

Jacob Mchangama i RÆSON:

Ministrenes nye magt



”Love som arbejdsmiljøloven, naturbeskyttelsesloven og ligestillingsloven giver ministrene vid adgang til at udstede regler, der fraviger principperne i hovedloven. Bemyndigelsen er ofte så bred, at ministeren reelt gives adgang til at lovgive efter forgodtbefindende, frem for at administrere i henhold til klare bindende regler. Da det foregår i bureaukratiet, er der endvidere langt større risiko for, at specielle interesser via lobbyarbejde eller personlige forbindelser får en usund indflydelse. Den stigende koncentration af magt hos den udøvende magt medfører, at en bred vifte af de regler, som indskrænker danske borgeres personlige frihed, ikke meningsfuldt kan siges at være vedtaget af et flertal af folketinget. Disse regler bestemmes i stedet af en minister og dennes snævre kreds af embedsmænd.”

Politikerne blander sig for meget – så meget, at det truer retsstatsprincippet. Det mener Jacob Mchangama, der er advokatfuldmægtig og ekstern lektor i international menneskerettighedslovgivning. I RÆSON opfordrer han til, at danskerne – nu hvor EU-forfatningen er udskudt – bruger tiden til først at indføre en ny Grundlov, der kan ”tvinge politikerne til at overveje, diskutere og vægte fremsatte lovforslag i langt højere grad, end det er tilfældet i dag”.

Af Jacob Mchangama

SOM BEKENDT har befolkningerne i Holland og Frankrig netop forkastet den europæiske Forfatningstraktat. Blandt grundene til vælgernes afvisning var følelsen af, at væsentlige politiske beslutninger i stigende grad bliver taget i Bruxelles frem for af de nationale parlamenter eller borgerne selv, samt at traktaten med dens mange artikler og indviklede regler var uoverskuelig og umulig at forstå. Disse kritikpunkter har også været luftet i den danske debat vedrørende Forfatningstraktaten og deles af en væsentlig del af den danske befolkning. Men vores egen hjemlige politiske kultur og retstradition er faktisk i stigende grad sammenlignelig med den som har udviklet sig i EU-regi. Danske politikere tildeler nemlig også løbende sig selv magt på borgerens bekostning via en endeløs række af love og regler, der indsnævrer borgerens frihed. Da afstemningen og dermed debatten om Forfatningstraktaten er afblæst kunne danske borgere derfor passende rette blikket indad og debattere vores egen politiske kultur, herunder Grundloven, og vurdere om den indeholder den rette magtbalance imellem stat og individ. I det følgende argumenteres således for, at politikere og embedsmænds beføjelser er for vidtgående og for at indføre en ny grundlov, der i langt højere grad er baseret på

retsstatsprincippet og dermed beskytter individet mod overflødig lovgivning og regelformynderi.

Retsstatsprincippet og dansk politik

"Den statsform, vi har, [...] kaldes demokrati, fordi styret ikke er samlet hos nogle få, men hos flertallet." Dette Thukydid-citat er pensum på ethvert dansk gymnasium og er blandt europæiske politikere så tiljuble, at det er fremhævet i præamblen til den Europæiske Unions Forfatningstraktat. Det er derimod sjældent, at følgende passage fra Aristoteles' "Statslære" bliver citeret af politikere: *"det er altså at foretrække, at loven hersker frem for en hvilken som helst af borgerne"*. I samme værk skriver Aristoteles, at *"hvis demokratiet virkelig skal regnes for en forfatning, er det følgende indlysende, at den statsordning, hvorunder alting bliver administreret på grundlag af de beslutninger, der vedtages i Folkeforsamlingen, ikke er et demokrati i egentlig forstand, da Folkeforsamlingens beslutninger i intet tilfælde kan have generel gyldighed."*

Disse tidlige indsigter medvirkede utvivlsomt til, at et af kardinalpunkterne i de konstitutionelle demokratier, som blev født af oplysningstiden, var at tøjle den lovgivende og udøvende magt således, at

disses repræsentanter ikke misbrugte deres magtbeføjelser. Man var, med rette, bange for, hvad politikere kunne finde på at vedtage af love og for, hvordan embedsmænd ville forvalte de vedtagne love, såfremt de blev tillagt for stor skønsmargin i håndhævelsen deraf. Man indså, at vid skønsmargin var lig med arbitrær magtanvendelse og uforeneligt med det frihedsideal, det konstitutionelle demokrati hvilede på. Det frihedsideal kaldes retsstatsprincippet eller "the rule of law", som det noget mere sigende hedder på engelsk.

