

## Demokratiets nye betingelser i en mer globalisert verden

---

Anmeldelse av »Ret, demokrati og globalisering. Om kosmopolitanisme og empirisme« av Jens Teilberg Søndergård, København: Jurist- og økonomforbundet, 2003.

INGER-JOHANNE SAND, professor, dr. Juris, i offentlig rett, Universitetet i Oslo og gjesteprofessor ved institut for ledelse, politik og filosofi, Copenhagen Business School.

### Introduksjon – demokrati og frihet i en globalisert verden

Boken »Ret, demokrati og globalisering« er et bidrag til en nytenkning av to av de helt sentrale begreper i den vestlige rettslige tenkemåte: demokrati og frihet. Boken er basert på et manuskript som ble forsvart for phd-graden i september 2003, og den er en av de mest nytenkende og originale juridiske avhandlinger i Norden i de senere år. Den er mer et anslag til en ny måte å tenke demokrati og frihet på enn en presentasjon av fullt utviklete teorier, men ikke desto mindre utgjør den et verdifullt bidrag til en diskusjon om helt sentrale og påtrengende rettsteoretiske tema. Det er en retts- og en demokrati-teoretisk avhandling på en og samme tid. De teoretiske kapitlene, bokens innledning og dens del I, fyller langt den største del av boken. Det er kombinert med en mer konkret tematisering og diskusjon av noen eksempler på forsøk på å realisere en mer demokratisk organisering i en globalisert verden med rettslige og institusjonelle virkemidler, bokens del II.

Allerede på de første par sidene blir vi presentert for det sentrale teoretiske perspektiv og det skift i måten å tenke demokrati og frihet på som forfatteren legger opp til. Kants bok »Til den evige fred« fra 1795 presenteres som et utgangspunkt for avhandlingen og som en forestilling om en kosmopolitisk rettsorden. Sentralt her er at demokratiets formål er å skape frihet. Frihet defineres så som et spørsmål om autonomi, og autonomien skal sikres gjennom konstitusjonalisme. Forfatterens ærende er å gi en kritikk av denne formen for kosmopolitanisme. Det sentrale element i kritikken er at frihet går fra å være et spørsmål om *autonomi* til å bli et spørsmål om *tilblivelse*. Innholdet i dette presiseres ved at *tilblivelse* defineres som å stå i et konfliktuelt forhold til konstitusjonalisme. I det ligger det at demokratiet og de prosesser det frembringer, ikke kan ansees som resultater av én gitt felles »fornuft«, men snarere som noe som hele tiden skapes og er under konstant tilblivelse. Forfatteren setter *tilblivelse* foran autonomi i forståelsen av frihet og det konflikтуelle demokrati foran det konstitusjonelle demokrati i vurderingene av hva

demokrati er eller bør være. Dette er standpunkter som har klare implikasjoner for vår tenkning om demokrati og frihet og for vurderingene av hva slags institusjoner vi bør ha for å ivareta en slik tenkning. Det er dette perspektivet som utfoldes i avhandlingen, først ved en gjennomgang av teoretiske perspektiver og så ved en diskusjon av aktuelle forsøk på å skape demokratiske og rettslige institusjoner innenfor det internasjonale samfunn.

Et sentralt utgangspunkt for forfatteren er at tenkningen om og den institusjonelle realiseringen av demokrati og frihet hittil i betydelig grad har vært utviklet som en del av de nasjonalstatlige rammer og under forutsetningen av et klart skille mellom nasjonal og internasjonal rett. De nasjonalstatlige rettslige regimer har hentet en vesentlig del av sin legitimitet fra de demokratisk baserte lovgivningsprosedyrer. Demokrati i »det postnasjonale samfunn« er derimot ifølge forfatteren et omstridt begrep med en rekke uavklarte forutsetninger, både med hensyn til hvordan »samfunnet« kan eller skal avgrenses, og med hensyn til hva demokrati er eller kan være.

