förvrängning av det vetenskapsteoretiska begreppet ”process of discovery”, men beskriver därmed också, å andra sidan, tydligt den skandinaviska realismens genomslag i tänkandet, även hos de som betraktat och granskat teorin kritiskt. Som jag återkommer till avslutningsvis har detta sina konkreta implikationer för hur vi bör betrakta militärdomstolars vara respektive icke-vara. Men först något om den skandinaviska realismen, och något om förutsättningarna för att förstå den svenska – ty det är i allt väsentligt en genuint *svensk* – modellen.

2. Sverige kan, menar jag, bara förstås betraktande vårt land genom tre raster: den skandinaviska realismen, vår feodala form av demokrati och vårt märkliga ”förbud” mot ministerstyre.

Här är inte utrymme att förklara den skandinaviska realismen i alla dessa delar⁶, mer än en påminnelse om dess huvudidé; endast det som kan bestämmas i tid och rum kan vara föremål för vetenskaplig bearbetning, och att påminna om att den skandinaviska realismen kom att präglade svensk juridik allt sedan tjugotalet samt att vi – med viss reservation för Danmark och, av någon outgrundlig anledning, några norditalienska rättsteoretiker – står ensamma bland världens rättssystem på denna idémässiga grund.

2.1. De tre främsta konsekvenserna av den skandinaviska realismens paradigmatiske företrädare i vårt synsätt på juridiken, som konfliktlösningsmodell, är

(a) *att* vi ”atomiserar” konflikter. Metoden innefattar primärt en slags avskiljandets logik där vissa, men endast vissa, moment i en helhet betraktas som rättsligt relevanta, medan andra delar (som kan krävas för att förstå helheten) saknar sådan relevans, och således inte kan eller ens får beaktas när vi skall fatta beslut. Detta är den enskilt viktigaste orsaken till att vi skapar det vi, entydigt nedlåtande, kallar ”rättshaverister”, förträngande att ordet ursprungligen kommer från tyskans ”Rechthaber”, med dess helt annorlunda betydelseinnehåll.

Det som definieras som ”rättsligt relevant”, och kan anses styrkt, leder i denna modell till ett enda möjligt svar, ett svar som hittas enligt en i princip hierarkisk problemlösningsschema kallad rättskällevärdet.⁷ Finns inte svaret i lagen, återfinns det i förarbetena, och hittar vi det inte där finns det i praxis och finns det rätta svaret inte ens där så har det i vart fall angivits i doktrin. Juridik förvandlas till en slags grammatik, och domstolen tänker aldrig själv, den ”finner” svaret därute, precis som om juridik vore någon slags orienteringstävling där det rätta svaret hänger där ute i den stora, mörka, skogen eller som om vi i juristutbildning planterade in någon gen i de juriststuderande, som gör att de som ett slags Guds ställföreträdare här på jorden har fått egenskapen att ”finna” inte bara svaren, utan t.o.m. de *enda möjliga* svaren.

⁶ Den intresserade hänvisas i första hand till Töllborg, *Law as Value*, ARSP, Karlsruhe 1999.

⁷ Se Töllborg, *Regler eller juridik?*, kapitel 6 (Studentlitteratur 2005).

(b) *att* vi tror på de metaforer som jag och mina kollegor hittat på, framförallt då begreppet ”juridisk person”. Om man således läser ett svenskt rättsligt avgörande ser vi att det är ”domstolen” som dömer, eller t.o.m. ”finner”, inte domaren. Beslutsfattandet anonymiseras även för beslutsfattaren så till den milda grad att man understundom till och med kan få höra från domaren själv inte bara att det inte är domstolen, än mindre domaren, som dömt, utan ”lagen”. Men sanningen är ju att det är domaren som dömer, inte vare sig domstolar eller lagen.

(c) *att* frågan huruvida domstolen, särskilt Högsta Domstolen, Regeringsrätten eller någon annan av de högsta domstolarna, dömt rätt, axiomatiskt är en icke-fråga. Denna problematisering finns helt enkelt inte i den skandinaviska realismens underbara värld, där ju endast det som kan bestämmas i tid och rum existerar. Således är det enda relevanta vad domstolen dömt, inte dess argument. Det är här den skandinaviska realismen paradoxalt nog slutar i ett värde, all påstådd värdenihilism till trots, nämligen att ”makt är rätt”.

Olika nationella domstolarnas olika självständighet, och domarnas självbild i dessa olika system, kommer just i ”kriget mot terrorismen” till tydligt uttryck. Här ser man, kanske bättre än någonsin tidigare, hur svaga svenska jurister står gentemot egna utilitaristiska drömmar och de positioneringar ”den svenska modellen” kräver, där just amerikanska och engelska domare paradoxalt nog gjort radikalt kraftigare revolution mot maktens krav än vad svenska i något enda fall givit uttryck åt, åtminstone i handling.

2.1.1. Det är här jag menar att Strömholms användning av det vetenskapsteoretiska begreppet ”process of discovery” avslöjar hur även vi som är genuint kritiska till den skandinaviska realismen blivit dess begreppsliga fångar. När Strömholm talar om process of discovery såsom ”rättsfinnande” stannar han i juridikens underbara värld, dvs ”verkligheten” – själva händelseförloppet såsom empiri – har bara ett medelbart värde: ”rättsfinnandet” sker i makthavarens huvud genom i första hand en kategorisering av gärningsbeskrivningen i rättsliga termer, och därefter en rationalisering med hjälp av *intuitiv* bevisvärdering för att kunna finna en hanterbar möjlighet att formulera en berättelse. Det centrala blir inte att förstå vad som verkligen skett – svenska jurister har överhuvudtaget ingen utbildning i empiriskt grundad vetenskap – utan discovery-processen blir primärt en fråga om vilka olika möjligheter det finns att författa en dom som uppnår acceptans hos det exklusiva auditorium man i första hand ser det som centralt att förhålla sig till: de övriga som ingår i juristernas exklusiva sällskap.⁸ Man kan se detta tydligt såväl i media, dvs i allmänhetens (ut)bildning i juridik, som i högskolans utbildning för de som skall få äran att i framtiden ingå i skråt;

Allmänheten inhämtar i första hand sin kunskap om juridik genom media, och genom de ”experter” media refererar till som kommentatorer till egna eller andras fall. Dessa ”experter” har naturligtvis ett starkt egenintresse av att, dels undvika personligt ansvar, dels framstå som just särskilt kunniga och värdeneutrala *experter*, som försöker förklara för de okunniga vad det märkliga *egentligen* handlar om. Dvs göra även det möjligen enkelt

⁸ Jfr Maria Johansen, *Några skrifter om det hemliga (eller sökandet efter statsintresset)*, s 26, not 26 (stencil Institutionen för idé- och lärdomshistoria, Göteborgs universitet, april 2000).

förklarbara, men pinsamt korkade, resultatet komplicerat eller mao befordra lyssnarens uppfattning att det handlar om något för komplicerat för dennes begränsade förstånd. "Experten" argumenterar, många gånger som en följd av egen bristande förståelse och en oberättigat positiv – men av media förstärkt – självbild, auktoritärt, stödjande sig endast på sin självhävdade auktoritet. Här finner vi ofta de s k "stjärnadvokaterna" som varje land – och varje lands media – alltid håller sig med som en del av den nödvändiga mediadramaturgin, men också, och inte minst, de s k terroristexperter som vuxit fram bl a på FHS, många gånger också med de mest kontraproduktiva resultat.⁹

Mer upprörande, och svårt att acceptera, är möjligen att juristutbildningen, och de som leder den, själva i allt väsentligt sitter fast i samma modell, reproducerande den för kommande juristgenerationer. Någon gång emellanåt görs stackatoriska försök, ofta under starkt motstånd, till att få in något moment av process of discovery i juristutbildningen, försök som snart faller tillbaka till att endast omfatta inslag av (med tiden allt mer självfokuserande) filosofologi.¹⁰

Det finns så mycket upprörande empiri på detta område, och således så mycket att säga, att det får bli föremål för en egen uppsats. Här skall endast ges ett exempel: när de svenska juriststuderande får läsa medicinsk rätt konfronteras de överhuvudtaget inte med någon form av empiri, till skillnad från i andra länder, utan här blir de "experter" bara genom att läsa paragrafer, förarbeten och doktrin. De får inte ens granska rättsintyg eller titta på bilder på människor som skadats som en konsekvens av misstag/slarv i vårdkedjan, än mindre träffa en nyligen grovt misshandlad människa eller följa en obduktion efter ett barn som avlidit pga misstag av läkare eller bristande kvalitetskontroll av den medicin de ordinerats. Juriststudenterna fostras i klinisk renhet – en jurist skitar inte ned sina händer, och har således inte ens inom straffrätten någon som helst utbildning i policing. Och, relevant i detta arbete, än mindre i konfliktlogik och de blixtnabba val "markfolket" tvingas göra vid skarpa militära lägen.¹¹

⁹ Jfr framförallt den s k Rosengårdsrapporten, en skandal som skitar ned hela vetenskapen, och som dessutom radikalt försvårat underrättelseorganens arbete. Inkompetens skadar, om än iklädd slips.

