

Anmeldelse:

Maktfordelingsläran mellan rätt och politik

ANMELDT AF KEATINO TUORI

Henrik Palmer Olsen: Magtfordeling. En analyse af magtfordelingsläran med særligt henblik på den lovgivende magt. Akademisk afhandling. København 2005.

Henrik Palmer Olsen har skrivit sin avhandling om ett tema som både är och inte är aktuellt: maktfordelingsläran. I Danmark har temat visat sin aktualitet framför allt i det berömda Tvind-fallet, där Hojesteret för första gången utövade sin makt att förklara en lagbestämmelse grundlagsvidrig och därmed ogiltig. Lagen gällde statsbidrag till privatskolor och innehöll en bestämmelse som förnekade bidraget till Tvind-föreningen. Domstolen ansåg att lagen berövade föreningen tillgång till domstolen samt slöt ut sakens domstolsbehandling och betydde därför ett ingripande från lagstiftarens sida i domstolsväsendets befogenhet. I Finland har man diskuterat den förre justitieministerns agerande då han i flera sammanhang tog ställning till saker som ännu stod under behandling i domstolar. Uppmärksamhet väckte också ett lagförslag som regeringen överlämnade till riksdagen på sommaren 2005 och som skulle ha omintetgjort arbetsdomstolens beslut i en pågående arbetsvist där staten själv till raga på allt var part.

Sådana händelser vittnar om att maktfordelingsläran även i de nordiska länderna har bevarat sin aktualitet, särskilt med hänseende till den dömande maktens ställning. Men samtidigt kan man påstå att utvecklingen i många andra hänseenden har gått förbi den traditionella läran; maktfordelingsläran tycks vara oförmögen att infånga många sådana förskjutningar i utövandet av offentlig makt som kännetecknar vår samtida. Man kan hänvisa t.ex. till förhållandet mellan nationalstaten och sådana transnationella politiska enheter som EU, till förhållandet mellan staten samt regionala och lokala enheter eller till privatiseringsvågen som har berört även myndighetsutövning. Maktfordelingsläran fokuserar på nationalstaten och har litet att säga om maktförhållandena på det transnationella eller det regionala och lokala planet. Å andra sidan står det klart att europeiseringen och maktförskjutningar till transnationella enheter, framför allt till EU, påverkar också maktfordelningen inom nationalstaten. Mycket har ju sagts om förstärkningen av regeringens och även

domstolarnas ställning på parlamentets bekostnad som en följd av europeiseringen.

Man kunde ha hoppats att Palmer Olsen hade motiverat valet av sitt tema i ljuset av sådana nya maktfördelningsfenomen som inte kan granskas genom den traditionella lärans begreppsliga linser, samt sagt någonting om europeiseringens inverningar på de maktförhållanden där denna lära har bevarat sin begreppsliga och normativa betydelse.

Jag tar knappast fel om jag förmodar att det är framför allt Tvind-saken som har inspirerat Palmer Olsen i valet av forskningstemat och som också förklarar tyngdpunkterna i avhandlingen. Boken är lång, kanske för lång, men ändå behandlar den inte alla de maktrelationer som den traditionella läran omfattar. Vad som saknas är en analys av relationerna mellan den utövande och den dömande makten, dvs. den relation som på sätt och vis historiskt sett utgjorde själva utgångspunkten för lärans utvecklande. Man kan inte inkludera allt men här skulle begränsningen ha krävt litet utförligare motiveringar.

Maktfördelningslärans objekt består av den moderna staten och dess konstitutionella reglering. Det är först under den moderna statens och rättens betingelser då det inträdde en sådan differentiering av statliga funktioner som läran förutsätter; ja, det är egentligen först under moderna förhållanden man överhuvudtaget kan tala om en enhetlig statsmakt vilken kunde fördelas till skilda organ inom staten. Maktfördelningslärans historia börjar med sådana tidig-moderna tänkare som Locke och Montesquieu; att gå längre bakåt i historien leder lätt till anakronismer. När man berättar maktfördelningslärans histo-

ria bör man vara kontext-sensitiv: enskilda författares inlägg har varit schackdrag i bestämda argumentativa och politiska spel. Utan den här kontexten hotar maktfördelningsläran förlora sin förankring och de enskilda inläggen förvandlas till bidrag i en diskussion utan tidsliga eller rumsliga koordinater.

Den historiska delen (*Del 2. Tilbageblik*) bär ett stort ansvar för bokens längd, och samtidigt kan den bedömas som minst givande. Denna bedömning gäller även om de historiska betraktelserna spelar en speciell roll i avhandlingens arkitektur: det är på dem Palmer Olsen bygger de distinktioner han presenterar i det analytiska kapitlet (*Kapitel 6. Analyse af variationer i magtfordelingslaeren*) som förmedlar bokens historiska och rättsdogmatiska delar. Det analytiska kapitlet utgör bokens mest innovativa bidrag till diskussionen.

