

ANMELDELSE AF LITTERATUR

Den konstitutionella kartan i en föränderlig värld

AF THOMAS BULL

Helle Krunke, Den Udenrigspolitiske Kompetence, akademisk avhandling 439 sid., 2003.

Inledning

Helle Krunke har skrivit en tankeväckande och välskriven avhandling om ett i dagsläget allt viktigare ämne, den utrikespolitiska kompetensen. Ämnet är stort och det finns inom ramen för en recension inte möjlighet att följa allt Krunke har att säga. Jag kommer därför att nedan presentera avhandlingsämnet något, ge en kortare överblick av avhandlingens innehåll och struktur och sedan lite mer ingående kommentera några teman som jag funnit särskilt intressanta. Det är i hög grad ett personligt urval, men det finns knappast något annat sätt närma sig en uppgift som denna. Det tema som jag ansett vara av störst intresse är det om förändring på det konstitutionella området. Krunkes avhandling är i hög grad ett exempel på rättsvetenskapens sätt att försöka hantera spän-

ningsförhållandet mellan konstitutionens stabilitet och verklighetens föränderlighet.

Ämne och syfte

Ämnet för avhandlingen anknyter till den danska grundlagens 19 §, där det framgår att Konungen (i betydelsen regeringen) innehar den utrikespolitiska kompetensen och att Folketinget bara i vissa frågor måste medverka för att det utrikespolitiska handlandet skall vara grundlagsenligt. Den danska regleringen avspeglar den ordning som i hög grad är rådande i resten av de europeiska demokratierna, att regeringarna är de främsta aktörer på det utrikespolitiska området.¹

1 Se Lindblom, A-K, The Legal Status of Non-Governmental Organisations in International

Krunke formulerar sitt syfte som att undersöka om det skett en utveckling av förhållandet mellan regering och Folketing på detta område och om Folketinget rättsligt kan binda regeringen vid ett visst handlande eller ej.² Avhandlingen frågeställning är dock mer omfattande än så eftersom Krunke också vill belysa hur (eller om) regeringens centrala ställning på utrikespolitikens område kan motiveras idag. Regeringarnas starka ställning på detta område har i hög grad historiska rötter eftersom regeringsmakten inte sällan utformats i linje med den för-demokratiska kompetensen hos Konungen (eller motsvarande). I ett demokratiskt samhälle är det inte självklart att denna ordning måste bestå. Krunke uppmärksammar här särskilt det förhållandet att den funktion som klassiskt sett legat på parlamentet – nämligen lagstiftning – i allt högre grad kommit att utövas gemensamt på den internationella arenan, där regeringarna är primära aktörer och parlament i bästa fall kommer in sent, om alls, i tillskapandet av rättsregler.³ Det är inte längre så lätt att dra en skarp gräns mellan vad som är nationell lagstiftning och vad som är internationella förhandlingar och det kan mot den bakgrunden frågas om inte samma krav på demokratisk förankring bör ställas på dessa företeelser och hur det i så fall skall genomföras. Detta är den stora konstitutionella fråga som Krunkes studie kretsar kring.

En översikt

Studien är upplagd så att efter ett inledande kapitel om syfte och avgränsningar så kommer två relativt teoretiskt inriktade kapitel om metodfrågor och rättskällor på detta område. Krunke behandlar bl.a. vetenskapsfilosofiska frågor, tolkningsläror och sedvanors betydelse på författningsrättsens område i dessa kapitel, som omfattar ca. 90 sidor allt om allt. I det korta kapitel fyra görs vissa begreppsbestämningar som har betydelse för den fortsatta framställningen, bl.a. vad som avses med utrikespolitik, kompetens och kontroll. Kapitel fem presenterar den danska grundlagsregleringen och hur denna uppfattats i dansk doktrin. Vidare presenteras här den klassiska maktodelningsläran, den utrikespolitiska kompetensens placering enligt denna och dess relevans för dansk författningsrätt idag. Till sist tar detta kapitel upp frågan om hur man ur modern demokratiteoris synvinkel kan se på placeringen av utrikespolitisk kompetens till regeringsmakten. Krunke ger i kapitel sex en bild av de förändringar som utrikespolitiken genomgått under efterkrigstiden. Det gäller medlemskapet i EU, internationell politikens ökade betydelse och större juridiska genomslag m.m.