¹⁰ Dvs undervisning om olika rättsfilosofier, gärna med kunskapstest i enklaste form, genom frågor om namn, teories innehåll och datum, dvs "jeopardykunskap", istället för att ställas inför de svåra, i grund och botten, filosofiska problem en jurist tvingas hantera i sin framtida praktik. Det är ingen slump att den svenska juristutbildningen beskrivits som en loppask: studenterna kommer i bästa fall in och hoppar högt i sin (kritiska) kunskapsstörst, med massor av frågor och problem. Vi sätter ett lock på asken, och när de efter de "6-8 år det tar att göra om en människa till jurist" inte längre hoppar så högt, så släpper vi ut dem, med universitetslegitimation att utöva makt att döma folk till livstids pina eller låta dem bli blåsta av politiska eller ekonomiska makthavare som lever med samma förståelsehorisont som blivit de färdiga juristernas primära personliga livsmål.

¹¹ Den intresserade läsaren uppmanas studera Blight & Land, *The Fog of War, Lessons from the Life of Robert S. McNamara* (Rowman & Little-field Publishers 2005).

Resultatet kan man tydligt se inom mitt specialområde, intelligence och pro-aktiv policing. Här ropar den samfälliga dumheten, i form av allmänhet, bloggare eller politiker, på domstolsprövning inför användandet av tvångsmedel, totalt ignorerande insikten att svenska jurister inte har någon som helst utbildning i proaktiva beslut, utan bara (en rätt gedigen) i reaktiva, något som – självklart kan man tycka – leder till en falsk trygghet, inte minst genom den sekretess som kringgärdar dessa områden, i praktiken ledande till att domaren har inget att riskera om han bifaller en ansökan, men allt att förlora om han avslår. Så ”händer det sällan eller aldrig” att en ansökan om t ex telefonavlyssning avslås, för att citera en nu tjuugo år gammal svensk utredning¹², och när man införde ”devils lawyer” vid användandet av dessa tvångsmedel så kramade kritikerna den dåvarande justitieministern, gick hem och drack rödvin och diskuterade Marx eller John Stuart Mill, samtidigt som det enda empiriska resultatet av lagändring blev att antalet telefonavlyssningar fördubblades!¹³ Det grundläggande mönstret är detsamma som vi kan se, nu när tiden hinner ifatt ”kriget mot terrorismen” – de entydiga och reservationslösa förbudet mot tortyr ledde på sin höjd till att socialt kompetenta wanna-be’s bland USA:s jurister lade ned hundratals timmar av arbete, och författade hundratals sidor text, vars huvudsakliga insats var att omdefiniera ordet tortyr, med motivering att de grundläggande värden som förbjöd oss göra det inhumana var det godas fiende. Parad med löften om avsaknad av accountability och ivrigt åberopande av deniability och påståenden om ansvarsfrihet på grunden ”förmans befallning.”¹⁴ Juridiken i de hemliga memos¹⁵ som åberopas av de socialt kompetenta som ”ledde kriget mot terrorismen”, författade av jurister på begäran av Bushadministrationen och de militära, politiska

¹² *SOU 1989:18*, s 64

¹³ Se t ex *Riksdag & Departement*, 2006, s 12

¹⁴ Se gärna http://www.youtube.com/watch?v=ijEED_iviTA&feature=related. Även Peter Margulies i *USASECURE-LAW:83*; Dessa militära memos (se ovan), med dess ”phenomenal length... as if extreme long windedness can substitute for rightness...(was) written to provide legal immunity for acts that are clearly illegal, immoral and a violation of this countrys most basic values” (min kursivering). Genom att konkretisera tydliggör Margulies med förödande kraft den avvikelse från dessa värden man genom abstrakt juridifiering, genomförd av sitt lands pålitliga hantlangare, försökt och försöker genomföra, se avsnitt D.1 i denna uppsats.

¹⁵ 1. US Department of Justice, Memorandum for John Rizzo, August 1, 2002: Interrogation of al Qaeda Operative, författat av Jay S. Bybee, 2. US Department of Justice, Memorandum for John Rizzo, May 10, 2005: Certain Techniques That May Be Used in the Interrogation of a High Value al Qaeda Detainee, författat av Steven G. Bradbury, 3. US Department of Justice, Memorandum for John Rizzo, May 10, 2005: To the Combined use of Certain Techniques That May Be Used in the Interrogation of High Value al Qaeda Detainees, författat av Steven G. Bradbury, 4. US Department of Justice, Memorandum for John Rizzo, May 30, 2005: Application of United States Obligations Under Article 16 of the Convention Against Torture to Certain Techniques that May Be Used in the Interrogation of High Value al Qaeda Detainees, författat av Steven G. Bradbury. Jag utgår, fördomsfullt som den luttrade äldre professor jag blivit, att ingen av läsarna har haft särskilt intresse av att läsa dessa, än mindre införskaffa dem, men att de säkerligen har många synpunkter på det innehåll de ej är bekanta med. Den som vill läsa själv – och kunskap är plågsamt, ty det medför ansvar – kan maila mig (dennis.toellborg@gri.gu.se) så skall jag maila paketet, för att dela med mig av det ansvar kunskap medför.

och juridiska potentater, vars huvudsakliga mål var att ”cover their own asses” när skandalen slutligen slår till,¹⁶ präglas av ”formal, legalistic, bloodless, designed to camouflage the most horrible conduct in abstract formulations...provided by person who seek the legal opinions for their own protection...”

Här ser vi diskrepansen mellan process of discovery, såsom Strömholm använder begreppet, och dess vetenskapsteoretiska mening: för Strömholm blir process of discovery något som sker på metanivån, och där är *metaforen* central, exkluderande just *den kontextuellt tolkade empiri* som utgör vetenskapsteorins fokus när det gäller process of discovery. Orsaken står säkert att finna i den svenska modellens, och den skandinaviska realismens, primat i stabilitet, något väsensfrämmande för vetenskapen, som hela tiden bygger på kritisk granskning och ständig förändring av etablerade uppfattningar.¹⁷ Det är också här rättsvetenskapen och juridiken kan anta rent oetiska kvaliteter och kritik kan komma att bli kontraproduktiv dumhet.

Såsom t ex med den nu aktuella FRA-kritiken. Kritikerna fokuserar på lagen, istället för på kontrollorganen, implicit antagande att en lagändring med automatik medför att verkligheten förändras. Detta har blivit en så starkt internaliserad dumhet att man helt enkelt inte kan se empirin, hur tydlig och upprepad den än är.¹⁸ Så reproduceras t o m inom samma generation dumheter, och i detta system – möjligen förstärkt genom ”debattörer” som ny yrkesgrupp och ”googlande” som den främsta formen för kunskapsinhämtning – finner en dumbom alltid en annan dumbom, som kan bli föremål för beundran.¹⁹

2.1.2. Alldeles bortsett från det intellektuella haveri såväl självförståelsen som modellen innefattar, och alldeles bortsett från det för varje (genuin) vetenskapsman omöjligt intellektuella i operationen – att låta ett i förväg bestämt slut avgöra beslutsmotiveringen – fungerar ändock modellen i allt väsentligt tillfredsställande, *åtminstone såvitt avser hard cases*. Jag tänker då på de verkligt svåra fall där den värdegrund²⁰ varpå den aktuella lagstiftningen och rättstraditionen i landet bygger, ställs mot de mer schabloniserade, statiska och förenklade regler²¹ vartill lagstiftaren försökt omvandla dessa värden till skriven text.²² I *the hard cases* kommer normalt den som författar domen att, när anomalierna blir för påträngande och stör författaren, att avbryta författandet för att åter kalla

¹⁶ Se t ex Töllborg, *Medborgerligt pålitlig?* (Norstedts Juridik 1999), s s 151 ff.

¹⁷ Jfr t ex *Research Europe*, bl a Sharon Rider, Ivory Trade, 4 september 2008, s 7f, och Boulton/Lucas, *University Challenge*, 18 september 2008, s 7f. Även Robert Pirsig, *Lila*, s 242 (Alba 1992).

¹⁸ Jfr Töllborg, *Personalkontroll*, särskilt s 61 ff och s 157ff (Symposion 1986).

¹⁹ *Nicolas Boileau, L'Art poétique (1674)*. För en modern diskurs, med samma slutsats, se t ex Alan Joch, <http://fcw.com/articles/2009/05/18/data-sharings-new-mandate.aspx>.

²⁰ Med Dworkin, *the principle*, se Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977).

²¹ Med Dworkin, *the rules*.

²² Se Töllborg, *Skit i lagen?*, i Hyden/Thoor, *Rätt i förändring*, s 73-87 (Lund Studies in Sociology of Law 2, 1997).

domstolens ledamöter till ny överläggning: det går helt enkelt inte att med gott samvete skriva ihop en domsmotivering som leder till det ursprungliga beslutet; låt oss se om vi kan enas om ett annat.

Problemet är således inte *the hard cases* utan i massärendena, de där ledamöterna har att dagligen avgöra trivial-ärenden och där den enda komplikationen, i den utsträckning det överhuvudtaget förekommer någon komplikation i ärendet (vilket i sig är undantag i domstolsprövning), så återfinns den i sådant fall i bevisvärderingen. Problemetets kärna, en oreflekterad och ansvarslös maktutövning, präglad av ett självförtroende som står i omvänd proportion till behovet av självkritisk reflektion (jfr den pågående debatten om jäv eller ej i Pirate Bay-målet) emanerar ur den skandinaviska realismen som teorifundament och utbildningens innehåll och form som praktik.