Palmer Olson skiljer åt det faktiska och det normativ-juridiska i maktfördelningen och redogör sedan för den juridiska maktfördelningens aspekter: den funktionella, den organisatoriska och den personella maktfördelningen. Men man borde kanske ha fortsatt och ställt frågan om växelverkan mellan det faktiska och det normativa, en fråga som var av central betydelse t.ex. för Montesquieu; på den doktrinära nivån gäller frågan om växelverkan mellan maktfördelningsläran å ena sidan som en politisk och å andra sidan som en juridisk doktrin.

Som en juridisk doktrin – man kunde också säga: en juridisk teori – består maktfördelningsläran i enlighet med andra motsvarande doktriner av vissa rättsliga begrepp och principer. De rättsliga begreppen definierar själva statsfunktioner, medan principerna reglerar förhållanden mellan de

statsorgan som bär huvudansvaret för dessa funktioner. Som tillägg kunde man kanske också tala om konstruktioner som utsträcker doktrinen tillämpningsområde till uppgifter som är svåra att klassificeras inom den traditionella tredelningen, såsom utrikespolitiskt beslutsfattande eller beslutsfattande om budgeten. Det som skiljer åt alternativa maktfördelningsläror är det sätt på vilket de definierar grundbegreppen och den *prima facie* företrädesordningen av maktfördelningens principer, t.ex. relationen mellan demokratin och domstolarnas självständighet och obundenhet.

Jag skulle själv lokalisera maktfördelningsläran som en juridisk doktrin till den nivå i rättsordningen jag har kallat rättskulturen. Maktfördelningsläran som en rättskulturell doktrin styr – på ett medvetet eller omedvetet sätt – tolkningen och tillämpningen av grundlagens uttryckliga bestämmelser som i min nivåindelning ligger på rättsordningens yta. Å andra sidan finner maktfördelningsläran sin justification i sådana grundläggande normativa premisser som jag har betraktat som element av rättens djupstruktur. Palmer Olsen har använt beteckningen »teleologiska synpunkter« för de överläggningar som ligger bakom maktfördelningsläran i dess olika varianter. Jag skulle hellre tala här om »djupjustifikationer«.

Palmer Olsens lista på teleologiska synpunkter är intressant men ger också skäl till vissa kritiska kommentarer. I listan ingår hemligheten, effektiviteten, rättssäkerheten, friheten samt ansvaret och kontrollen. Först på listan står alltså hemligheten, som historiskt sett har spelat en viss roll i försöken att betona den utövande maktens – monarkens och hans/hennes by-

råkratis – självständiga position men som ju i dagens läge inte har någon som helst justifikatorisk betydelse. Det som saknas är demokratin som är den centrala motive-ringen särskilt för parlamentets lagstiftningsmakt. Det som också är viktigt att betona är att just djupjustifikationen förklarar alternativa maktfördelningsläro-rs skillnader i t.ex. den *prima facie* företrädesordningen av de rättsprinciper som gäller för statsorganens ömsesidiga relationer.

Som en juridisk doktrin utövar maktfördelningsläran sitt inflytande inte i isolation utan i växelverkan med andra statsför-fattningsrättsliga doktriner. Statsför-fattningsrättens allmänna läror utgör ett slags nätverk där preciseringen av en viss lära påverkar innehållet i övriga doktriner. Maktfördelningsläran står i nära växelverkan med, framför allt, den konstitutionella grundrättighetsdoktrinen samt den demokratiteori som grundlagen anses ge uttryck för. Palmer Olsen diskuterar demokratin, men först i kapitel 10, dvs. efter att ha presenterat sina rättsdogmatiska analyser. Diskussionen borde ha förts tidigare och demokratiförståelsen borde ha granskats som en av de faktorer som påverkar maktfördelningslärans utformning samt därigenom även tolkningen av grundlagens bestämmelser om maktfördelningen.

Grundrättigheter och mänskliga rättigheter – först och främst likheten – kommer in i bilden på enskilda ställen i de rättsdogmatiska analyserna men en sammanfattande granskning av deras betydelse saknas. Tvind-domen, dvs. prejudikatet som utgör avhandlingens bakgrund, är ett gott exempel på sammanknytningen av maktfördelnings- och rättighetsfrågor. Saken gällde inte bara maktfördelningen utan

också likheten, och den kunde ha analyserats även i ljuset av den rätt till rättvis rättegång som garanteras i artikel 6 i EMRK.