## Det teoretiske prosjekt : – fra autonomi og konstitusjonalisme til tilblivelse og konflikt

Boken er en koplign mellom et *teoretisk og kritisk* prosjekt om å forstå frihet og demokrati som tilblivelse og konflikt, sterkt inspirert av Deleuze, Agamben og Machiavelli, og et *konkret* prosjekt knyttet til å forstå demokratiets endrete betingelser og ka-

rakter i en mer globalisert verden. Det teoretiske prosjektet er både en kritikk av det som hevdes å være den førende demokratiteoretiske posisjon som er knyttet til tradisjon og identitet, og en markering av en ny tenkning om demokrati som tilblivelse. Koplign mellom det teoretiske og det konkrete prosjekt er både bokens styrke og dens svakhet. Det ligger elementer i det teoretiske prosjekt som åpenbart bidrar til en viktig og inspirerende nytenkning av demokrati og frihet, i forhold til flere av de nye europeiske og internasjonale institusjoner. Samtidig forblir det et visst gap mellom teoriens høye ambisjoner og abstrakte nivå og de konkrete institusjonsanalysenes litt for knappe og ufullstendige karakter. Teoriene inspirerer til nytenkning, men inneholder også uklarheter og interne motsetninger.

Boken har som nevnt ovenfor to hoveddeler: – del I Teoretiske overvejelser og del II Juridiske konstruksjoner, samt et innledende problemformulerings- og metodeavsnitt og et avsluttende kapittel. Forfatteren starter med en introduksjon og en kommentar til Kants bok om »Den evige fred«. Her presenteres bokens tre hovedbegreper: demokrati, frihet og konstitusjonalisme. Kants idé er at det må skapes en sammenheng mellom disse for at samfunnet skal overleve. Her står ideen om individenes autonomi sentralt. Dette har vært betegnet som en kosmopolitisk visjon. Forfatteren formulerer så en mot-visjon til dette. Demokrati og frihet beholdes som utgangspunktet. Men de defineres nå som lik tilblivelse og prosess. De betegner noe som hele tiden må skapes på nytt. Den politiske diskusjon består hele tiden av kritikk, motstand og uenighet. Tilblivelse og kritikk blir

stående som sentrale trekk ved et (moderne) samfunn som ønsker å overleve. I tråd med det er innledningskapitlet gitt tittelen »Til den evige ufred«.

I de sentrale kapitler 2 og 4 presenterer og diskuterer forfatteren først noen av de tradisjonsbærende demokrati- og rettsteoretikere i opplysningstiden og den moderne tid: Kant, Locke, Kelsen, Hart, Rawls, Dworkin og Habermas. Deretter konfronteres disse med en annen retning i filosofiens historie: Spinoza, Nietzsche, Heidegger, Foucault, Deleuze og Agamben. Den først nevnte gruppe av teoretikere karakteriseres av forfatteren som bærere av en *rasjonalistisk* og delvis også en *idealistisk* tradisjon for å tenke demokrati og frihet der det vises til transcendent standarder eller målestokker for hva disse kan være. Demokrati og forholdet mellom rett og demokrati defineres ut fra bestemte forestillinger eller verdier som går forut for den demokratiske prosess, som for eksempel ideen om en samfunnskontrakt, almennviljen, »the rule of recognition«, rettferdighetsmodeller etc. Habermas' teorier beskrives som en særlig type teori med vektleggingen av en bestemt prosedural legitimitet, men også dette hevdes å være definert ut fra bestemte målestokker for hva slik legitimitet kan være. Opp mot disse teoriene setter forfatteren den *immanente* måte å tenke rett og demokrati på med utgangspunkt i Deleuze' teorier. Her er målestokker ikke tilstrekkelige. De må suppleres, og eventuelt overtrumfes, med et krav om en kontinuerlig nytenkning og kreativ skapelse ut fra de til enhver tid eksisterende samfunnsforhold. Det sentrale er at både rett og politikk alltid uunngåelig må tenkes primært i forhold til den konkrete gitte situasjon (bokens s.71 flg.), selv om

visse målestokker og begreper danner et utgangspunkt. Det innebærer også at det er demokratiet *i sivilsamfunnet* som settes i fokus og ikke de politiske og rettslige institusjonene. De siste er grunnleggende avhengige av at sivilsamfunnet først fungerer demokratisk.

