

A JUST RULE

-

ET KOMPARATIVT STUDIE AF KONSTITUTIONELLE IDEER
OG DERES MULIGE IMPLEMENTERING VEDRØRENDE
ETABLERINGEN AF DEN SELVSTÆNDIGE STAT KOSOVO

Name: Martin Ellegaard Hansen

Supervisor/Institut: Lars Bo Kaspersen / The International Center for Business and Politics

Cand.soc.-linje: PKL – Politisk Kommunikation og Ledelse

Key strokes: 187.543

Executive summary

When a new state is established and it has to find its' own place in the international environment, there is a demand for constitutional ideas creating the outlines for a new democracy. The question remains where those ideas should emanate from. Through an analysis of three different constitutions, I have sought to create an idea about some of the basic structures in constitutional thinking, which could prove useful for the new state of Cosovo in its task of creating a new constitution. The constitutions selected are The Constitution of the United States of America, The Constitution of India and the Constitution of the Republic of South Africa. The basic structures I selected for my analysis concerns the division of power as it is described by the French philosopher Charles de Montesquieu along with an understanding of how these terms correlate with the states understanding of justice. Using the perspective of Ernesto Laclau and his discursive analysis I described the hegemonic battle being fought concerning the depiction of the terms of power. The Executive and Judicial branches are in many areas described in the same way as being the upholders of justice and security along with being the protectors of the public. The legislative branch showed similar characteristics, but due to severe corruption and incompetence it has grown to be a liability as well, which needs to be kept in place by the other branches. So it has become both a necessity when it concerns the division of power and a liability when focusing on the security of the entire system. The analysis of the term 'justice' showed a commonly used term grown complex and without real substance beyond what the single state attaches to the word itself. I concluded that a states pursuit of justice should emanate from its own culture and its own history as its culturally biased and as such needs to be culturally significant. This fact proved one of the essential ideas when concerning the case of the new state of Cosovo, as I concluded that it had several possibilities when concerned with the structure and basic ideas behind its' new constitution. The primary focus was on the fact that the constitution and a large portion of the institutions themselves needed to be interim, as long as there were latent conflicts and severe minority issues within the state's borders. Secondly the UN should maintain their status as an observatory unit, which would aid in the transition and show international support for the ideas and institutions being established within Cosovo. The final conclusion described a need to be reflexive about the cultural and historical background, as it would be essential for the state survival to have a common cultural reference which the entire public could support. This furthermore showed the research needed in this area, as there proved to be a great need for cultural knowledge and more in depth sociological analysis concerning the Cosovo-Albanians and their future state.

Indhold

1	INDLEDNING	3
2	DEN OVERORDNEDE PROBLEMSTILLING	5
3	AFGRÆNSNING	6
3.1	TEORI	6
3.2	EMPIRI	7
4	ANALYSEDESIGN	8
4.1	ANALYSESTRATEGI.....	8
4.1.1	<i>Besvarelse af 1. Spørgsmål</i>	8
4.1.2	<i>Analysestrategiske overvejelser ved anvendelsen af Ernesto Laclau</i>	10
4.1.3	<i>Besvarelse af 2. spørgsmål</i>	11
4.1.4	<i>Besvarelse af 3. Spørgsmål</i>	12
4.2	UDDYBENDE OM ERNESTO LACLAUS DISKURSTEORI	12
4.2.1	<i>Diskursteorien</i>	13
4.2.2	<i>Kritikpunkter</i>	17
4.3	MONTESQUIEUS MAGTDELINGSLÆRE	17
4.3.1	<i>Grev Charles de Montesquieu</i>	17
4.3.2	<i>Magtdelingens begrundelse</i>	19
4.3.3	<i>Den Lovgivende Myndighed</i>	21
4.3.4	<i>Den Udøvende Myndighed</i>	22
4.3.5	<i>Den Dømmende Myndighed</i>	24
4.4	BEGREBSDEFINITIONER.....	25
4.5	EMPIRISKE OVERVEJELSER	29
4.5.1	<i>Dokumentarisk materiale</i>	30
4.5.2	<i>Interview</i>	31
5	ANALYSE AF FORFATNINGERNES HEGEMONISKE PROJEKT	31
5.1	THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA	32
5.1.1	<i>Den historiske baggrund</i>	32
5.1.2	<i>Den Lovgivende Myndighed</i>	35
5.1.3	<i>Den Udøvende Myndighed</i>	37
5.1.4	<i>Den Dømmende Myndighed</i>	40
5.1.5	<i>Sammenfatning</i>	43
5.2	THE CONSTITUTION OF INDIA	43
5.2.1	<i>Den historiske baggrund</i>	44
5.2.2	<i>Den Lovgivende Myndighed</i>	47
5.2.3	<i>Den Udøvende Myndighed</i>	50
5.2.4	<i>Den Dømmende Myndighed</i>	52
5.2.5	<i>Sammenfatning</i>	54
5.3	CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA	54
5.3.1	<i>Den historiske baggrund</i>	55
5.3.2	<i>Den Lovgivende Myndighed</i>	58
5.3.3	<i>Den Udøvende Myndighed</i>	60
5.3.4	<i>Den Dømmende Myndighed</i>	62
5.3.5	<i>Sammenfatning</i>	64

