

Martin Loughlin, *Sword & Scales*, Hart Publishing, Oxford, 2000, xi+241 s.

CARL LEBECK

Rätt eller politik?

Relationen mellan rätt och politik är en av rättsteorins eviga frågor, inte minst därför att några definitiva svar knappast står att finna. Den brittiske professorn i offentlig rätt, Martin Loughlin (hädanefter ML) söker i sin bok diskutera skillnaden mellan tanken på en neutral eller åtminstone i sin tillämpning opartisk ordning – å ena sidan och den politiska ordningen för utövandet av makt och därmed ytterst styrning av samhället. Motsättningen formuleras ibland i termer av synen på rätten som ett renodlat politiskt styrinstrument eller som ett sätt att koordinera mänskligt handlande på ett mer eller mindre neutralt sätt. ML identifierar tre synsätt på rätten:

- i) som politiska beslut;
- ii) som grunden för den politiska ordningen;
- iii) rätten som summan en uppsättning regler som vuxit fram historiskt som sätt att lösa konflikter (rules of conduct).¹

Till skillnad från (t.ex.) de tre ovanstående synsätten betonar ML också rättens och politikens symboliska funktioner. I likhet med

andra symboliska och mytiska ordningar är de enligt honom ett sätt för oss att göra världen begriplig, också när vi saknar adekvata instrument för att analysera den, rättens symboliska funktion är således starkt associerad med rättvisa. Det finns således expressiva och komunitära element i synen på rätten och politiken, som underlättar deras praktiska användbarhet generellt genom att skänka legitimitet åt dem, men som samtidigt som jag berör nedan, också kan stå i konflikt med andra väsentliga element i rättens legitimitet, nämligen dess roll som en opartisk och neutral medlare mellan olika intressen. ML definierar också en tredje dimension av rätten som "rättvisa", något som snarast kan förstås som legitimitet i sociopolitisk mening. Denna form av "rättvisa" är dock delvis problematisk eftersom den är ett slags värdering som skapar legitimitet för den rådande rättsordningen.

Det paradoxala är emellertid att rättvisebegreppet, vilket ML inte diskuterar dels torde förutsätta intern konsistens, tillräcklig för att skapa förutsebarhet å ena sidan samtidigt som den förutsätter något slags allmän legitimitet å den andra. (Det finns i och för sig inget som säger att de kraven är helt oberoende av varandra, det är t.ex. svårt att tänka sig att en rättsordning som helt söker uppfylla en mer eller mindre idiosynkratisk moraluppfattnings krav skulle betraktas som

1 Loughlin 2001, s.9-11

legitim. ML förefaller alltså delvis hävda att legitimitet och intern konsistens i mycket hög grad står i motsats till varandra,)

Det torde i sin tur begränsa möjligheterna för legitim rättslig diskretion, i alla typer av politiska ordningar. En väsentlig begränsning i de möjligheterna finns naturligtvis i den mer formaliserade och generella form av normgivning som präglar det moderna rättssystemet. En annan sida av saken är att domstolarnas behov av acceptans hos de politiska institutionerna kan skapa en stark tendens till självbegränsning vad gäller användandet av den dömande makten.

ML diskuterar i det avseendet hur rättvisan som värdering samtidigt varit en central del av uppfattningen om lagstyre, i synnerhet i den aristoteliska traditionen. Dess uppfattning om lagstyret förutsätter som Loughlin påpekar en uppfattning där världen hänger ihop genom "*the great chain of being*". "*Rule of law, not personal rule*" karakteriserades i sin aristoteliska tappning snarast av att de styrande accepterade rättvisan (att korrigera begångna orättvisor), snarare än att upprätthålla en speciell institutionell ordning, t.ex. maktindelning, det gjorde också dömandet till en praktisk verksamhet. ML betonar vidare att detta deliberativa, praktiska drag i den dömande verksamheten kom att bibehållas under en mycket lång period som i stort sett byggde på en starkt materiell rättvisuppfattning.² Samtidigt innebar även den aristoteliska uppfattningen som ML diskuterar en begränsning av rättens roll i förhållande till politiken, i så motto att generell fördelning av nyttigheter inte var en rättslig fråga utan en politisk. Det man

kan säga är att uppdelningen i politiska respektive rättsliga beslut inte följde någon strikt institutionell ordning utan snarare kan ses som en slags konvention som upprätthölls mer eller mindre konsekvent.