De rasjonalistiske demokrati-modeller hevdes så også å være definerte ut fra forestillingen om bestemte og begrensede identiteter som går forut for demokratiet. Identitetene skal sikres gjennom forestillinger av frihet som autonomi. Demokratiet knyttes så til det formål å uttrykke et bestemt folks identitet. Selv om »folket« avgrensnes relativt kontingent, gjenstår avgrensningen og det gitte folkets videre utvikling som en sentral forutsetning for demokratiet. »Demokratiet får til oppgave å uttrykke en spesifik historisk identitet.« (s.91) Hos Habermas er tilslutningen til en bestemt identitet et kontingent valg, men den utløser samtidig en viss lojalitet til det som er valgt. Forfatteren konkluderer med at alle de rasjonalistiske teorier (kommunitaristiske som liberale) han har diskutert, betrakter demokrati som et spørsmål om en »bekreftelse av identitet«. Demokrati kan derfor lett komme til å handle mer om stabilisering enn om åpenhet og forandring. Frihet defineres her tilsvarende som en sikring av individenes autonomi og som en del av deres identitetsdannelse. Rettens funksjon blir i et slikt bilde ivaretagelse av forutberegnelighet og sikkerhet. Forholdet mellom politikk og rett beskrives som gjensidig avhengige koplinger. Det vil si at sammenhengen mellom dem vektlegges foran motsetningene. Forfatterens konklusjon blir at disse teoriene mangler begreper og potensiale for å kunne forholde seg aktivt til samfunnets endrings-

prosesser og til *kritikk og uenighet* som helt sentrale trekk ved det moderne samfunn.

De Deleuze- og tilblivelses-inspirerte teorier om demokrati som forfatteren setter opp som en kontrast til de rasjonalistiske teoriene, baseres på at »verden ikke er, den *bliver til*« (s.94). Verden så vel som det enkelte menneske er essensløse, de skapes konstant. Derved blir demokrati et spørsmål om en kontinuerlig medskapelse. Frihet må derfor uunngåelig handle om å gjøre motstand mot forestillinger om gitte og begrensede identiteter. Frihet kan bare brukes til å *skape* identitet, ikke bevare den. Sentralt for disse teoriene er synet på språket som sentralt for vårt forhold til virkeligheten og til endringsprosessene. Vårt forhold til endringsprosessene defineres gjennom språket. Språket og dets begreper er ikke gitte størrelser. De refererer ikke til bestemte forhold, men er noe vi hele tiden skaper. Makt og rasjonalitet er dermed forhold som bare kan skapes og eksistere gjennom språket. De er derfor også knyttet til hverandre på en produktiv måte og ikke som motsetninger. Rasjonaliteten står ikke »utenfor« makten, men skapes av den og kan skape den. Demokratiet er borgernes aktive og konstante kritikk av de herskende strukturer (s.75 flg.) som så er i stadig endring. Som borgere er vi medskapere av et demokrati i endring og ikke primært tilsluttet bestemte politiske fellesskap.

Det innebærer at frihet, uomgjengelig, også er en tilstand av *usikkerhet*. Det er dermed en motsetning mellom frihet og sikkerhet som også svarer til en motsetning mellom demokrati og rettsstat. Dette er ikke nytt, men forfatterens styrke er at han framhever kombinasjonen av at dette er en reell motsetning, og at den samtidig er pro-

duktiv og viktig. Fordi retten og rettsvitenskapen ofte har ivaretatt sikkerhet og forutberegnelighet som grunnleggende verdier, så velger forfatteren her å markere betydningen av at retten også innses betydningen av den andre siden. Det vil si at retten mer aktivt må forholde seg til demokrati, frihet som tilblivelse, forandring, kritikk og uenighet, og til at dette også er en del av rettens fundament.