Efter dessa preliminärer vidtar själva studien. I kapitel sju analyseras hur Folketinget agerat på det utrikespolitiska området. I kapitel åtta dras slutsatser på detta underlag om hur den utrikespolitiska kompetensen i grundlagen bör tolkas. Kapitel nio innehåller en komparativ studie av motsvarande förhållanden i Storbritannien, med en liten utvikning om förhållandena i Norge. I de korta avslutande kapit-

Law, (2001) om den utveckling på folkrättsens område som medger också andra aktörer en ställning på den internationella arenan.

2 Krunke s. 1.

3 Krunke s. 141 ff.

len tio och elva (ca. en och en halv sida vardera) dras slutsatser om behovet av en grundlagsändring på detta område och utvecklingens allmänna förenlighet med demokratiska ideal. Resultatet av studien kan (mycket förenklat) sägas vara att Krunke menar att rättsläget rent faktiskt inte längre överensstämmer med vad grundlagstexten anger och att även om en tolkning kan göras som »räddar« denna bristande koherens, så borde en grundlagsändring till. Vidare påpekas i avslutningen att det allmänt tycks ha skett en förskjutning av makten över det utrikespolitiska området till parlaments fördel och att detta sammanhänger med den ökade vikt som utrikespolitiskt beslutsfattande har för den nationella rättsordningen. Krunke, som verkar se positivt på denna utveckling, påpekar att är mer demokratiskt att folkvalda parlament utstakar utrikespolitiken än att regeringar gör det.

De teoretiska ambitionerna

Den reflekterande forskaren

Jag övergår nu till att kort försöka ge några synpunkter på innehållet i sak. Den första gäller de teoretiska ambitionerna. Krunke behandlar teoretiska frågor av många skilda slag, det gäller demokratiteori, vetenskapsfilosofi och frågor om vad som utgör gällande rätt, innehållet i rättskällevärdet, den juridiska tolkningens karaktär, m.m. Jag ser mycket positivt på denna ansats, det innebär att forskaren visar sig ha reflekterat över sin egen verksamhet och satt sig in i det vetenskapliga samtal som förs på det samhällsvetenskapliga området. Kanske kan man fö-

renklat säga att denna typ av text gör det möjligt för rättsvetenskap att kommunicera med de andra samhällsvetenskaperna, som inte sällan betraktar juridiken som en udda fågel. Krunke har som framgått flera teoretiska strängar på sin lyra och lyckas bra i att använda teorin på ett sätt som för analysen framåt. Detta är det viktigaste vid användningen av mer avancerad samhällsvetenskaplig teori i rättsvetenskaplig klädnad, att den verkligen bidrar till den juridiska analysen och inte bara är ett bevis på belästhet. Avhandlingen är på denna punkt framgångsrik.

Hermeneutikens författningsrättsliga relevans

Krunke för en intressant diskussion om rättsfilosofiska perspektivs bidrag till rättsdogmatisk forskning. I denna dras hermeneutik in och författaren Gadamer refereras. Diskussionen utmynnar i att hermeneutiken inte har så mycket att bidra med för den författningsrättsliga teorin och att den kritik mot objektivitet och metod inom samhällsvetenskaplig forskning som Gadamer står för inte omfattas fullt ut av författaren. För egen del anser jag att denna diskussion inte riktigt träffar det för den konstitutionella rätten (och kanske all annan juridik) centrala budskapet i Gadamer hermeneutik, nämligen att tolkning och förståelse är kontextuellt bundna verksamheter som alltid måste utgå från ett subjekt.⁴ Budskapet är inte, menar jag, att det inte finns någon skillnad mellan objekt och subjekt, utan att den skillnad som