ML diskuterar utifrån några samtida exempel problemen i relationen rätt/politik i termer av tillämpligheten av rättsliga förhållningssätt, t.ex. i termer av rättslig reglering av beslut rörande krigsmaterielexport i fall där den exekutiva makten samtidigt skall tillämpa dessa beslut knappast är underkastad någon omfattande kontroll av den dömande makten.³ En sådan tillämpning innebär de facto att man tillämpar tanken om lagstyre som ett styre av förnuftiga och omdömesgilla personer som utan institutionaliserade kontroller kommer att följa lagen. Ett liknande problem kan enligt ML finnas i den rättsliga tillämpningen av socialrättsliga regler där lagstiftaren inte sällan önskar ge utrymme för att fatta praktiskt rimliga beslut som emellertid kan resultera i betydande osäkerhet vad gäller tillämpningen. Dilemmat är välkänt i den rättspolitiska diskussionen kring lagstiftning, inte minst på områden där politiska konflikt råder, men också där mer normativistiska respektive en mer resultatorienterade styrelsemodeller tävlar.

Rätten och politiken har naturligtvis uppenbara likheter, de kan bägge ses som system för samhällsstyrning och beslutsfattande, men rätten är mer formaliserad, normbunden och med större krav på intern konsistens än politiska beslut. Delvis kan man säga att värderingen av vilken metod som skall användas snarast står att söka i vilken

2 Loughlin, a.a., s.69

3 Loughlin, a.a., s.41-45

grad av förutsebarhet och konsistens man vill uppnå i ett beslut, och vilken vikt andra faktorer skall tillmätas. Det är emellertid en smula förvånande att ML drar en så skarp gräns mellan rättsligt beslutsfattande och politiskt som han trots allt gör. Premissen för distinktionen handlar såvitt jag förstått snarast om en gradskillnad mellan det politiska beslutsfattandets frihet och de olika utrymmen för administrativ och judiciell diskretion som finns på olika rättsområden.⁴ Formaliseringen av det rättsliga beslutsfattandet i jämförelse med det politiska är en väsentlig skillnad som ML betonar, men formaliseringen kan dels ses som institutionell där den är uppenbar och omgärdad med en rad proceduriella regler och dels som ett uttryck för att normtillämpning är radikalt skild från politiskt beslutsfattande, genom själva verksamheten. Med det senare avser jag helt enkelt det som domaren gör när han tolkar normer, till skillnad från fattandet av politiska beslut.

Konstitutionalism

Författaren jämför den också med det brittiska begreppet "*political constitution*" (i kontrast till en rättsligt bindande författning) som i likhet med den aristoteliska formen av

4 Det förefaller uppenbart att avvägningarna mellan dessa varierar på olika områden, medan t.ex. straffrätten söker minimera utrymmet för diskretion inom ramen för generellt formulerade lagbud, har andra rättsområden betydligt större utrymme för diskretion också i normbundet beslutsfattande. På vissa områden kan också utrymmet för diskretion de facto bli större genom mindre möjligheter för klagan och dyl. som minskar högre myndigheters roll.