Forfatteren ønsker å hente frem igjen demokratiets mer »farlige« og utfordrende sider: potensialet for å formulere konflikter, motstand og uenighet, fordi dette er viktige, skapende og uunngåelige sider ved demokratiet. I formuleringene av denne problemstillingen kommer imidlertid forfatteren til å forenkle forholdet mellom rett og demokrati i beskrivelsen av både de tradisjonelle institusjonene og i de teoriene han selv setter fram. Rettens oppgaver beskrives for entydig som knyttet til sikkerhet og stabilitet. Den deleuzianske tilblivelse beskrives på sin side på en for ahistorisk og kontekstløs måte. Institusjonene settes utenfor uten noen nærmere diskusjon.

## Globalisering, makt og frihet

Forfatteren anvender så disse teoretiske innsiktene i retten, som en motsetning av sikkerhet og usikkerhet, av stabilitet og tilblivelse, først på rettens og demokratiets generelle betingelser i en mer globalisert verden og deretter på noen konkrete rettslige institusjoner og traktater som er skapt for å bidra til mer demokratiske ordninger på europeisk og internasjonalt nivå i det stadig mer globale samfunn. Her vises det til anerkjente arbeider om globaliseringens

nokså omfattende faktiske karakter, økonomisk, teknologisk og kulturelt, samt til debatten om miljøet og miljøproblemene som internasjonale og til den økende internasjonale migrasjon. Det vises til at flere av disse endringene innebærer *nye forutsetninger for utøvelse av politikk og for dannelsen av rett*. De nasjonalstatlige politiske aktører utfordres og mer internasjonale institusjoner og beslutningsprosesser kommer i spill. Rettens og demokratiets betingelser i en mer global tid diskuteres så dels i forhold til Kant og hans visjoner om et kosmopolitisk demokrati, og dels i forhold til Machiavelli og hans teorier om makt. Kant, og de som senere forfølger viktige trekk ved hans teorier (som Rawls og Habermas), hevdes å legge til grunn en tett sammenvevning av rett og politikk/demokrati der grunnleggende rettigheter for borgerne tillegges stor betydning for begge institusjoner (s.133 flg.). Sentralt i Kants tekster står ideen om en kosmopolitisk besøksrett som tilkommer alle på tvers av grenser. Derrida har imidlertid vist begrensningene ved en slik rett idet den bygger på statsborgerskapet og dermed er tenkt med utgangspunkt i og som en del av nasjonalstatlige og eksekverbare rettssystemer. Dermed vil det defineres av det nasjonalstatlige skille mellom statsborgere og andre. Forfatteren hevder at det er et grunnleggende problem ved den kantianske kosmopolitanisme at retten tillegges primat i forhold til politikken. Dermed blir den *politiske* frihet begrenset. Etter mitt syn er dette et av de steder i boken der forfatteren blir for unyansert i beskrivelsen av de teorier han er uenig i. Forfatterens styrke her er at han peker på et viktig problem ved anvendelsen av omfattende rettigheter. Svakheterne ligger i at det sammensatte og gjen-

sidig virkende forholdet mellom rett og politikk reduseres til en forenklet formel om rettens primat uten at den gjensidig virkende modell med konstituerende rettigheter og borgernes aktive deltakelse diskuteres.

Machiavelli settes som den motsatte pol i det teoretiske landskapet (s.157 flg.). Det sentrale poeng i Machiavellis tekster er fremhevelsen av makt som også et gode. Politikk handler om å ta noen valg, vinne flertall og så gjennomføre det man står for. Enighet og konsensus er ikke alltid mulig eller ønskelig. Uenighet og strid er også en del av demokratiet og politikken. Å se bort fra det kan være udemokratisk. Når forandringer er viktige sett fra makthaverens eller flertallets side, kan det være viktig å gjennomføre det på tross av et mindretalls ønsker. Styrken i Machiavellis fremstilling er en klarhet omkring hva politisk makt kan være, og av nødvendigheten av bruk av politisk makt i komplekse og stadig foranderlige samfunn. Hos Machiavelli benektes eksistensen av visse gitte formål i samfunnet som »gode« per definisjon. Et bedre samfunn kan bare utvikles gjennom konflikter og motstand og ved at samfunnet stadig skapes på nytt.