4 Denna synpunkt är inte så oskyldig som den kan verka.

finns inte ger möjlighet till någon objektiv sanning i de forskningsfrågor som samhällsvetenskapen rör sig kring. Jag skulle vilja betona tolkningens och förståelsens föränderlighet och därmed också hermeneutikens direkta relevans för Krunkes forskning. ~~Hela hennes avhandling är en omtolkning av en grundlagsbestämmelse, baserad på en ny förståelse av dess samband med förändringar i samhället, rättsliga överväganden och sociala praktiker. Gadamer skulle, tror jag, mena att detta vore väl inom ramen för den hermeneutik som han förespråkade.~~

Inom författningsrätten tror jag att ett ständigt preliminärt förhållningssätt är särskilt värdefullt, då betydelsen av det omgivandet samhällets utveckling är uppenbart på detta område. De hermeneutiska insikterna om förståelsens natur och begränsningar kan bidra till en sådan hållning och är därför av relevans för författningsrätten. Krunkes mer begränsade nytta av hermeneutiken – som en påminnelse om att de positivistiska anspråken på objektiv kunskap inte är realiserbara fullt ut – är naturligtvis också värdefull, men uttömmar inte, menar jag, de lärdomar som kan dras för juridikens del från denna filosofi.

Sedvana som rättskälla

Avhandlingens tema anknyter till en mycket intressant fråga, nämligen den om sedvanors betydelse för den konstitutionella rättens innehåll. Vid en första anblick kan hänsyn till sedvana på detta område anses gå på tvärs med själva grundtanken bakom en skriven grundlag. Den skrivna

författningen som ett normativt dokument – av rättslig karaktär – skall ge stabilitet till den politiska kampen om makt och samtidigt legitimera utövandet av denna makt.⁵ Den normativa författningen innehåller mekanismer för sin egen förändring i form av regler om grundlagsstrifning och grundlagsändring och utgångspunkten är att det är dessa regler som styr innehållet i grundlag. Sedvana som rättsligt fenomen kan, med en sådan utgångspunkt, möjligen passas in på områden som inte regleras av den skrivna grundlagen eller där denna ger utrymme för olika lösningar. Däremot är det svårt att acceptera att sedvana skulle kunna få sådan betydelse att den i direkt strid med grundlagsreglerna skulle ges ett försteg. Det kan t.o.m. ifrågasättas om sedvana kan ha någon roll att spela i den konstitutionella rätten.⁶

Trots detta är det precis det som Krunke diskuterar. För en svensk läsare blir det uppenbart att praxis eller sedvana (beroende på vem du frågar) spelar en mer betydelsefull roll i den danska rättsordningen än i den svenska. I Sverige har det varit en uttrycklig ambition att komma bort från konstitutionell utveckling genom sedvana och istället försöka ändra grundlagen så att den ständigt hålls fräsch och aktuell.⁷ Den

5 Smith/Petersson, Konstitutionell demokrati som begrepp och som ideal, i: Smith/petersson, Konstitutionell demokrati (2004) s. 12 f.

6 Se Smith, *The Constitution Between Law and Politics*, i: Smith (ed.) *The Constitution as an Instrument of Change* (2002) s. 31.

7 Se Bull, Konstitutionella snedsteg, i: Smith/Petersson (red.), Konstitutionell demokrati (2004) s. 71 f.

betydelse som tillmätts sedvana i Krunkes avhandling (och annan nordisk doktrin) känns av dessa skäl tämligen främmande och visar på att det kan finnas betydande skillnader i konstitutionell kultur också mellan nära grannar.