2.2. Möjligen sammanhänger denna samhällsliga katastrof²³ och detta intellektuella haveri med den feodala demokrati som kommit att utvecklas i ett homogent samhälle där neutralitet var medborgarnas myt, och där konstituerande av etablerad position och stabilitet blev normalitet. Det andra "raster" jag menar man måste se igenom, känna till, för att förstå "den svenska modellen" är därmed vårt feodala utnämningssystem. Jag tänker då inte på landshövdingar och generaldirektörer – de är ju mest ett slags staffagefigurer, och således inte särskilt intressanta ur ett demokratiperspektiv – utan de mer centrala, och förment värdeneutrala, juristposterna i landet. Märkligt, och kanske därför särskilt allvarligt, är detta inte känt – i vart fall aldrig behandlat – ens av våra statsvetare.

Alla högre juristtjänster inom rättsväsendet – jag bortser då, än så länge, från *riktiga* professorstjänster²⁴ – har det gemensamt att ingen, inte juridiska fakulteter, advokatsamfundet eller ens riksdagen, har nomineringsrätt, än mindre kan dessa tjänster sökas. Regeringen utser ensidigt, i ett beslut som varken motiveras eller kan överklagas, vem som skall utses till domare i HD, polischef i Göteborg, åklagare i Malmö eller lagman i Umeå. Problemet är inte så mycket de kvalitetsbrister detta med en viss grad av självklarhet leder till, utan mer att det genererar en enögdhet inom rättsväsendet, liksom en rätt märklig självbild hos de som utsetts på detta sätt, och sedan betraktas och behandlas som "höga jurister", utan att ha prövats utifrån sina professionella kvaliteter.

Gud är god! När jag sitter och redigerar denna uppsats en sista gång bjuder dessa "höga" jurister på en självvärdering av fördelarna med det system som tillförsäkrat dem själva deras egen position. Lagrådet, som bl a har att granska om av regeringen föreslagen lagstiftning är konsistent med våra

²³ Ty det *är* en fortgående och accelererande katastrof där juridiken som konfliktlösningsmodell får allt lägre legitimitet, och det inte bara hos de som förväntas bli styrda, utan även hos de som ligger närmast den dagliga praktiken, framförallt polisen.

²⁴ Med markeringen av *riktiga* professorstjänster vill jag exkludera befodrings- liksom gästprofessorer, som ju numera i allt väsentligt utdelas på samma grund som de högre juristtjänsterna, understundom än värre: på juridiska institutionen i Göteborg kan advokatbyråer med de rätta nätverken köpa en gästprofessur till en medarbetare de vill belöna. Priset är för närvarande (2008) 125.000 kronor per år, och då får köparen bestämma vilken medarbetares karriär man vill kröna med detta alternativ till den sedvanliga guldklockan. Se mera i Töllborg, *Science for sale* (GRI-rapport 2008:6).

grundlagar, t ex regeringsformens regler om saklighet och opartiskhet, inte minst vid tjänstetillsättning, reflekterar över att den föreslagna nyskapelsen Försvarsunderrättelsesdomstolen skall få en ordförande som ”ska utses av regeringen i den ordning som gäller för s.k. kallelsetjänster, dvs. på samma sätt som man utser ledamöter till bl.a. Högsta domstolen och Regeringsrätten.” Det känns ju då betryggande att, när de som själva kallats på detta sätt, inte bara är nöjda med denna ordning utan därtill “*finner* att det föreslagna utnämningssförfarandet *borgar* för hög kvalitet på ledamöter och ombud.” (Lagrådet, sammanträde 2009-05-07, mina kursiveringar)

Tydligast sammanfattas problemet i det märkliga svenska ordspråket, som vi väl alla till mans någon gång använt, att ”världen är så liten”. Det är naturligtvis ett korkat ordspråk; i den mening vi använder ordspråket, såsom ett socialt fenomen och inte en geografisk beskrivning eller en beskrivning av tillgången till kommunikationsmedel, är det ju helt enkelt *fel*. Världen är jättestor, och blir bara större hela tiden. Vad ordspråket säger är istället att vi ser vissa människor, och inte andra; vissa människor är (för att fördomsfullt generalisera) intresserade av aktier, opera och internationella shoppingresor, andra av jazz, solidaritet och droger, ytterligare andra av vodka, bingolotto och Mallorca, och de träffas därför på samma ställen. Så krymper världen, och med den världsbilden. Översatt till utnämningsspolitiken innebär denna kollektiva mänskliga svaghet att när vi väljer, och vi gör det utan att ens behöva bekymra oss över att behöva motivera, så tenderar vi att söka bland människor som vi känner oss trygga i just för att de delar vår världsbild. Och så krymper världsbilden, och vi ser inte de andra, bara de vi bekräftar och som bekräftar oss. Detta kunde fungera i ett homogent land, och i en värld som var starkt protektionistisk, men riskerar i en globaliserad värld och ett heterogent samhälle att leda till demonisering, utanförskap och ett ömsesidigt, men inkommensurabelt, Matrixsyndrom. Kunskap blir där hotfullt, och kunskapsbärarna *stör*, de blir utifrån sin kunskap helt enkelt besvärliga människor: de rubbar harmonin.²⁵

2.3. Sverige är slutligen unikt genom sitt ”förbud” mot ministerstyre. Det är naturligtvis ingen slump att jag sätter citationstecken kring detta förbud – insocialisering tillsammans med den feodala utnämningsspolitiken skiljer inte bara agnar från vetet, utan ger, utan ett ords nämnande, tidigt klart för den som vill göra karriär vad som går an och vad som absolut inte går an. När en justitieminister som ”politisk sekreterare” anställer en av sina bästa vänner, tillika sambo med en av de ledande i säkerhetstjänstkommissionen, och de inte bara bor i samma stadsdel i Stockholm och båda har sommarställe på Gotland, utan dessutom har tradition av att ha gemensam middag varje månad, så är det klart att det talas både öppet och tyst om annat än väder och barnens framtid. Inget märkligt med det; det märkliga ligger i att man aldrig kan uttala sig i ett konkret ärende, samtidigt som man med både kroppsspråk och andra handlingar tydliggör både vad man vill och vad man för framtiden önskar. Fenomenet är väl känt inom intelligence,

²⁵ Se berättelserna i Tillberg/Svartheden/Engstedt (red), *Uppdrag Utland* (Försvarshögskolan 2007), även Anthony Forster, *Breaking the covenant: governance of the British army in the twenty-first century* (i *International Affairs* 82:6, 2006, s 1043ff). Även citerade mail i Töllborg, *Universitet utan skällsjäll*, GU-journalen 2-09.

där det kallas deniability (möjlighet att [trovärdigt] förneka). Med vårt ”förbud” mot ministerstyre måste man helt enkelt tala om en slags strukturell deniability. Praktiskt vid försvar av etablerad position, men svag koppling till ”den demokratiska rättsstatens” gemensamma karakteristika: transparens.

När jag läser Ydén slås jag därför av närheten mellan militära och juridiska makthavare, när ”topparna” någon gång kan tänkas mötas professionellt, dvs i en civil juridisk prövning av en militär förseelse. I den feodala demokratin, som ju präglar även den militära karriären i ett land som sedan århundranden levt i fred, är det rimligt att anta att domarna och de militära chefer som i karriären hamnat i samverkanslogiken²⁶ förståelsemässigt står närmare varandra än samma domare och de militärer som lever i konfliktlogiken, dvs de som typiskt sett står närmast den gärningsbeskrivning som är föremål för rättslig prövning. I samverkanslogiken är social kompetens mer central än intellektuell och empatisk²⁷, något som vid en det civila systemets prövning av en militär förseelse kan verka förödande för moralen hos de medborgare som är ”called upon to make personal sacrifices – including the ultimate sacrifice – in the service of the Nation”, och därför har den allra största rätt att förvänta sig ”fair treatment”.²⁸ Jag återkommer avslutningsvis till de preliminära slutsatser jag dragit av detta, men vill redan här lägga en brasklapp:

Henri Kinnunen har erfarenhet av fredsarbete i Bosnien-Hercegovina, och framhåller att det (framgångsrika) arbete som Nordbat 2 genomförde därnere präglades av samverkanslogik.²⁹ Jag har ingen som helst grund att ifrågasätta detta påstående, och inser också att i den utsträckning även den skarpa situationen präglas av samverkanslogik, så håller inte mina avslutande konklusioner (ett resonemang om behovet av specialdomstol vid prövning av brott i krig- och krigsliknande situationer). Dessa förutsätter nämligen att det råder två olika beslutslogiker, en på verklighetsplanet (proaktivt och aktivt, dvs det skarpa läget i strid eller stridsliknande situation) och en annan i den efterkommande, reaktiva, rättsliga prövningen. Föreligger inte denna diskrepans är min konklusion, om än inte mitt resonemang, felaktig, eftersom den bygger på en (för svenska jurister så klassisk) felaktig föreställning om empirin. Här intar jag, tills vidare, en ödmjuk hållning, och positionerar mig inte beträffande vad som är korrekt vad gäller empirin, ty där har jag för dålig kunskap.