Retsstatsprincippets indhold

Centralt for retsstatsprincippet er, at samfundet er baseret på love, der er af en generel natur og bindende for alle, både privatpersoner og staten. Det er endvidere et særligt kendetegn, at borgerne, men ikke staten, er frie til at foretage sig enhver handling, der ikke er udtrykkeligt forbudt ved lov. Det er med andre ord undtagelsen, at noget forbydes ved lov – og det skal i alle tilfælde kunne begrundes objektivt. De generelle love er i form af eller udtryk for *almindelige retsgrundsætninger*, der er opstået over tid. Disse grundsætninger er, som i det angel-sakiske "common-law"-system, krystalliseret ved domstolspraksis fremfor ved kodificering. Et karakteristisk træk ved retstilstanden i en retskultur baseret på retsstatsprincippet er således, at lovgivning alene er et supplement til retsgrundsætningerne, og at lovgivning skal være af samme generelle natur som disse retsgrundsætninger for at være gyldig. Samtidig opstiller borgernes individuelle frihedsrettigheder absolutte grænser for, hvilke frihedsindskrænkninger, der, selv ved generelle regler, kan indføres ved lov. Retsstatsprincippet gør således borgerne i stand til at udfolde sig frit og forfølge egne mål indenfor nogle vide og på forhånd fastlagte rammer. Borgerne pålægges derfor i altovervejende grad kun de positive forpligtelser, de selv frit har påtaget sig. Følgelig kan de på forhånd forudse hvilke handlinger, der vil blive mødt med sanktioner fra statens side, hvorfor borgerne kan indrette sig derefter.

I Danmark har vi bl.a. på området for erstatningsret og kollektiv arbejdsret almindelige og ukodificerede retsgrundsætninger, der er opstået over tid og udviklet ved retspraksis. Et lovgivningseksempel, der lever op til retsstatsprincippet er aftaleloven - som fastslår, at aftaler frit kan indgås, og at en indgået aftale er bindende. Til dette udgangspunkt gælder der dog en række undtagelser, såsom svig, tvang, falskneri, bristede forudsætninger og

urimelighedsbetragtninger, der gør visse aftaler ugyldige.

Så snart den offentlige debat, oftest ansporet af medierne, har identificeret, hvad en tilpas stor del af befolkningen eller indflydelsesrige interesseorganisationer anser som et problem, hastes en lov igennem.

Den lovgivende magt

I Danmark har vi ikke en stærk tradition for opretholdelse af retsstatsprincippet. Ordlyden af vores pragmatiske grundlov fra 1849, der tillægger kongen både lovgivende og udøvende magt, er på visse punkter i direkte modstrid med princippet. Grundlovens nuværende praktiske anvendelse, med dens begunstige af den udøvende magt, har kun i ringe grad kompenseret for dette faktum. Hertil kan man lægge, at frihedsrettighederne i Grundloven er ganske svage, samt at domstolene er tilbageholdende med at tilsidesætte den lovgivende og udøvende magts love og afgørelser. Men en af de alvorligste trusler mod retsstatsprincippet kommer fra den stigende tendens til at politisere og lovgive om alle slags samfundsforhold. Så snart den offentlige debat, oftest ansporet af medierne, har identificeret, hvad en tilpas stor del af befolkningen eller indflydelsesrige interesseorganisationer anser som et problem, det være sig ghettodannelse, lejeforhold, fedme eller alkoholpolitik, hastes en lov igennem. Disse love er altid begrundet i det fælles bedste og præsenteres som løsningen på presserende samfundsproblemer. Men som oftest indskrænker de borgernes frihedssfare og sætter hindringer i vejen for borgernes løsning af problemerne hinanden imellem. Samtidig tillægger lovindgreb ofte en speciel befolkningsgruppe (f.eks. lønmodtagere, landmænd, sukkerproducenter etc.) privilegier, som andre grupper ikke nyder. Når love kan vedtages i ét væk uden at leve op til de sikkerhedsgarantier, som retsstatsprincippet opstiller, og når skiftende flertalsstyrer frit kan tilføje og ændre sådanne love, bliver borgerne reduceret til deltagere i et spil, hvor reglerne konstant ændres. Da flertalsstyret ikke har brug for de borgere, der ikke støtter op om det

bestående flertal, bliver mindretalsborgerne taberne i dette spil. Uden retsstatsprincippet bliver lovgivning dermed til et ukontrollabelt magtredskab og selve ideen med lovgivning i stigende grad meningsløs.