~~Beaktandet av sedvana (eller praxis)~~ ställer den konstitutionellt intresserade forskaren inför ett knepigt problem, för antingen så betyder det att utgångspunkten om en normativ konstitution som reglerar sin egen förändring inte är hållbar eller också innebär det att relationen mellan vad som rättsligt och vad som är politiskt är mer komplicerad än vad konstitutionell teori brukar utgå från. Inte sällan förutsätts att det i någon mening går att dra en självklar gräns mellan dessa två sfärer av mänsklig verksamhet och att det ena inte bör »inkräkta» på det andra. Det är till och med ett konstitutionellt grundkoncept att hålla politiker borta från juridiken och vise versa och när så inte lyckas så ifrågasätts gärna legitimiteten i det som skett.⁸

När det gäller sedvana uppstår en underlig blandning av juridik och politik, eftersom det politiska livets praxis får betydelse för de rättsliga normernas innehåll. Dras den tanken till sin spets förlorar idén om en normativ konstitution sin trovärdighet och legitimitet – de politiska aktörerna kan ändra innehållet i konstitutionen utan bry sig dess formella ändringsmekani-

nismer.⁹ Makten är inte bunden av lagen, utan kan nyttjas godtyckligt. Å andra sidan – dras tanken om den normativa konstitutionen till sin spets kan den, beroende på hur svårt det är att ändra grundlag och grundlagstextens utformning, leda till att makten över grundlagen sparare hamnar i händerna på domare än hos de folkvalda, en utveckling som hos många inger demokratiska betänkligheter och därmed också leder till en förlust av legitimitet.

Krunke finner skäl att (bland annat) utifrån Folketingets och regeringens praxis sluta sig till att det numera finns möjligheter att tolka den danska grundlagen som att regeringen är rättsligt bunden att följa Folketingets anvisningar på det utrikespolitiska området. Detta skulle innebära att grundlagens ordalydelse och den tolkning som varit etablerad inte längre ger korrekt besked om vad som gäller i relationen mellan Folketinget och regeringen på detta område. Bland förutsättningarna för att nå denna slutsats ingår att tona ned betydelsen av de subjektiva kriterierna vid fastställandet av en rättslig sedvana.¹⁰ Det är inte något helt okontroversiellt val, men jag håller med Krunke om att det på detta område finns skäl att göra denna bedömning. Inte sällan är det objektiva det enda bevis som vi har för den subjektiva övertygelsen. Om politiska aktörer agerar som om de vore rättsligt förpliktade är det i sig

8 Typexemplet är så klart när domstolar anklagas för att syssla med politik istället för med juridik, ett påstående som i sig förutsätter att det går att dra en meningsfull gräns däremellan.

9 Se Strauss, *The Irrelevance of Constitutional Amendments*, 114 Harv. L.R. 1457 (2001) för en argumentation om att formella grundlagsändringar är det minst viktiga sättet att nå konstitutionell förändring på.

10 Krunke s. 86 ff.

ett starkt argument för att de också anser sig vara rättsligt förpliktade.¹¹

Själva användningen av sedvana eller praxis är inte helt okänd för svenska förhållanden heller och två exempel från det skatterättsliga området kan ges på när sådana argument haft stor betydelse.¹²

Även i ett konstitutionellt system som uttryckligen strävat efter att undvika denna typ av rättsfigur så dyker den alltså upp. Frågan är om det skall ses som ett misslyckande eller som något oundvikligt. Jag är för egen del benägen att hålla på det senare, att den konstitutionella rätten inte helt kan frigöras från den politiska praktiken den skall normera och att hänsyn till denna typ av praxis, som rättsligt argument är både legitimt och antagligen behövligt. Mot denna bakgrund menar jag att Krunkes studie kan ses som ett värdefullt bidrag på hur konstitutionella frågor låter sig analyseras om vi tillåter praxis att spela en viktig roll, utan att det rättsliga i analysen för den skull behöver stå tillbaka.