2.4. Sammantaget leder dessa tre raster till att vi fått ett värdelöst rättssystem och ett ansvarslost beslutssystem. Konsekvensen blir ett närmast autistiskt förhållningssätt till våra medmänniskor.³⁰ Som en domare i ett klarsynt ögonblick påpekat: det blir viktigare att inte döma fel, än att döma rätt. Pragmatiskt förhållningssätt till alla samhälls-fenomen och ”social kompetens” som främsta karaktärsdrag i ett samhälle, där stabilitet är hedersbegrepp.

²⁶ Se Karl Ydén, *”Kriget” och karriärsystemet*, (Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, BAS 2008).

²⁷ Med empatisk förstås då förmågan att gå ur sin egen yrkesroll, eller situation, för att sätta sig i ”den andres ställe”, betraktande oss själva utifrån dennes förståelsehorisont, jfr Blight & Lang, *The Fog of War*, s 27.

²⁸ Se Forster s 1044.

²⁹ Henri Kinnunen, *En livsduglig strategi*, FHS stencil 2009-05-06.

³⁰ Jfr Töllborg, *Intelligent suicide?* (GRI-rapport 2008:5).

Med Ydén och Tillberg kan vi alltså sammanfatta i att den skandinaviska realismen inom juristskrået skapar *och bevarar* novisskapet, genom den feodala demokratin optimalt befordrande de främsta till kvalitet som nybörjare.³¹ Handlingsregeln blir för karriärjuristen, om än kanske med tydligare klasssignatur, densamma som för yrkesofficeren: ”Man skall synas och jobba som fan, och upplevas ofarlig... ..Man skall inte verka för intelligent och absolut inte intellektuell.”³² Ydéns, Tillbergs och den anonyme intervjuade följer en djupare förståelse, som den skandinaviska realismen saknar lika mycket som den nya ”sociala konstruktionism” där anything goes. ”Utvecklingen” har lett oss till en avgrund mellan såväl samtida rättsvetenskap som juridisk praktik och den dygd som en gång Aristoteles förfäktade: ”There is a specific form of excellent judgement, equity, which entails a refined sense of what is right that allows its possessor to correct the law when its stipulations would involve injustice”.³³ Diskrepansen är på sikt ytterligt problematisk, eftersom en lag som inte lever upp till det implicita löfte den bygger sin legitimitet på helt enkelt blir *de facto* ogiltig, värdelös som styr- och legitimeringsinstrument.³⁴ Det är inte märkligt att ett sådant samhälle allt mer krackelerar, inte heller att den uppväxande generationen benämns den cyniska generationen.

³¹ Jfr Ydén refererande Tillberg (92f): ”En *novis* handlar genom att, relativt oreflekterat, följa befintliga regler och instruktioner. Även avancerade *nybörjare* följer regler, men försöker även imitera kollegors handlande. En *kompetent* person agerar mindre efter regler, och försöker utveckla egna erfarenheter till handlingsmönster – men har svårt att lösa oförutsedda problem. (Motsvarande den, för svenska rättsvetenskapsmän, framstående rättsdogmatikern, min kom. DT) En *skicklig* följer inte regelboken utan istället praktikens och omdömet regler. Han förstår när man skall handla instinktivt och när eftertänksamhet är påkallad. *Experten* handlar utan att behöva planera eller göra överväganden. Han är så förtrogen med sammanhanget att han handlar utan tvekan.”

³² Ydén s 94, citerande Jackall, *Moral Mazes. The World of Corporate Managers*, (Oxford University Press 1998). För ett bländande svenskt exempel, läs gärna (den dråpliga) artikeln av vår nuvarande justitiekansler, Göran Lambertz, *Andra tankar om civilrättsforskningens arbetsuppgifter*, SvJT 1992, s 78ff. Den blir särskilt intressant i retroperspektiv, när Lambertz senare, efter att ha fått som uppgift av dåvarande justitieministern Freivalds att plocka fram namnförslag till ny justitiekansler och i sin outgrundliga vishet fann att han själv var bäst lämpad. En uppfattning som delades av den gamla vännen från SSU-tiden, Laila Freivalds.

³³ Jag har stulit citatet från Allan Janik, *Military Competence in Conducting War Amongst the People*, s 10. Jag har otillständigt nog citerat Janik från en preliminär uppsats han låtit mig ta del av, vari anges att den är just preliminär och inte får citeras. Så pålitlig är alltså jag. Förlåt Allan, jag bjuder på en öl! Mina egna funderingar på temat finns i otaliga böcker och uppsatser jag skrivit – frågan är om det finns något jag någonsin skrivit som inte bygger på denna förståelse, så udda i Sverige – senast på svenska i *Regler eller juridik?*, särskilt kapitel 1. F ö säger väl hela bokens titel just detta. De flesta har dock valt att läsa annan litteratur. Kunskap ger ju, som sagt, ansvar, och förhindrar deniability.

³⁴ Jfr åter Dworkins distinktion mellan *principles* och *rules*.

B. (*Den svenska*) *Militären och (den svenska) Juridiken*

1. Sverige är, såvitt jag vet, tillsammans med Finland unikt såtillvida att vi har två parallella organisationer för tvistelösning, dels de allmänna domstolarna, dels förvaltningsdomstolarna. I de allmänna domstolarna – tingsrätt, hovrätt och högsta domstolen – hanteras tvister mellan medborgare, antingen rent civilrättsliga eller emanerande ur påstådda brottsliga gärningar. Det utmärkande för denna domstolsorganisation är att statens roll *typiskt sett* begränsas till att man tillhandahåller ett tvistelösningorgan samt *i princip* kräver att fysiska och juridiska personer löser de av sina mellanmänniska konflikter de inte själva kan ordna upp genom att anlita allmän domstol. I gengäld tillhandahåller staten denna organisation kostnadsfritt, dvs utnyttjandet av denna offentliga tjänst är i det närmaste gratis (avgiften för att få till stånd en prövning i ett tvistemål är idag maximalt 450 kronor, och i brottmål helt kostnadsfritt).³⁵ Även den parallella domstolsorganisationen – förvaltningsdomstolarna med länsrätt, kammarrätt och regeringsrätten som de allmänna domstolarnas skuggbild – tillhandahålls kostnadsfritt. Förvaltningsdomstolar hanterar *typiskt sett* tvister mellan stat och medborgare (även presumtiva medborgare).

Inom varje fält återfinns ett antal specialdomstolar, dvs domstolar som givits en särskild sammansättning med tänkta specialister på domstolens ämnesområde (däribland även icke lagfarna men på området särskilt ämnesmässigt sakkunniga ledamöter), t ex arbetsdomstolen, migrationsdomstolar och försäkringsdomstolar. Sverige har dock ingen militärdomstol, utan tvister inom eller gentemot det militära hanteras av de allmänna domstolarna eller förvaltningsdomstolarna, beroende på vilken typ av ärende det är och var det sakligt sett har ansetts höra hemma. Bestraffning av militära befattningshavare, liksom andra brott med typisk militär anknytning (t ex spioneri, obehörig befattning med hemlig uppgift etc) hanteras inom de allmänna domstolarna, medan typiska förvaltningsärenden såsom miljö-, bygglov-, pensionsärenden etcetera hanteras i enlighet med den allmänna respektive speciella förvaltningsrätten. Den svenska militären är i denna mening i allt väsentligt en civil organisation!

Man skulle kunna ha tänkt sig, rentav uppfattat det som mer naturligt, att militära disciplinärenden i första hand hanterades av förvaltningsdomstolarna, inte av de allmänna domstolarna. Så är det alltså inte. Vilka överväganden som föranlett denna märklighet, eller vilka historiska skäl som är ursprunget, är för mig obekant. Det borde i vart fall inte sammanhånga med vår allmänna värnplikt, eftersom denna rent systematiskt utgör närmast ytterligare ett argument för att disciplinärenden (och andra militära bestraffningar) ligger inom räjongen konflikt mellan stat och medborgare. Däremot är det systematiskt korrekt att allmänna domstolar behandlar tvister mellan yrkesmilitär och stat. Möjligen står därför skälet att finna i att militär bestraffning i huvudsak utövats som ett disciplineringsinstrument mot värnpliktiga, och där skötts tämligen

³⁵ Ombudskostnader kan som bekant vara betydande, men vi har i Sverige inget ombudstvång, så det är en kostnad en part "frivilligt" tar på sig.

formlöst, med en rationalitet som uteslöt formella rättssäkerhetsgarantier,³⁶ medan svenska yrkesmilitärer mycket tidigt kom att bli en mer byråkratisk profession, där rollen som formell arbetsledare i karriären överskuggat rollen som (presumtiv) faktisk ledare i skarpt läge. Ledarrollen i ett skarpt militärt uppdrag, med en för ledare och ledda gemensam strävan att lyckas utföra ett konkret uppdrag med så liten risk som möjligt att dö, skiljer sig rätt brutalt från ledarrollen i det civila samhällets arbetsgivar/ arbetstagarrelation, den ledarroll som de flesta svenska karriärofficerare idag befinner sig i.³⁷ Redan tidigt efter andra världskrigets slut försvann ju också militieombudsmannen som en parallell till justitieombudsmannen. Det är således säkert ingen tillfällighet att tanken nu åter väckts om ett återinrättande av en särskild militieombudsman, en tanke som vuxit fram och fått allt starkare stöd allt eftersom den allmänna värnplikten i praktiken upphör parallellt med att det disciplinära bestraffningssystemet formaliserats.