Hvis vi vender tilbage til eksemplet med aftaleloven, så har Folketinget på en bred vifte af områder valgt at sætte aftalelovens princip om aftalefrihed ud af spil. Lejeområdet er et godt eksempel herpå. Reguleringen på dette område er i høj grad vedtaget med henblik på at beskytte lejere, men den har nået et punkt, hvor selv jurister har svært ved at forstå, hvad de forskellige regler egentlig foreskriver. Endvidere har reguleringen medført en lang række indgribende og/eller utilsigtede konsekvenser såsom at indskrænke borgernes råderet over deres private ejendom, samt at gøre lejemarkedet til lukket land for en stor del af den danske befolkning, der ellers har hårdest brug for billige lejeboliger. Retsstatsprincippets krav om gennemsækelighed og lighed for loven er med andre ord sat ud af spil. På andre retsområder f.eks. forbrugerforhold, skat og miljø har overdreven og konstant regulering også medført utilsigtede og samfundsskadelige konsekvenser.

Reguleringen på lejeområdet er i høj grad vedtaget med henblik på at beskytte lejere, men den har nået et punkt, hvor selv jurister har svært ved at forstå, hvad de forskellige regler egentlig foreskriver.

En advarsel fra 1836

På trods af retsstatsprincippets svage fodfæste i dansk rets- og politisk kultur er det i en vis grad ironisk, at vores nuværende politikere i den grad ser lovgivning som værende ønskværdig og nødvendig på snart set ethvert samfundsområde. I 1836 overvejede man at indføre en generel "lovbog" efter fransk forbillede, og allerede i den forbindelse advarede en komité nedsat af Stænderforsamlingerne og bestående af en række af landets fremmeste jurister:

"Dernæst er det vel at mærke, at retsforholdene, især de private retsforhold, udvikler sig efterhånden til et sammenhængende hele ved praksis, og at denne udvikling er sikrere og bedre end den, der sker ved lovgivning, idet praksis kun afgør det bestemte tilfælde, som det virkelig møder,

og efter at sagen er prøvet ved flere domme gennem flere instanser. Der bliver således en indre sammenhæng i retsudviklingen, som tiltaget gøres, selvom den mest udmærkede lovkoncipist påtager sig at opfatte og koncentrere hele den gældende ret utallige og tildels individuelle sætninger i den nye lovebogs almindelige regler".¹

Komitéens konklusioner, der set i forhold til retstilstanden i dagens Danmark vel nærmest er af profetisk karakter, indeholder stor visdom, som den nuværende politiske kultur kunne lære meget af. Såfremt man fulgte komitéens anbefaling og i overvejende grad overlod retsudviklingen til borgerne selv med domstolene som uafhængig sidste instans, ville retstilstanden udvikles af konkrete erfaringer og ved interaktion borgerne imellem og dermed på borgernes egne præmisser. Retstilstanden ville derfor i høj grad udgå direkte fra befolkningen selv. Dette står i skarp modsætning til lovgivning og administrative forskrifter udstedt ovenfra af politikere og embedsmænd, som ofte ikke vil have nogen forudsætninger for at forstå det område, de lovgiver, udsteder eller administrerer regler på. Sådanne love og forskrifter vil samtidig altid afspejle et underliggende politisk hensyn, der strider mod en større eller mindre gruppe af borgernes interesser. Og effektiviteten af love og forskrifter vil i sidste ende hvile på magt og tvang.