Den konstitutionella teorins framtid

Krunkes avhandlingen utgör ett viktigt bidrag till den moderna konstitutionella litteraturen genom att den så tydligt tar fram det spänningsförhållande som råder mellan konstitutionell teori och politisk verklighet. Enligt den dominerande teorbildningen på statsrättens område finns det i princip två alternativa sätt att organisera »det goda samhället«. Antingen enligt maktodelningsläran, som grundas i rädsla för maktmissbruk,¹³ eller enligt folksuveränitetsläran, som drar de demokratiska anspråken till sin spets.¹⁴ Insikten om att dessa kartor i hög grad inte alls överensstämmer med den verklighet de skall underlätta förståelsen av är central för om konstitutionell teori skall ha något att säga om maktutövning under 2000-talet.¹⁵ När Krunke visar att placeringen av den utrikespolitiska kompetensen inte är lätt att förena med vare sig klassisk maktodelningslära eller långt drivna krav på folkrepresentationens delaktighet i det som är av vikt för folkstyrelsen så är detta någonting mycket viktigt.

Det innebär att det finns skäl att ompröva de teoretiska grunderna för hur man ser på maktutövningen i ett demokratiskt

13 Sajó, *Limiting government* (1999) s. 1 f.

14 Hadenius, *Demokrati – en jämförande analys* (2001) s. 110 f., Petersson, m.fl., *Demokratiens grundlag* (2004) s. 25 och 30.

15 Se Balkin, *What is a Postmodern Constitutionalism?* 90 Mich. L.R. 1966 (1992) för perspektiv på de konstitutionella teoriernas användbarhet idag.

11 Till detta kan frågas om det är lämpligt att efter att centrala statsorgan i praxis kommit att agera på ett visst sätt (och därmed väckt förväntningar om samma agerande i framtiden), helt plötsligt ändrar sig och till stöd för en sådan omsvängning enbart anför att man aldrig känt sig bunden av sitt tidigare handlingsmönster – är ett sådant argument trovärdigt? Och vad är uttryck för politiskt godtycke – avsteg från grundlag genom fast praxis eller avsteg från denna praxis när den inte längre passar? Kanske är det mer förenligt med konstitutionalismens grundidé – att undvika godtycklig maktutövning – att ge vikt åt sådan praxis, än att inte göra det!

12 Se Rå 1999 ref 19 och SOU 1995:63 s. 225.

samhälle för att utveckla andra bilder, kartor och teorier som ger bättre möjligheter att analysera vår verklighet. Detta är inte platsen att försöka åstadkomma något sådant, men några ord kan sägas som antyder åt vilket håll jag tänker mig att uppmärksamheten bör riktas.

Maktodelningsläran är i olika avseenden en renodling av faktiska sociala och politiska förhållanden som inte låter sig delas upp så lätt i två, tre eller fler »tårtbitar«. Istället är det så att de lagstiftande, verkställande och dömande funktionerna i hög grad är utspridda och att ett och samma organ har alla eller några av dessa funktioner. Detta är så klart väl känt och i den svenska regeringsformen finns t.ex. ett uttryckligt stadgande som tar sikte på att begränsa riksdagens verkställande uppgifter till de som framgår av grundlag, ett samtidigt erkännande av denna sammanblandning av funktioner och försök till att begränsa denna. På samma sätt är det väl känt att domstolar inte bara dömer i enskilda fall, utan att deras verksamhet ibland liknar eller t.o.m. ersätter lagstiftning på området. Svensk skadeståndsrätt och socialrätt kan tas som exempel på områden där domstolsskapade rättsregler spelat stor roll och förhållandena är likartade i de flesta länder om än i varierande grad.¹⁶ Att regeringar förutom verkställande uppgifter har såväl normgivande kompetens som vissa dömande funktioner behöver inte utvecklas här.