lagstyre byggde på ett slags institutionaliserad konsensus.⁵ Den formen av konstitutionalism bygger dock explicit på en hög grad av politisk konsensus, åtminstone kring de grundläggande institutionerna. Denna form av "government of clubs" innebar samtidigt behov av social kohesion vilket samtidigt gör institutionerna känsliga för sociala förändringar. Hans utgångspunkt som de flesta post-naturrättsliga jurister är att rätten i ett eller annat avseende är konstruerad, och således är praktisk användbarhet och tillämplighet ett centralt normativt kriterium.⁶ Den praktiska tillämpligheten som ML betonar berör dels rättens interna koherens, men också dess mer symboliska funktioner. Det är problematiskt, eftersom det förefaller möjligt och kanske också troligt att tänka sig konflikter mellan rättens symboliska funktionalitet och dess praktiska konfliktlösande sida. Det gemensamma för dessa uppfattningar av rättens symboliska funktion är att rätten (liksom den "politiska konstitutionen") ses som ett uttryck för gemensamma värderingar, snarare än som en ren konfliktlösningsmekanism.⁷

5 Loughlin, a.s.s.71-72

Loughlin påpekar att *common law* traditionen starkt influerats av den aristoteliska synen på lagstyre som en process som i hög grad hade mindre formella och fler deliberativa drag än den moderna mer formalistiskt inriktade synen. Samtidigt är en sådan form av argumentation sannolikt ofrånkomlig när formaliserade rättskällor är mindre framträdande.

6 Loughlin, a.a., s.21

7 Uppfattningen om konstitutionens starka symboliska sida är emellertid också fullt möjlig i vissa moderna rättsordningar, t.ex. USA där konstitutionens roll i den "civila religionen" ofta framhävs.

Synen på rätten är emellertid också bunden till vissa institutioner, förändringen av den brittiska konstitutionen från en "politisk konstitution" som vilade på politisk konsensus till en (föregivet) mer formaliserad variant som tillämpas av oberoende domstolar. Den senare är ett exempel på vad ML karakteriserat som den normativa synen på rätten. Problemet är emellertid att det inte huvudsakligen är en norm eller ens en metod som denna normativism syftar på utan på en institutionell ordning, nämligen oberoende och opartiska tillämpare av dessa regler. MLs ansats är i många avseenden rimlig eftersom det är svårt att finna en entydig "metod" för rättstillämpning som på varje punkt kan skiljas från värderande eller moralisk (och därmed i sista hand politisk) argumentation. Dilemmat är emellertid att rättens symboliska funktioner bidrar till att skapa konsensus kring rätten som sannolikt underlättas av domstolarnas roll som opartiska institutioner (oavsett deras metod för beslutsfattande). Den formen av politisk konstitution är tänker sig författaren också mer känslig för gradvisa förändringar av andra regler, t.ex. genom det gradvisa införandet av socio-ekonomiska rättigheter i lagstiftningen som successivt antas förändra institutionernas funktioner.⁸

Det är givetvis korrekt i så motto att successiva förändringar kan göras utan de begränsningar som finns i rättsordningar med konstitutionaliserade politiska system och det har samtidigt sannolikt större möjligheter att hantera omfattande förändringar i opinionen än mindre flexibla konsti-

tionella system. Samtidigt konstaterar författaren har domstolarna sökt utforma generella rättsprinciper på det offentlig-rättsliga området för att skapa allmänna regler för hur offentliga verksamheter i vid mening skall fungera.⁹ Dilemmat med det har i en mening varit att trots en lagstiftningen ständigt ökat i omfattning har domstolarna tvungats använda en mer diskretionär metod för att utforma och upprätthålla dessa generella principer, i synnerhet som den också innebar att domstolarna hävdade sitt prerogativ att pröva förvaltningsbeslut enligt dessa principer. En ökande tendens att använda rätten som styrmedel kan alltså sägas ha fått det paradoxala resultatet att behovet av judiciell diskretion på vissa punkter har ökat. Montesquieu hävdade att domarens roll i en monarki är mer centrerad kring att skapa materiell rättvisa, medan domarens roll i en republik (demokrati) är formaliserad och inriktad på att vara "munnen som uttalar lagen". Montesquieus uppfattning kan sägas förutsätta att den politiska sidan av rättens legitimitet kan ersätta eller minska behovet av systematisk förutsebarhet, något som den moderna demokratiska rättsordningarna får anses ställa i tvivelsmål. I bägge fallen kan man se det som uttryck för den politiska ordningen, i monarkin finns ingen proceduriell legitimitet i så motto att monarkens regler inte kan ses som skapade av en representant för medborgarna, vilket är fallet i republiken. Den moderna demokratins problem är dels den offentliga verksamhetens svåröverskådlighet som per se försvårar det ansvarsutkrävande som legitimerade domstolarnas begränsade roll i den demokratiska