Min gissning är dock att det, som så ofta, helt enkelt inte finns något övervägt rationellt skäl till att militära disciplinärenden hanteras av de allmänna domstolarna, utan att detta endast är en produkt av tillfälligheternas spel. Möjligen finns det en koppling till det förhållandet att samtidigt som ”den militära förvaltningsapparaten tjänade som modell under civilsamhällets modernisering”³⁸ så gick Sverige in i en djupt förankrad strategi och faktisk taktik att hålla sig utanför krig: som ett hegemoniskt led i detta ”civiliserades” militären, dvs liksom kyrkan marginaliserades militären som självständig statsmakt. Kvar står därmed inom militären, liksom inom andra arbetsgivar/arbetstagar- (dvs civila avtals-) förhållanden endast författningsreglerade möjligheter att vidta ”disciplinära åtgärder”, såsom varning, extratjänst och löneavdrag, vilka samtliga därtill kan överklagas till just allmän domstol.³⁹

2. ”Civiliseringen” av militären är inte alldeles oproblematiskt inom en disciplin vars hegemoniska värdegrund är ett konfliktperspektiv.⁴⁰ Lösningen blev det som Ydén och andra benämnt sekundär anpassning: ”En organisation kan vinna legitimitet genom att offentligt inta vissa positioner, och samtidigt realisera konkreta utfall genom tillämpning av andra principer... Brunsson beskriver begreppet *organisatoriskt hyckleri*, där tal, beslut och handling särkopplas... Brunsson framhåller att diskrepanserna inte behöver vara avsedda, utan kan bero på förekomsten av oförenliga krav och skilda rationaliteter.”⁴¹ ”Störningar kan hanteras genom en desarmerande skämtsamhet, och aktörerna kan ’spela med’ för att hantera anomalier och därigenom skydda ramverket.”⁴²

³⁶ Se Ydén, särskilt kapitel 5 och 8.

³⁷ Se Ydén, s 169 och s 212: ”jag är ÖB:s arbetsgivarrepresentant”.

³⁸ Ydén 36.

³⁹ Jfr MBL § 62.

⁴⁰ För en avvikande uppfattning om disciplinens värdegrund, se Henri Kinnunen a.a.

⁴¹ Ydén, s 45.

⁴² Ydén, s 51.

Med Hydén kan vi beskriva detta agerande som en praktikens reflektion av rättssystemets användning av intervenerande normer: praktikens organiserade hyckleri är nödvändigt för att militärmaktens hegemoniska värdegrund konfliktlogik inte skall förtvina, och ha dött ut vid ett framtida skarpt läge, liksom de intervenerande normerna är ytligt fientliga mot spelets idé, just för att spelet skall kunna överleva.⁴³ På motsvarande sätt är ”(s)ekundär anpassning...en mekanism för att inofficiellt hantera motsägelser, exempelvis bristande överensstämmelse mellan omgivningsnormer och intern verksamhet... Sekundär anpassning växer ut lokala praktiker, som uppfattas legitima och rationella i förhållande till uppgiften. Det formella regelverket uppfattas så stelt, opraktiskt och verklighetsfrämmande att det måste överträdas. Ett sekundäranpassat handlingsmönster etableras och vinner legitimitet genom *odramatisk repetition* (Snook, 2000). Det normaliseras genom upprepning och blir en naturlig del av praktiken....”⁴⁴

C. Militärdomstolar – endast ett led i process of justification eller ett nödvändigt element i en äkta process of discovery?

För en organisation där ledarskap präglas av samverkanslogik, men där praktiken och dess hegemoniska värdegrund är konfliktlogik, uppstår – som jag antytt ovan – risken för ett förståelsegap mellan styrande och styrda. Enda skälet till att systemet fortsätter fungera är då att detta förståelsegap expliceras endast undantagsvis, dvs att anomalier inte upprepas, åtminstone inte kontinuerligt.⁴⁵ I krig får man dock räkna med att anomalier är just dagliga, och upprepade.⁴⁶ Givet att detta påstående är korrekt framtvingar kriget ett val: antingen får man införa militärdomstolar, eller så får man vända upp och ned på makten i det rättsliga beslutsfattandet så att konfliktlogiken får primat och samverkanslogiken *de facto* får vika.⁴⁷ Detta är åtminstone vad som skett inom den nationellt inriktade säkerhets- och underrättelsetjänsten i Sverige, dvs den enda del av ”försvarsmakten” – dvs den makt som har till uppgift att bevara och bevaka status quo – som verkar i skarpt läge även i fredstid. Här kan man tydligt se att de olika kontrollorganen havererat med åtföljande till sitt innehåll närmast tröttsamt repetitiva skandaler.⁴⁸

⁴³ Håkan Hydén, *Rättens samhällslogiska funktioner* (Studentlitteratur 1978), Även Töllborg, *Regler eller juridik?*, s 9-10.

⁴⁴ Ydén, 52f.

⁴⁵ Jfr fortsättningen och avslutning av citatet i not 31: ”...förutsatt att det inte uppmärksammas och bestraffas”, min kursivering.

⁴⁶ Åtminstone är det den uppfattning som den intresserade amatör denna författare utgör har, präglad av de bilder som ges i såväl spel- som semi- och rent dokumentära skildringar av krig- och krigsliknande situationer, just när detta skrivs återspeglad i TV-serien *Generation Kill*, SVT2.

⁴⁷ Jfr de tyska – och kanske även andra länders (se särskilt Norge och avrättningen av Quisling) – domarnas ”flexibilitet” i detta avseende, inte bara under utan även omedelbart före och efter andra världskriget. Reflektera även över dagens diskurs rörande vad som är och vad som inte är tortyr, liksom diskursen rörande folkrättens och internationella konventioners status ”when a man got to do what a man got to do”, fn i ”kriget mot terrorismen”. Se Töllborg, *Intelligent suicide?*

⁴⁸ Se Töllborg, *Medborgerligt pålitligt?*, s 24-25.

Jag menar att detta är en konsekvens av att medan kontrollorganens centrala uppgift har kommit att bli att leverera legitimitet, dvs samverkanslogik, så är det utsagda men i praktiken väldigt konkreta kravet på verksamheten att den *måste* utgå från en konfliktlogik. Konsekvensen blir, som Lord Denning en gång så träffande uttryckt det, att "When national security is at stake even the rules of natural justice may have to be modified."⁴⁹ I Sverige har detta redan för 20 år sedan konstaterats i en offentlig utredning, och där uttryckts i närmast brutal klartext: "Man har inom SÄPO lärt sig att leva i gråzonen och undandra sig insyn från statsmakter och tillsynsmyndigheter när verksamhetens laglighet eller försvarlighet i övrigt kan ifrågasättas. Inga protokoll med rättsligt tveksamma beslut lyser JO eller JK i ögonen när de någon gång företar inspektion på SÄPO. Då ligger det naturligtvis också nära till hands att den som inspekterar inte heller på andra vägar lyckas upptäcka missförhållanden som det är hans uppgift att ta itu med. Med den kunskap jag under mitt utredningsarbete fått om SÄPO:s sätt att arbeta är jag för min del inte det minsta förvånad över att varken inspekterande myndigheter, parlamentariska ledamöter i RPS styrelse eller särskilt tillsatta kommissioner såsom Edenman-kommissionen uppträckt några tveklaktiga eller olagliga beslut eller förfaranden av det slag jag här har berört genom att lyssna på föredragningar av tjänstemän hos SÄPO eller genom att gå igenom handlingar hos myndigheten. För att inte göra SÄPO orätt vill jag dock tillägga att jag hos jurister med uppgift att granska rättsenligheten hos säkerhetspolisens beslut eller åtgärder ibland stött på något av attityden; 'Det är nog lika bra att vi inte får veta så mycket. När det gäller en verksamhet som ytterst handlar om rikets säkerhet är det kanske inte alltid möjligt att fullt ut upprätthålla normala standarder."⁵⁰

Man har nog haft rätt att förvänta sig att den beramade säkerhetstjänstkommissionen, med dess medvetet och medialt starka framhävande av påstådd forskarkompetens i kommissionen, skulle ha lyft just detta som en centralt avgörande, närmast strukturell, förklaringsmodell. Istället inte ett ord. Ändå hade, i all den kritik som har riktats svenskt säkerhetsskydd, dvs registerkontroll (tidigare personalkontroll), åsiktsregistrering, telefonavlyssning mm, en sak framträtt som totalt otvistig: kontrollorganen hade totalt havererat. Mot den bakgrunden framstod det redan 1996 – långt före säkerhetstjänstkommissionen ens var påtänkt - skapade nya kontrollorganet, Registernämnden, som en nödvändig innovation.