## Demokrati og institusjonelle eksperimenter

Med bakgrunn i disse ulike visjonene om hva demokrati kan være, analyserer forfatteren så noen internasjonale organisasjoner (Europarådet, Den Europeiske Union, OAS og Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol) samt begrepet om selvbestemmelse (kap.6 og 7). I disse organisasjonene spil-

ler deres rettslige grunnlag en nokså stor rolle for hvordan de fungerer. Ivaretagelse av menneskerettigheter og demokrati er gjort til kriterier for medlemskap. EMD behandler også løpende saker om medlemsstatenes praktisering av menneskerettighetene. Dette innebærer at *politiske organisasjoners* konstituering og medlemskrav gjøres avhengig av *rettslige* tolkninger av demokrati og menneskerettigheter. EMD har også hatt saker til behandling som angår de demokratiske spillereglene i medlemsstatene. Det gjelder konkret retten til å danne politiske partier og disse partienes forhold til pluralisme og ytringsfrihet (Refah Partisi mot Tyrkia). I denne dommen fra EMD aksepterte flertallet staten Tyrkias rett til å avvise et politisk parti fordi det ble antatt at partiet hadde et uklart forhold til demokratiske og pluralistiske verdier. Et annet eksempel på en viktig dom der en domstol vurderer demokratiske organisasjoners grenser og kriterier er den tyske forfatningsdomstolens Maastricht-avgjørelse (Bundesverfassungsgericht, 1989, s. 186 flg.) (boken s.244 flg.). Forfatteren formulerer en kritikk av at domstolene i disse sakene i for stor grad smelter sammen henholdsvis demokrati og grunnleggende rettigheter og demokrati og folkesuverenitet, og av at viktige trekk ved demokratiets utvikling blir gjort til rettslige spørsmål uten at grensene for en slik prøving problematiseres tilstrekkelig. Det kan bidra til at de potensielle motsetninger mellom frihet som tilblivelse og som sikkerhet tilsløres, og at demokratiets utvikling som tilblivelse og som pluralisme ikke trer klart nok frem. Forfatteren hevder at det også er uklart hvilke premisser for hva demokrati og grunnleggende rettigheter er, som domsto-

lene legger til grunn i slike saker. Domstolene har ikke alltid et godt nok grunnlag for å vurdere hva slags modeller for demokrati som bør legges til grunn. Domstolene kommer også selv uvegerlig i en dobbeltrolle her fordi de både selv er aktører i et spill om demokratiets institusjonelle balansegang, og iscenesetter seg selv som de nøytrale voktere av det samme demokrati (s.225).

## Reelle motsetninger mellom demokrati og rett som sikkerhet

I konklusjonsavsnittet trer forfatterens formål med arbeidet klarere frem. Det handler dels om å bidra til en demokrati-teoretisk diskusjon og dels om å diskutere ulike forståelser av demokrati og frihet i forhold til noen av de nyere europeiske og internasjonale institusjoner og traktater. Avhandlingen formulerer en generell kritikk av den uklarhet om hva demokrati er, som skapes når de politisk-demokratiske og de rettslige institusjoner koples for tett til hverandre, og når dette også praktiseres institusjonelt gjennom domstolers prøving av kriterier for demokrati. Forfatterens ærende her er at for tette koplinger mellom rett og demokrati kan begrense demokratiets utfoldelse som frihet, som noe som hele tiden må skapes, og som noe som også skaper uenighet og motstand. Demokratiets tette kobling til frihet og dets potensiale for motstand, uenighet og forandring må revitaliseres og tre tydeligere frem fordi det er her demokratiets betydning og kvalitet ligger, og ikke i koblingen til sikkerhet og rett (s.298-299). Forholdet mellom frihet som motstand og som sikkerhet bør, etter forfatte-

rens mening, tre frem som en reell motsetning. Forfatteren peker på at den rasjonalistiske og kantianske kosmopolitiske retning i demokratiteorien, kan komme til å forhindre eller begrense demokratiets potensielle for frihet og forandring.