Kapitel 10 där Palmer Olsen diskuterar demokratin och maktfördelningen och argumenterar för en demokratiförståelse som förenar flertalsprincipen och likhetsprincipen börjar med en hänvisning till David Doublets begrepp »evalueringsgrundlag«. Såvitt jag korrekt har förstått står Doublets uppfattning om evalueringsgrundlaget ganska nära det som jag har kallat rättens djupstruktur. Det är dock litet oklart om Doublet inkluderade evalueringsgrundlaget i själva rätten eller om det var fråga om »utomrättsliga« bedömningskriterier för den gällande rätten. Min egen uppfattning inkluderar djupstrukturen i själva rätten men betonar samtidigt möjligheten, även sannolikheten, av konflikter mellan rättens nivåer: djupstrukturen, rättskulturen och uttryckliga regleringar och rättsliga besluts yta. Min uppfattning leder också till ett ifrågasättande av en skarp gränsdragning mellan rättsdogmatik och rättspolitik. Palmer Olsen å sin sida tycks uppfatta evalueringsgrundlagets roll mera i rättspolitisk anda, vilket också förklarar den ställning som avslutande del (*Fremblik*) han tillmätt demokratidiskussionen i avhandlingens arkitektur. Mitt eget val hade varit ett annat.

Palmer Olsen har tidigare utmärkt sig som rättsteoretiker. Han inleder också nu sin avhandling med rättssteoretiska betraktelser (*Kapitel 2. Førståelseramme: retsteori og forfatningsret*). Han tar klart avstånd från Ross, föremålet för sin tidigare PhD avhandling. Rättsvetenskapen är för honom en normativ, icke-värdeneutral vetenskap,

en definition som Ross knappats hade underskrivit. Man hade hoppats att Palmer Olsen också hade tagit ställning till möjligheten att ändå uppnå intersubjektivt kontrollbara resultat i dogmatisk rättsvetenskap. Där kunde Doublets evalueringsgrundlag, förstått som en del av själva rätten, kanske ha utgjort en anknytningspunkt.

En annan stor fråga som Palmer Olsen i sina rättsteoretiska betraktningar nog berör men som i mitt tycke sist och slutligen ändå blir obesvarad gäller statsförfattningsrättens specifika normativitet och dess förhållande till politiken. Frågan har ju sin bakgrund i det faktum att statsförfattningen hör hemma i två av det moderna samhällets delsystem, i både det politiska och juridiska systemet, och i tillägg förmedlar och kanaliserar de ömsesidiga inverkningarna av de här delsystemen. Det är ju därför även maktfördelningsläran samtidigt är en juridisk och en politisk doktrin.

Problemet om statsförfattningsrättens förhållande till politiken har flera aspekter. Man kan – och bör – fråga sig vilken roll som tillhör statspraxisen i statsförfattningsrättslig argumentation och hur man borde förhålla sig till möjligheten av konstitutionell sedvanerätt. Ju äldre den skrivna grundlagen är desto mera relevans får dessa frågor. Man kan argumentera – och så gör också Palmer Olsen – att grundlagen bör anpassas till nya omständigheter och att tolkningen av den skrivna grundlagen bör beakta den samhälleliga och politiska utvecklingen. Men myntet har också en frånsida: grundlagen borde inte bli en automatisk legitimationsmekanism för

statsorganens praxis; den borde bevara sin kritisk-normativa funktion.

En annan aspekt i statsförfattningsrättens förhållande till politiken berör gränsdragningen mellan rättsliga och politiska argument, en gränsdragning som förstås kan granskas på en allmän nivå men som har särskild betydelse i statsförfattningsrätten pga. statsförfattnings egendomliga ställning i det moderna samhället. Går det överhuvudtaget att dra en gräns mellan rättsliga och politiska argument? Och, om det går, enligt vilka kriterier? Även här uppmärksammar Palmer Olsen problemet men hans förslag till dess lösning blir öppet.

Kvantitativt sett ligger tyngdpunkten i Palmer Olsens avhandling i den rättsdog-

matiska delen (*Del 3. Indblik*). Där bevisar Palmer Olsen gott behärskande av spelreglerna och internalisering av centrala rättsdogmatiska dygder såsom vikten av en klar, öppen och balanserad argumentering. Den närmare bedömningen av argumentens hållbarhet lämpar jag gärna till mina danska kolleger. Här har jag koncentrerat mig på sådana allmännare tankar som Palmer Olsens ytterst intressanta bok väcker och där diskussionen enligt min mening borde fortsätta. I rättsvetenskapen består ett viktigt, ja, kanske det viktigaste elementet av en undersöknings värde i dess förmåga att inspirera en vidare diskussion. Palmer Olsens avhandling är en värdefull undersökning.