Sanford Levinson, *Constitutional Faith*, Princeton University Press, Princeton, 1988

8 Loughlin, a.a., s.100 ff.

9 Loughlin, a.a., s.101-102

republiken, dels de tekniska svårigheter som ansvarsutkrävande ofta medför. Mer extensiv domstolskontroll kan samtidigt ses som en form av kontroll över effektivitet i genomförandet av politiska beslut, men samtidigt kan det ses som ett sätt att upprätthålla ~~de politiska institutionerna, mål som oftast torde vara, men inte behöver vara förenliga.~~

ML konstaterar att detta förrättsligande kritiserats av komunitärt orienterade författare som hävdar att den moderna rättsordningen präglas av en antropologi där rättssubjekten framställs som ensidigt egenintresserade. ML bestrider det i och för sig inte, men problemet är såvitt jag kan se snarast att förrättsligandet visserligen innebär att en form av konfliktlösning ges ett visst försteg. Utifrån det perspektivet ses emellertid inte rätten själv i någon högre grad som ett uttryck för gemensamma värderingar eller konsensus utan som en ganska ensidigt inriktat system för att hantera konflikter. Tendensen till förrättsligande kan dock som antytts också tolkas som ett sätt av flera att skapa effektivitet och ansvarsutkrävande inom vissa samhällssektorer som inte är möjligt att skapa på andra sätt. I en mening kan man dock givetvis anse att själva förekomsten av en rättsordning som inte är sedvanerättslig är ett uttryck för en mer eller mindre omfattande värdepluralism, men den kan också ses som ett sätt att lösa sådana konflikter genom något slags minsta gemensamma nämnare. I vissa avseenden – som ML inte diskuterar – förefaller det rimligaste synsättet på rättsordningen vara att den innehåller ett antal olika komponenter av dessa typer. Den kan ses som en konfliktlösningmekanism, men i empiriskt avseende finns också skäl att tala om underliggande

moraliska principer. Att se rätten utifrån tanken på rättens specifika karaktär i ett avseende leder sannolikt vilse. En rimligare väg till förståelse av rättens problem är förmodligen att se den som ett komplex av olika intressen, politiska principer och systematiska överväganden som blir den uppfattning som åtminstone principiellt ser grunden för rättens interna problem i sådana konflikter.

I förhållandet mellan rätten och politiken visar dock också författarens diskussion hur den politiska konstitutionen tycks ha inkorporerat tanken på att den konstituerande kraften i samhället och den yttersta uttolkaren av konstitutionen aldrig kan konstitutionaliseras. Det skiljer den från den normativistiska författningssynen som snarast tänker sig det konstitutionella systemet som ett slags legalisering av politiken, medan politiska beslut i den politiska konstitutionen anses förbli politiska. Den normativistiska uppfattningen söker maskera politik som juridik medan den politiska konstitutionen låter politiken förbli politik. Den konflikten är emellertid olösbar eftersom rätten å ena sidan kan sägas ha "neutrala" eller "koordinerande" syften, medan den å andra sidan också är ett uttryck för samhällsstyrning, d.v.s. politiska beslut. Den konflikten innebär också att den politiska konstitutionens tendens att likställa rätt med politisk konsensus blir en ofrånkomlig del av det rättsliga systemet.

Författarupplösning:

Carl Lebeck är fil.kand, jur.stud vid Stockholms Universitet.