Liberalisering af retstilstanden

Disse erfaringer tilsiger, at man på en lang række områder, specielt det privatretlige, liberaliserer retstilstanden. På boligområdet kunne man f.eks. ophæve den omfattende regulering og lade retsforholdet mellem lejer og udlejer være reguleret alene af aftaleloven. Dette ville stadig medføre, at nogle af de hensyn, som boligreguleringen søger at opnå, såsom at forhindre grov udnyttelse af lejere, kunne håndhæves. Men håndhævelsen ville være langt mere specifik og tilpasset boligmarkedets faktiske tilstand fremfor nu, hvor reguleringen ofte griber ind i frit indgåede aftaler, hvor der reelt ikke er et beskyttelsesbehov. Samtidig ville en sådan løsning føre til, at boligmarkedets parter selv løbende kunne tilpasse sig de forhold og samfundsmæssige ændringer, som ingen lovgivende forsamling kan forudse. De erfaringer, som boligmarkedets parter løbende ville gøre sig, ville tillige resultere i nyttige, men fravigelige kutymen, som domstolene i mangel

¹ Citeret fra Ditlev Tamm, "Dansk Retshistorie" p. 243. 2. udgave Jurist- og Økonomforbundet, 1996.

af klare aftaler kunne lægge vægt på i deres afgørelser. En liberalisering af retstilstanden ville derfor have en præventiv og selvkorrigerende effekt i forhold til de systemfejl, som lovgivningens statiske og tilfældige karakter uundgåeligt medfører.

Den stigende koncentration af magt hos den udøvende magt medfører, at en bred vifte af de regler, som indskrænker danske borgeres personlige frihed, ikke meningsfuldt kan siges at være vedtaget af et flertal af folketinget.

Den udøvende magt

Hvad der er endnu mere ødelæggende for retsstatsprincippet end antallet af nye love er, at mange af disse love bemyndiger en minister til at udfærdige retligt bindende regler i bekendtgørelser. Nogle love er endda såkaldte rammelove, der ikke indeholder andet end en bemyndigelse. Arbejdsmiljøloven, naturbeskyttelsesloven og ligestillingsloven giver således henholdsvis arbejdsministeren, miljøministeren og ligestillingsministeren vid adgang til at udstede regler, der fraviger principperne i hovedloven. Dette sker ved for eksempel at undtage forskellige typer virksomhed eller kategorier af borgere ud fra kriterier, der ikke er gennemskuelige for de berørte borgere, organisationer og virksomheder. Bemyndigelsen er ofte så bred, at ministeren reelt gives adgang til at lovgive efter forgodtbefindende, fremfor at administrere i henhold til klare bindende regler. Da udfærdigelsen af sådanne regler foregår i bureaukratiet og ikke ved en gennemskuelig og offentlig proces, er der endvidere langt større risiko for, at specielle interesser via lobbyarbejde eller personlige forbindelser får en usund indflydelse på indholdet af reglerne. Sådanne specielle interesser kan derfor blive stillet bedre end de borgere, virksomheder eller organisationer, der ikke formår at pleje forbindelser med den ansvarlige minister og hans/hendes regering. Dette underminerer et af retsstatsprincippet's vigtigste søjler, nemlig den formelle lighed for loven, og øger risikoen for magtfordrejning.

Den stigende koncentration af magt hos den udøvende magt medfører, at en bred vifte af de regler, som indskrænker danske borgeres personlige frihed, ikke meningsfuldt kan siges at være vedtaget af et flertal af folketinget. Disse regler bestemmes i stedet af en minister og dennes snævre kreds af embedsmænd. At et flertal uden videre kan vedtage indskrænkninger i et mindretals frihedssfære er i sig selv problematisk og et evigt demokratisk dilemma. Men når sådanne beføjelser tillægges enkeltpersoner, tillægges denne person samtidig arbitrær magt over almindelige borgere. I stedet for at politikerne tjener borgerne, vil borgerne tjene politikerne.

Det første krav til en ny Grundlov: Frihedsrettighederne

Da retsstatsprincippet hverken har et solidt fundament i dansk retstradition eller politisk kultur, er det ikke sandsynligt, at danske politikere af egen drift vil frede samfundsområder fra politisk indblanding og dermed mindske politikere og bureaukraters indflydelse på og magt over borgernes daglige liv. For at retsstatsprincippet kan få gennemslagskraft, ville det derfor være nødvendigt med en grundlovsrevision med nye centrale bestemmelser baseret på retsstatsprincippet. En sådan revision er for omfattende til en udtømmende beskrivelse her, men to fundamentale tiltag ville være særligt magtpåliggende.