Avhandlingen og boken er et ambisiøst, provoserende og svært verdifullt bidrag til den nokså viktige diskusjonen om demokratiets og rettens endrete og krevende betingelser i en mer globalisert verden. Det er etter mitt syn et større problem at vi mangler flere slike bidrag enn at de bidrag som kommer formulerer seg for kritiske i forhold til de eksisterende institusjoner. Det er et betydelig problem i dag at demokrati og rett og de institusjoner de har utfoldet seg gjennom, hittil primært har vært utformet på det nasjonalstatlige nivået og derfor har problemer med å finne former som fungerer på regionale og globale nivå. Mange av de sosiale og økonomiske dynamikker er i dag internasjonale eller globale. Det er derfor et behov for beslutningsprosesser som også er demokratiske på disse nivåene. Denne boken utfordrer en måte å tenke demokratiet på som har hatt en stor innflytelse både filosofisk og teoretisk og mer praktisk og politisk. Jeg er enig med forfatteren i at det kan være et problem at de tette koblingene mellom demokrati/politikk og rett har bidratt til å tilsløre de mer stridbare og uenighetsorienterte sider ved demokratiet spesielt i den retsteoretiske og -vitenskapelige litteratur.

Tatt på ordet kan imidlertid noen av forfatterens formuleringer se ut til å gå for langt i å diskreditere betydningen av grunnleggende rettigheter for å skape forutsetninger for frihet for borgerne til å agere demokratisk. Forfatteren tar ikke opp den

problematikk som er knyttet til at grunnleggende og like rettigheter til alle borgere kan bidra til å konstituere alles like muligheter for deltakelse i diskusjonen og dermed den mulige gjensidige avhengighet mellom visse rettigheter og et aktivt demokrati. Det er også andre og viktige sider ved de problemstillingene og teoriene som nevnes, som ikke tas opp til en tilstrekkelig kritisk diskusjon. Det gjelder åpenbart vektleggingen av utøvelsen av makt i Machiavellis forstand. Problemene med maktens utøvelse av makt uten grenser er langt på vei utelatt i forfatterens optikk. Her er det etter mitt syn behov for langt mer nyanserte diskusjoner, også med henblikk på hvordan makt og demokratiske diskusjoner utøves på det internasjonale nivå. Juridisk kontroll av politisk makt kan gå for langt, men det kan også være et problem at kontroll av de faktiske maktavere er fraværende. Den politiske makt er ikke alltid demokratisk, og selv om den er demokratisk organisert, så kan den inneholde svakheter. Det er videre vanskelig å se at man kan komme utenom bruk av institusjoner som også er rettslig konstituerte. Forfatteren har nødvendigvis måttet foreta en betydelig seleksjon med hensyn til både teorier og den argumentasjon som legges fram, og det må være i orden. Jeg velger å lese avhandlingen og boken som ett viktig og inspirerende bidrag til diskusjonene dels om forholdet mellom rett/sikkerhet og demokrati/frihet i den demokratiske modell mer generelt, og dels mer spesielt om de aktuelle utfordringene demokratiet står overfor i en mer global tidsalder. Forfatteren har gjort et viktig arbeid ved å bidra til å bringe inn nye teorier i den demokrati-teoretiske diskusjon. Dette er teorier som er vel egnet til å diskutere noen av de

helt sentrale kvaliteter ved demokratiet på en kritisk måte – spesielt i forhold til disku-

sjonene om hva demokrati kan være på det globale og internasjonale nivå.

---