Registernämndens verksamhet var i allt väsentligt en verklig "success story", och något Sverige med viss grad av stolthet kunnat lyfta fram även i internationella sammanhang. Som så vanligt berodde framgången naturligtvis inte så mycket på konstruktionen som på vilka människor som satt i den.

⁴⁹ Citerat från Lustgarten/Leigh, *In from the Cold*, s 142 (Clarendon Press 1994).

⁵⁰ *SOU 1989:18*, s 30. Jfr även Johan Tunbergers sammanfattning av värdet av FUN:s granskning av FRA under den tid han själv var överdirektör för FRA: "Samtidigt var jag lite bekymrad över att den granskning av vår verksamhet som då Försvarets Underrättelsenämnd bedrev var tämligen rudimentär. Ofta tyckte jag man mötte inställningen att, nej, det här vill vi inte veta någonting om. –Från de som skulle kontrollera er alltså? –Ja, just det, och det tycker jag principiellt var betänkligt. Jag hoppas att det blivit bättre idag." SVT Dokumentär, *FRA - tre bokstäver som skakade Sverige*, första gången sänt i SVT2 den 14 september 2008.

Framförallt var nämndens första ordförande Anton Spaak och vice ordföranden Jan Öhman centrala i förbättringen av kvalitén i säkerhetspolisens verksamhet, såväl avseende rättssäkerheten för de kontrollerade som för säkerhetspolisen eget arbete. Det var därför ägnat att oroa när den dåvarande socialdemokratiska regeringen körde över Spaak, som försökt skapa kontinuitet genom att se till att Öhman blev vice ordförande och således nämndens framtida ordförande in spe, och istället utsåg ny ordförande utan varken kompetens eller ambition på området. Öhman lämnade nämnden, men dessa markeringar var i vart fall tillräckligt starka för att nämndens övriga ledamöter skulle se till att praxis *tills vidare* bestod.

Men så tog då samverkanslogiken – nu med beredvillig hjälp av landets nya forskarkultur; vad vill du, vad betalar du, när skall jag leverera⁵¹ – över, och stollighet blev åter normalitet:

I juni 2006 förlorade Sverige med sju röster mot noll på hela fyra artiklar i Europadomstolen.⁵² Målet kom ur den nationella vrede som drabbade makthavarna, när innehållet i Leanderakten avslöjades,⁵³ och tusentals människor krävde att få läsa sin akt och få upprättelse. Europadomstolens dom var en närmast förödande slakt. I ett fungerande system skulle Sverige naturligtvis gjort de förbättringar av systemet som domen krävde, något många utanför maktens korridorer tror också skedde. Så blev det inte. Istället rev man ned hela systemet, avskaffade Registernämnden och införde istället – parallellt med att man tillåtit buggning, utökad telefonkontroll, skyddade identiteter⁵⁴ – per den 1 januari 2008 ett helt nytt organ: Säkerhets- och Integritetsskyddsnämnden (SIN). Som ordförande utsåg man Anders Eriksson, den f d chef för säkerhetspolisen som tvingats lämna sitt uppdrag när det endast återstod några månader av hans sexårsförordnande.⁵⁵ I vilket annat land hade man kunnat utse en tidigare chef för en verksamhet, som under hans ämbetsperiod systematiskt ignorerat t o m grundlagen, till vår främste garant för att inget otillbörligt sker – utan att det blivit ett ramaskri i landet?

Historien upprepar sig alltid – det är den dumma mänsklighetens förbannelse. Till nämnden fogar man, på sätt som vi hade med lekmanaledamöterna i den katastrofala styrelsen för Rikspolisstyrelsen som föregick Registernämnden, således återigen parlamentariker. Kvalitén på de nyutnämnda ledamöterna skiftar säkert, liksom ambitionsnivån, men det är belysande att när man frågar landets största parti, socialdemokraterna, vem de utsett till representant i den nya nämnden, och

⁵¹ Jfr Töllborg, *Science for sale*.

⁵² European Court of Human Rights, Second Section, Case of Segerstedt-Wiberg and others v. Sweden, (*Application no. 62332/00*), Judgement Strasbourg 6 June 2006.

⁵³ Se Töllborg (ed), *National Security and the Rule of Law*, s 179ff (Centrum för Europaforskning, skrift nr 5, 1997). Även Töllborg, *Medborgerligt pålitligt?*, s 177ff.

⁵⁴ Dvs systematisk användning av polis som arbetar under cover.

⁵⁵ I den CV som ursprungligen fanns på nämndens nyinrättade hemsida fanns inte en antydning om att han haft detta uppdrag tidigare. När min kritik blev bekant togs CV:n helt enkelt bort från hemsidan, istället för att kompletteras med denna centrala uppgift.

på vilka bevekelsegrunder, så är svaret att ”frågan bör du nog ställa till politikerna i din kommun om det är en kommunal nämnd du menar” – partiet är inte ens medvetet om att nämnden finns, att den gäller riket, är inrättad efter beslut av riksdagen och att partiet själv fått rätt att nominera en ledamot!⁵⁶ Detta, tillsammans med den totala avsaknaden av reaktion från media, inkluderande media som anser sig kritiskt granska makten, ger anledning till oro, när vi nu per den 1 januari 2008 har fått följande nyheter på mitt specialområde:

a) buggning tillåts (SFS 2007:978). Lagen är tidsbegränsad till 2010, men vi har sedan den s.k. Enboms-lagen 1952 (1952:98), som också var tidsbegränsad, aldrig sett att en sådan tidsbegränsad lag inte förlängts. Buggning får bara ske när det påstås att det är för att avslöja brott som kan föranleda minst fyra års fängelse, det får inte ske på läkarmottagningar, advokatkontor eller hos medieredaktioner (men väl i professor Dennis Töllborgs tjänsterum, liksom i hans sovrum).

b) hemlig telefonavlyssning, teleövervakning, kameraövervakning och postkontroll får numera ske ”om det finns *anledning* att *anta* att en person *kommer*” att vara elak, t ex terroråd, mord eller rentav uppror (mina kursiveringar), (SFS 2007:979).

Samtidigt förstärks sekretessen, till skydd för ”det öppna samhället” får vi väl anta. Allting sker ju trots allt alltid i det godas namn. Således förlängs återigen Enbomslagen, därtill utvidgas och förlängs denna gång med hela fyra år.

Att det hela sker lagenligt skall alltså bevakas av den nyinrättade Säkerhets- och integritetsskyddsnämnden, med Anders Eriksson i spetsen, och såvitt avser militären alltjämt av Försvarets Underrättelsenämnd (FUN), med Anders Björk i spetsen (ni minns mannen vars enda reaktion på att underrättelsetjänsten illegalt satt en bugg i sängbenet hos en kvinna, var att offentliggöra kvinnans namn och skrattande berätta att allt man fick fram ”var lite flåsande”).⁵⁷ En klassisk kontrollmekanism i form av efterhandsunderrättelse till den som utsatts har införts, men sådan rätt gäller bara ekonomiska brottslingar, narkotikalangare samt klassiska våldsbrottslingar som medlemmar i Original Gangsters, Hells Angels och motsvarande. Den som utsätts för hemlig telefonavlyssning, buggning eller vad det månne vara av säkerhetspolisen – t ex Torsten Leander eller Segerstedt-Wiberg – saknar motsvarande rättigheter som nu tillförsäkrats de som utför den typ av vardagsbrott som är genuint systemhotande. Någon tröst är det väl att frågan om den som utsatts för övergrepp skall få skadestånd eller ej, skall avgöras av vänsterns nye hjälte, Göran Lambertz. Det betyder ju, om man skall följa de avgörande han hittills tagit vid övergrepp från säkerhetspolisens sida, att skattebetalarna inte behöver oroa sig för att statens utgifter ökar.⁵⁸

⁵⁶ Mail till författaren från Karin Berg, socialdemokraterna, 08-01-09 14.19.

⁵⁷ Se Töllborg, *Medborgerligt pålitligt?*, s 34.

⁵⁸ Jfr justitiekansler Göran Lambertz beslut i fallet Ylmaz Murad, *dnr 2824-01-40 2002-06-03*, och vägran att följa Europadomstolens utslag i beslut *dnr 4456-06-40 2007-03-13*.

Resultatet är väl bekant; det förtroende intelligence och pro-active policing är så djupt beroende av för effektivitet har eroderat till närmast noll, lämnande kvar en grupp informatörer vars fokus är på att behaga, dvs leverera vad man tror uppdragsgivaren önskar istället för vad uppdragsgivaren behöver,⁵⁹ för var och en lätt inseende vilken kvalitet detta leder till, empiriskt allt för tydligt belagt i händelser som 9/11, Madrid- och Londonattentaten. Vad värre är; en sådan hantering skadar även det civila rättssystemets legitimitet såväl internt – domarens självbild och inre styrka – som externt – rättssystemet framstår inte längre som objektivt och rättvist, varför dess kvalitet som indirekt styrinstrument radikalt minskar, eftersom effektiviteten i varje rättssystem i första hand är beroende av frivillig efterlevnad.