Den renodling som den klassiska maktodelningsläran vill göra mellan dessa funktioner återspeglas alltså inte i praktiken. Detta kan nu ses som relativt oproblematiskt, om man uppfattar läran som en objektiv måttstock, en idealtyp eller liknande. Faran ligger dock i att teorin inte bara får spela rollen av utvärderingsinstrument, utan också ges ett normativt innehåll. Det är lätt att en glidning uppstår där dessa funktioner inte bara teoretiskt delas upp enligt detta mönster, utan där det också argumenteras för att de borde delas upp på detta sätt i verkligheten. Med en sådan glidning uppstår snabbt problem, eftersom konkreta analyser och rekommendationer kan komma att baseras på en uppdelning som inte motsvaras av någon existerande praktik. En viss samhällsordning (t.ex. den svenska) kan kritiseras för att inte innehålla tillräckliga inslag av maktdelning, men själva användandet av det begreppet säger lite, om ens något, om vilka bristerna egentligen skulle vara. Konstitutionellt tänkande riskerar helt enkelt att fångas i sin egen begreppsapparat på ett sätt som gör det svårt att ge konstruktiva bidrag till samhälldebatten.

På samma sätt finns det brister i den konstitutionella karta som utgår från folksoveräniteten. Det »folk« som utgör lärans utgångspunkt är en ren fiktion, avgränsat från de verkliga innevånarna i en stat på ett mer eller mindre väl motiverat sätt. Tanken att folket skall styra sig självt är också det en fiktion, eftersom det är rent praktiskt ogörligt. Användandet av dessa fiktioner är motiverat när det gäller att legitimera ett styrelseskick och förklara dess funktion, men för analysen av hur det faktiskt fungerar, dess brister och fördelar

16 I de nordiska länderna spelar domstolarna sannolikt en mer begränsad roll än vad som är fallet i många andra europeiska länders rättsordningar.

så är det, milt uttryckt, otillfredsställande att använda en fiktiv begreppsbildning som yttersta analysverktyg.

Genom läran om folksuveräniteten får de folkvalda organen – främst parlamenten – en helt central ställning i den politiska teorin. Det är därifrån all makt skall utgå och det är dit ansvaret skall förläggas. Analysen kommer att fokuseras på möjligheterna att ge de folkvalda mer inflytande (eller legitimiteten i begränsningar av detta inflytande), eftersom styrelseskicket därigenom, givet själva begreppsbildningen, blir mer demokratiskt. Givet att styrningen i dagens samhälle, med den betydelse som regering, myndigheter och privaträttsliga subjekt fått över tid, har förändrats på många sätt löper också detta perspektiv risk att bara svara på en del av de frågor som samhällsforskningen borde ta sig an.¹⁷

En alternativ utgångspunkt vore att utgå från att regeringen är det främsta styrelseorganet. Det finns en del goda skäl för en sådan inställning, det är nämligen regeringen som rent faktiskt styr, inte folket eller folkrepresentationen. Vidare skulle en sådan utgångspunkt kunna utgå från styrning och legitimitet som grund

läggande begrepp, inte maktindelningens minimerande av maktmissbruk eller folksuveränitetens maximerande av demokrati. Demokratiskt ansvarsutkrävande av de som styr blir i en sådan modell ett sätt att ge legitimitet till det styrande makten (regeringen) och maktindelning ett annat. Ett sådant synsätt diskuteras bl.a. av Loughlin och för mig framstår det som en intressant väg att gå för den konstitutionella teoribildningen i framtiden.¹⁸ Angreppssättet har potential att bättre kunna hantera de skiftande skeenden som förändrar vår omvärld än de tämligen monolitiska »klassikerna«, utan att vi för den skull behöver hamna i en ny allomfattande teori. Det är hursomhelst på tiden att den konstitutionella teorins kartor uppdateras.

Till sist: Helle Krunkes avhandling är ett tecken på att en sådan uppdatering sker. Den är därvidlag inte bara värdefull för att den ger en god inblick i en fråga av central betydelse för maktutövningen i moderna europeiska demokratier, utan också för att den väcker frågor om hur relationerna mellan statsorganen bäst bör beskrivas.

17 Se Rothstein, *Sociala fällor och tillitens problem* (2003) för en diskussion av demokrati-forskningens något ensidiga inriktning.

18 Loughlin, *The idea of Public Law* (2003).