Indledningsvis bør borgernes frihedsrettigheder udvides og forstærkes. Dette kunne opnås ved at tilføje en lang række ekstra (negative) frihedsrettigheder til det eksisterende rettighedskatalog. Men som den amerikanske forfatnings fader James Madison forudså, er der en overhængende fare for, at et langt rettighedskatalog vil blive fortolket som udtømmende. Kataloget ville derfor risikere at få den utilsigtede effekt, at borgerne alene har de rettigheder, som kataloget opregner, mens politikere frit kan indskrænke alle de dele af borgernes liv, der ikke umiddelbart er beskyttet af en opregnet rettighed. Det ville derfor være mere formålstjenstligt om man indfører en bestemmelse om, at de frihedsrettigheder, der er indeholdt i Grundloven, ikke er en udtømmende opregning af de frihedsrettigheder, som borgerne rent faktisk besidder.

En sådan bestemmelse ville fastslå, at borgernes rettigheder ikke tildeles af staten, og at den magt, som staten nyder og udøver, er tildelt af borgerne –

og i alle tilfælde skal respektere borgerne, deres frihedsrettigheder og -sfære.²

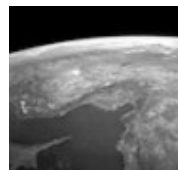
Det andet krav til en ny Grundlov: Bevisbyrderegl

Bestemmelsen om borgernes frihed ville endvidere skulle suppleres af en bevisbyrderegel til skade for staten. Den ville indeholde en test, som den lovgivende og udøvende magt skal opfylde i ethvert tilfælde, hvor det foreslås at vedtage lovgivning eller initiere administrative tiltag, der indskrænker borgernes frihed, såsom indgreb i aftalefriheden, ejendomsretten, privatlivet, kulturlivet etc. (visse indgreb f.eks. tortur eller tvangsarbejde kan naturligvis aldrig retfærdiggøres). For at opfylde denne test ville den lovgivende og/eller udøvende magt først skulle påvise, at der forelå et overhængende samfundsmæssigt problem. Endvidere ville det skulle sandsynliggøres, at den påtænkte regulering og/eller indgreb ville kunne afhjælpe problemet, samt at reguleringen/indgrebet og konsekvenserne heraf for de berørte borgere stod mål med det formål, reguleringen/indgrebet søgte at opnå, dvs. en proportionalitetsvurdering. Bevisbyrderegl skulle i sidste ende håndhæves af domstolene, der ville være forpligtede til at erklære love og administrative tiltag for ugyldige, hvis de i kraft af bevisbyrderegl var i strid i med borgernes frihedsrettigheder.

Bevisbyrderegl ville skabe en formodning imod statslige indgreb og derfor tvinge politikerne til at overveje, hvilke problemer borgerne løser bedre selv. Endvidere ville den tvinge politikerne til at overveje, diskutere og vægte fremsatte lovforslag i langt højere grad, end det er tilfældet i dag, hvilket ville øge chancen for at identificere skadelige "bivirkninger" af lovgivning og administrative tiltag. Samtidig ville reglen medføre en kraftig nedsættelse i antallet af og tempoet i vedtagelsen af nye love. Dette ville gøre borgerne i stand til at følge med i og forstå den offentlige beslutningsproces i langt højere grad, end det er tilfældet i dag.

Men fremfor alt ville bevisbyrderegl og retsstatsprincippet fastslå, at staten er til for borgernes skyld, ikke omvendt, og at borgerne som individer er suveræne og derfor bedst selv kan forvalte deres liv, herunder private, sociale og erhvervsmæssige relationer hinanden imellem.

² I USA er en sådan indeholdt i forfatningens "Bill of Rights", men blevet bortfortolket af Højesteret.



Jacob Mchangama (f.1978) er cand. jur. fra KU samt MA i Menneskerettigheder og demokratisering fra Inter-European University Centre i Venedig med ophold i Venedig og Strasbourg. Han arbejder til daglig som advokatfuldmægtig på et københavnsk

advokatkontor og som ekstern lektor i faget "International Human Rights Law" på Københavns Universitet. Udover erhvervsret har han arbejdet med menneskerettigheds-sager (herunder sager ved den Europæiske Menneskerettighedsdomstol) og har bl.a. også arbejdet på sagen med den danske Guantanamo-fange.