Empirin är överväldigande och kan, är jag rädd för, komma att replikeras nu när svensk militär allt mer involveras i skarpa lägen. Översatt till denna uppsats tema är därför militärdomstolar – ett autonomt system – att föredra, och skapar paradoxalt nog större rättssäkerhet och högre kvalitet i det rättsliga beslutsfattandet såväl vad gäller militära regelbrott som civila. Risken för att den rättsliga prövningen endast blir ett rent justifieringsinstrument minskar, då den tilltalade döms av sina egna med sakkunskap om de faktiskt verkande realiteter den tilltalade ställts inför,⁶⁰ i detta begränsande möjligheterna till deniability för domstolens ledamöter (åtminstone i den utsträckning de vill åtnjuta och behålla legitimitet i den egna kontexten, dvs bland övriga militärer).

Ett *sine qua non* är dock – så självklart för en yrkesskadad jurist att jag nästan glömde att framhålla det - att dessa militärdomstolar, liksom för de allmänna domstolarna och rättslig prövning överhuvudtaget, präglas av *reell* transparens. I annat fall kan resultatet bli kontraproduktivt, både för den prövade, för domstolen och för rättssystemets legitimitet, genom att domstolarna betraktas som ett rent justifieringsinstrument, en cover up genomförd av den tilltalades likar (jfr det låga förtroende för rättslig prövning vid misstag och felgrepp, gjorda av polis, advokater, läkare et cetera när dessa prövas av socialstyrelsen, advokatsamfundet, polisen själv eller annat professionsorgan).

Jag påstår alltså att det endast är i militärdomstolens form som samverkans- och konfliktlogiken⁶¹ genuint kan förstås, och de friktioner som måste uppstå däremellan lösas pragmatiskt professionellt, samtidigt som de skilda logikerna kan upprätthållas och reproduceras separerade i den militära vardagen. "Samverkanslogikerna" i militär-domstolen – dvs högre officerare – har alltjämt den inre kärna av förståelse för konfliktlogiken, som den civile domaren aldrig kan ha intuitiv förståelse för, bara på sin höjd intellektualisera. Krig eller krigsliknande situationer (som Sverige alltmer försöker försätta sig i) kräver att systemet måste befordra en internaliserad förståelse för de uppgifter som är, och förblir, för den utomstående försvarsmaktens kärnuppgift: att döda för att förhindra att vi som betalar dem blir dödade, helst inte ens berörda.⁶² Karriärlogik⁶³ är kontraproduktiv i skarpa lägen, såväl på individnivå som på samhällsnivå: "when orders cease to make sense leadership erodes".⁶⁴

⁵⁹ Töllborg, *Intelligent suicide?*

⁶⁰ Dvs intuitiv förståelse för konfliktlogiken.

⁶¹ Jfr Karl Ydén.

⁶² Jfr Anthony Forsters analys i *Breaking the covenant: governance of the British army in the twenty-first century*, i *International Affairs* 82:6 (2006) 1043-1057.

⁶³ Ydén s 247. Jfr även s 250.

⁶⁴ Janik, s 9.

Härtill kommer ytterligare en fördel sett ur den civile rättsvetenskapsprofessorns ögon: eventuella korruptionstendenser (inom militärdomstolarna) kan sektioneras, undanröjande risken för smittoeffekter på det civila samhället.

Jag kan se två centrala, och var för sig avgörande, argument mot min argumentation:

Det första har jag redan kort berört (se avsnitt 2.3, *in fine*), nämligen att det finns en tredje väg, en väg där även verkligheten, det skarpa läget, kriget och den krigsliknande situationen, liksom den presumtiva rättsliga efterhandsprövningen, präglas av samverkanslogik. Kinnunen har argumenterat för detta, och det på egen erfarenhet, väl beskriven i *En livsduglig strategi*. Jag delar Kinnunens uppfattning; den av mig påstådda nödvändigheten av någon form av specialdomstol, må det vara en militärdomstol eller någon variant av detta, förutsätter *åtminstone*⁶⁵ att det *de facto* föreligger en diskrepans i logik mellan den aktivt agerande och den i efterhand prövande. Detta är ju förentav min poäng. Kinnunen, med den erfarenhet han besitter, och där kan jag inte mäta mig, hävdar att i vart fall i Nordbat 2 präglades agerandet, även ”på golvet”, av samverkanslogik. I den utsträckning så är fallet bör eventuell efterhandsprövning *inte* hanteras på sätt jag argumenterat för, utan nuvarande system är att föredra. Då är nämligen logiken, och med den internaliserade värdegrunden, identisk både hos den aktivt agerande och den i efterhand prövande.

Såvitt jag har förstått bestod emellertid Nordbat 2 (och motsvarande styrkor) i huvudsak av människor som ”avviker från det normala”. Med det menar jag att bataljonerna i huvudsak bestod av civila reservister med ett åldersspann kring 30 och 30+. Detta avviker, påstår jag, från normalitet; vid mer omfattande insatser är de aktivt agerande normalt yngre, ofta betydligt yngre, och saknar såväl civil status att återvända till (har möjlighet vägra vara med i leken) och den mognad, erfarenhet och det mod att säga nej som dryga tio års erfarenhet av att ta ansvar för sig själv, familj och understundom underlydande arbetskamrater, ger. Såsom jag ser det, med min obefintliga egna erfarenhet av aktivt agerande i krig- och krigskonflikter, men med min omfattande kunskap om hur intelligence och pro-aktiv policing fungerar, är min slutsats av de erfarenheter Kinnunen argumenterar utifrån därför endast att ett alternativ är att Sveriges insatser i skarpa lägen skall begränsas i sin omfattning, och endast innebära engagemang i den utsträckning vi kan rekrytera personal med civil anställning som är 30+. Då, men först då, tror jag att den underlydande personalen *i handling* vågar vägra att vara en kedja längst ned i chain-of-command.

En andra invändning, lika central, är påståendet att kriget har fått ett nytt ansikte: ett krig är inte längre ens i första hand ett militärt projekt, och ett sådant mellan länder, utan det är ett hegemoniskt projekt, där militär kraft endast är en del av krigföringen, och där kraftmätningen inte är inriktad på territorier och mellan nationer, utan handlar om hegemonisk makt och utkämpas mellan olika hegemoniska centra, centra där nationalstaten bara är ett av flera mellanbegrepp.⁶⁶ ”Given the imperative of winning over the people, the arts of persuasion and media and opinion management are as critical

⁶⁵ Det kan ju finnas fler argument, även från Kinnunens sida, men så som min argumentation är uppbyggd är detta mitt centrala argument, och det är det som här är föremål för diskurs.

⁶⁶ Se t ex Janik, bl a s 5.

as the conventional art of war...(it is a question of) competing narratives and one of the key tasks in establishing a condition is ensuring that one's own narrative stands out as the most convincing."⁶⁷ Personligen känner jag mig dock lika övertygad om denna nyutilitaristiska ståndpunkts korrekthet – inom juridiken ofta uttryckt i påståendet att *allt* bara är sociala konstruktioner – som av den skandinaviska realismen, där den slutligt avgörande falsifieringen av teorin varit att den helt enkelt visat sig vara *inte* realistisk. Människan är och förblir en värdebemängd social varelse, där varken hat eller kärlek utgör sociala konstruktioner utan utgör äkta vara, realiteter – din kärlek till dina barn eller din älskade är lika lite en social konstruktion som den mat du äter, det tak du har över huvudet eller det skott du skjuter genom din fiendes hjärna. Och inte är alla värden bara kontextbundna – t o m torteraren kan älska, och älska äkta, men klarar likväl, med eller utan hjälp av hänvisning till regler och påståenden om att "land skall med lag byggas", att rationalisera sitt beteende så att han/hon genuint uppfattar sig som stående utan personlig skuld.⁶⁸ Avgörande för framgång i denna strävan är och förblir dock alltid omgivningens reaktioner: "Problemet är (således) aldrig de korkade, inte heller de onda, utan de indifferentia – de som idag med stolthet kallar sig nyttomaximerare, och som gärna omgärdar sig med akademisk (eller militär eller juridisk eller ekonomisk) prålighet."⁶⁹

D. Konklusion

1. Under våren 2009 beslöt USAs nyvalde president Obama bl a att öppna arkiven för en del av de hemliga order som givits i kampen mot terrorismen. Han försäkrade samtidigt berörda inom t ex CIA att de ej riskerade straff, de hade ju bara "lytt order". Båda sakerna triggade igång en mycket snabb intern debatt bland militära forskare i USA, däribland en e-maildiskurs inom ett nätverk där jag är en av deltagarna. Diskursen inleddes kring frågan om accountability, skarpa lägen och det rättsligt giltiga i argumentet "jag lydde bara order". Många mycket goda argument har anförts från båda sidor, såväl intellektuellt genomtänkta som historiskt empiriskt förankrade. I botten låg snabbt den omfattande, men då hemliga, diskussionen mellan, å ena sidan underrättelseorganen och militären, å andra sidan administrationen i Washington, rörande vilka medel man kunde använda sig av för att tvinga fram information, information som ansågs nödvändig i "kriget mot terrorismen", det krig som framkallat så många "experter" (även på FHS). Jag har nämnt (de omfattande) dokumenten i not 15. Under ett par veckor var diskursen intensiv, tills en av deltagarna satte saker och ting på plats, allt genom en enkel operation där han konkretiserade och därmed gav möjlighet till att betrakta vad som hänt och vad som händer ur ett utanförperspektiv. Därefter stod allt klart, och enighet uppnåddes direkt:

⁶⁷ Christopher Dandeker, *The End of War – The Strategic Context of International Missions in the Twenty First Century*, i Christiansson (ed), *Eight Essays in Contemporary War Studies*, s 34-35).

⁶⁸ Jfr Håkan Pettersson, åtminstone vid tillfället generalmajor och chef för MUST, den militära underrättelse- och säkerhetstjänsten: "Jag kan inte sitta och säga 'lagen säger att jag inte får göra saker och ting'. Finns där ett hot mot Sverige så anser jag att det är mitt ansvar att larma om detta och då tar jag reda på dessa fakta. Det ligger i min uppgift.", DN intervju den 3 september 2005, Sveriges hemligaste rum.

⁶⁹ Töllborg, *Twenty years after – Välkommen till Oceanien*, i *Liber Americum, Festskrift till Reinhold Fahlbeck*, s 615 (Juristförlaget i Lund 2005).

April 23, 2009

Re: The Four Torture Memos, Eichmann, And The Obama Administration.

I have read the four memoranda that were recently released by the DOJ and authorized torture. Permit me to invent a similar but short memo that will allow the reader, without reading the approximately 120 densely packed pages of the four memos, to grasp their style, their character, their techniques, their aims, and, inherently and avoidably, the nature of the people who wrote or signed off on them: John Yoo, Jay Bybee and Steven Bradbury.

To: Reinhard Heydrich

From: Joseph Alstotter, Chief of Section of Legality

Re: Transportation

Date: February 1, 1942

You have asked the legal opinion of the Section of Legality on a matter related to transportation.

You have informed us that the trains containing persons being taken to Auschwitz, mostly Jews, have cars in which the transportees are so numerous that they are forced to stand for the entire trip, which takes five days and eleven hours. Because of the close packing of standing bodies within the cars, there is a lack of air: the conditions are suffocating. Although the transportees are allowed out of the car for fifteen minutes once every eight hours, when they are each fed half a bowlful of thin gruel by the side of the tracks, the conditions of transportation cause some of them to weaken so greatly that they suffocate inside the cars. Or by somehow sliding to the floor (even though the close packing of the bodies causes some of their bodies to be held vertical for a period after they have already died), they become trampled to death. Old women, old men, and young children, you inform us, are the ones most susceptible to dying by suffocation or by being trampled after sliding to the floor.

You further inform us that, when the trains stop once every eight hours and people get off to eat, there usually are a number of transportees who are too weak to get back on the train or who feign such weakness. These individuals are quickly examined by a doctor who accompanies the train for this purpose. If the examination shows them to be too weak to continue, they are shot and left by the side of the tracks. Medical officers attest that the shootings cause no unnecessary or long lasting pain because the people are shot by pressing the muzzle of a pistol directly against the back of the head so that death is instantaneous.

You have informed us that the train cars are packed as tightly as they are because of military necessity. Our armies are fighting the Bolsheviki in a life and death struggle on the eastern front. If we lose the war on the Bolsheviki front, Germany will be laid waste and will cease to exist as a nation. There is therefore an overwhelming military necessity to use the railroad, one of Poland's

few, to move a continuous stream of tanks, artillery, small arms, ammunition, food, etc. to our eastern armies. Engines and cars are thus employed exclusively for that purpose, with the sole exception that once each week an engine and ten cars are used to transport Jews to Auschwitz. This movement of the Jews is essential because they, like the Bolsheviki, are a bone in the throat to the German people and must be eliminated for Greater Germany to survive and prosper. (Not surprisingly, they often are the leaders of the Bolsheviki.) Transporting Jews to Auschwitz carries out a major policy decision of the Fuhrer and his advisers established at the Wannsee Conference in 1941 and set forth in appropriate prior memos from this office.

As you have explained to us, this railroad transportation of the Jews, as essential as it is, must be done in a way that minimizes interruption of, or interference with, the movement of supplies to our eastern armies. The cars are therefore packed as tightly as they are, since otherwise three trains per week would be required instead of just one, with a corresponding adverse impact on the movement of supplies to our armies and a correspondingly enhanced risk of losing the war against the Bolsheviki, with the accompanying destruction of Germany.

* * * * *

*You have asked us, in light of these facts, to opine on whether the transportation of Jews to Auschwitz in this way is a crime against international law in violation of the rule laid down in the 1921 case of *Van Devent v. Hohenzollern*. Our opinion on this question is required because, now that the United States, under the Rooseveltian Jewish cabal, has entered the war against us, a few officers and soldiers who are involved in the transportation of Jews have asked for assurance that this is legal, lest they be subject to punishment as war criminals should Germany unexpectedly lose the war. You recognize that this kind of defeatism could be handled in the usual way, by shooting the offender or hanging him from a lamppost, but you think it would be better if it were possible to obtain an opinion from the Section of Legality holding that no crime is being committed and there can therefore be no punishment for any supposed violation of international law.*

*It is our judgment that the transportation to Auschwitz, as you have described it to us, is not a crime, is completely lawful, and cannot be punished. In *Van Devent v. Hohenzollern*, German soldiers had been fired on by partisans, who were not in uniform, as the Kaiser's armies moved through Belgium in 1914. (The partisans would fire from roofs, windows, etc.) In consequence, when the Kaiser's army would enter a Dutch town, it began to shoot three or four of the leading citizens -- the mayor and town councilmen, for example -- as a warning to other partisans of what would happen if German soldiers were killed by nonuniformed partisans. This expedient worked very well, since the shooting of German soldiers by partisans ceased.*

Nonetheless, the Dutch court ruled in 1921 that the shooting of town leaders as a warning to potential partisans constituted a crime under international

law. The court's reasoning was that an army going through enemy territory cannot shoot innocent people, or anyone under its control whether innocent or not. The court said that the shooting of innocents, or even of guilty parties without some form of suitable trial to establish guilt, cannot be part of state or military policy under international law, and necessarily is, instead, a crime, under international law.

As we have stated previously, however, the German government does not accept that the tribunals of foreign governments can establish the rules governing what it is legal or not legal for the German government to do. Therefore, the decision in Van Devent v. Hohenzollern cannot govern German soldiers in the performance of their duty. In the present case, moreover, and regardless of what the Dutch court said can or cannot be part of state policy, it is clear that transporting Jews to Auschwitz is the state policy of the German Reich, in accordance with the will of the Fuhrer and the decisions of the Wansee Conference, which he has approved. It is equally clear, as stated in our memorandum of December 15, 1941, that it is Germany's state and military policy to fight a war of annihilation against the Bolsheviki on the eastern front.

The mode of transportation to Auschwitz melds the two state policies: it transports enemies of the German people (the Jews) to Auschwitz for annihilation, sometimes after a suitable period of working in mines and factories for the Third Reich, while minimizing interference with the transportation of tanks, guns, ammunition, food, etc. to German troops fighting a desperate war against the Bolsheviki on the eastern front.

Because war against the Bolsheviki and annihilation of the Jews are both high state policies, and the transportation of the Jews is done in a way that carries forward that policy while minimizing interference with the policy of war against the Bolsheviki, it is our opinion that the transportation, as carried out, cannot and does not violate any rule of law.

Our opinion is limited to the facts as you have described them to us, and is not intended to cover any different or altered facts.

Please let us know if we can be of further assistance.

*Joseph Alstotter
Chief of Section of Legality*

2. Jag kan ge mig fan på att en hel del av de som läst det just citerade mailet överhuvudtaget inte kan förstå poängen. Min erfarenhet säger mig att ju högre upp i makthierarkin man befinner sig, desto svårare blir det att förstå denna form av accountability. Då gav inte denna uppsats heller något, ty den gav inte de svar man önskade få vetenskaplig legitimitet för. Jag varken kan eller ens har lust att bry mig om detta. Dumhet och makt är en kombination som inte låter sig besegras.

Sammanfattningsvis vidhåller jag därför att ordspråket att i krig och kärlek allt är tillåtet *naturligtvis* är fel, lika oreflekterat som en gång det tidigare diskuterade påståendet att "världen är så liten". Den värdemässiga kontext vi nu lever i, som formar oss och som gör oss bakbundna såsom den sociala varelse människan nu en gång är, sätter gränser och det även för "den elake". Påståendet att anything goes i krig och kärlek motsägs också dagligen av den värdemässiga kontext vi är produkt och producenter av: inte ens i kärlekens namn accepterar vi pedofili, incest eller misshandel, och på samma sätt accepterar vi inte heller i krigets namn urskiljningslöst dödande, övergrepp mot kvinnor och barn eller ens tortyr – tortyr är den enda metod som varje internationell konvention innehåller ett absolut förbud mot. Ingen är fri m a o och transparens sätter gränserna, skapande ett behov av såväl cover up som deniability och process of justification (i dess rättsliga mening) "when a man got to do what a man got to do". Detta blir smärtsamt påtagligt i ett samhälle där stabilitet är det överordnade värdet och där etablerad position och social kompetens fått ett alldeles särskilt, individuellt och konkret värde - ett samhälle där alla läst "Kejsarens nya kläder" för sina barn, men ingen förstått.