5.4	OPSUMMERING AF SAMLET DISKURSANALYSE	64
6	ANALYSE AF DOMSTOLENES ITALESÆTTELSE AF RETFÆRDIGHED.....	65
6.1	DEN AMERIKANSKE FORFATNING	65
6.2	DEN INDISKE FORFATNING.....	66
6.3	DEN SYDAFRIKANSKE FORFATNING	67
6.4	OPSUMMERING AF ANALYSEN AF DOMSTOLENES ITALESÆTTELSE AF RETFÆRDIGHED.....	67
7	DISKUSSION AF OVERVEJELSER I FORBINDELSE MED UDARBEJDELSE AF FORFATNING FOR KOSOVO ...	68
8	KONKLUSION.....	71
9	PERSPEKTIVERING	73
10	LITTERATURLISTE.....	75
10.1	BØGER OG VIDENSKABELIGE ARTIKLER	75
10.2	AVISARTIKLER FRA DANSKE DAGBLADE	78
10.3	DOMSTOLSAFGØRELSER	78
10.3.1	<i>The Supreme Court of the United States</i>	78
10.3.2	<i>Supreme Court of India</i>	79
10.3.3	<i>Constitutional Court of South Africa</i>	79
10.4	ØVRIGE KILDEHENVISNINGER	80

BILAG

1 Indledning

»For at man ikke skal kunne misbruge magten, må tingene indrettes så magt sætter en stopper for magt.«¹

Ved sammenbruddet af Sovjetunionen, blev udviklingen fulgt med forventning og glæde. (Knudsen, 2008) Forventning som følge af det skifte i den politiske sfære i Europa, der måtte være en følge af hændelsen. (ibid.) Glæde, da man med Sovjetunionens fald så enden på den kolde krig og dermed 40 år i skyggen af en lurende atomkrig. (Ibid.) Midt i den positive fornemmelse blandede, der sig dog ligeledes en følelse af ængstelse. For hvad med befolkningen og de nationale grupperinger, der eksisterede inden for den? (Ibid.)

Indenfor en årrække, så det vestlige Europa opsplittningen af gamle stater, dannelsen af nye og konsolideringen af eksisterende.² Vigtigst af alt var dog, at man så befolkningen hige efter de værdier, Vesten havde symboliseret under den kolde krig – Demokrati, frihed og retfærdighed. (Cohen, 1993) Et af de områder, der modtog størst årvågenhed fra verdenssamfundet var det tidligere Jugoslavien, der på trods af FN-supervision igennem 1990'erne formåede at blive splittet i flere stater. (Little, 1997) Balkan-området blev således en region præget af udvikling, men ligeledes frustration og opbrud, da flere stater besad iboende konflikter, der bundede i gamle stridigheder, mens andre var en smeltedigel af gamle nationale grupperinger. (Cohen, 1993) Efter en periode, der i høj grad var præget af konflikt og monstrøse brud på menneskerettighederne, kom der igen fokus på regionens fremtid i februar 2008. (Mann, 2005) Regionen Kosovo, der var under Serbisk styre, valgte således at erklære selvstændighed på dette tidspunkt. Erklæringen blev hurtigt støttet af en betydelig del af de vestligt allierede, hvorimod bl.a. Serbien og Rusland nægtede at anerkende den nye stats eksistensberettigelse. (Ber. 3)

Til dato er situationen endnu uafklaret, men Kosovo fortsætter ufortrødent sin udvikling mod anerkendt selvstændighed.³ Men når en ung nation⁴ forsøger at leve op til verdenssamfundets krav, da vil der være forventninger til statens grundlag, men hvilke retningslinier skal de følge ift. sammensætning af stats- og retsapparat?⁵ Vel at mærke således, at verdenssamfundet vil

¹ Jf. Montesquieu, 1998, bog 11, kap. 4.

² Begrebet stat, defineres mere uddybende under afsnit 4.4 Begrebsdefinitioner

³ Et problematisk element er det faktum, at Kosovo stadig er en del af FN's protektorat, hvilket på nuværende tidspunkt forhindrer muligheden for selvstændighed. Jf. kriterierne for stat-nation differentieringen, som de er fastlagt i Montevideo-konventionen af 1933 (Knudsen, 2008)

⁴ Begrebet 'nation' defineres mere uddybende under afsnit 4.4. Begrebsdefinitioner.

⁵ I dette projekt ansues en stats grundlag ud fra den konstitutionelle teori, som værende en forfatning. (Bryde, 2005)

anerkende forfatningen som levende op til de vedtagne principper, der bl.a. bliver indikeret i Europarådets præambel⁶. (Hansen M. H., 2005) Hermed indikeres den problematik, der fremstår ved, at Kosovo tilkendegiver et ønske om tilhørsforhold, der fordrer specifikke konstitutive valg.⁷ (Johnston, 2005) I forlængelse af denne problematik rejser der sig en række spørgsmål, når nationen ønsker at skabe et styre, der kan accepteres af bl.a. Europarådet. (Ber. 3) Det drejer sig bl.a. om forståelsen af retfærdighed, for hvordan har andre formået at fortolke begrebet og hvilken fortolkning falder i forlængelse af den nye stats? (Davis, 2003) Et andet problematisk element er demokratiet. Hvilket statsgrundlag kræver dette begreb og hvordan kan det koordineres med forståelsen af et retfærdigt styre? (Fukuyama, 2004) I et forsøg på at besvare de spørgsmål, da er det nødvendigt at kigge ud over statens grænser og forsøge at forstå den omverden, den er en del af. (Davis, 2003) Man må observere, hvordan de stater, der nu selv sætter krav, har formået at konkretisere det nødvendige statsgrundlag?

Dermed er der kortlagt en række problematikker, der rejser sig ved dannelsen af en stat. Det er bl.a., at forfatningen bør fordre retfærdighed, samt at grundlaget for forfatningen skal være demokratisk. Der synes at være en generel konsensus om, at det retfærdige demokrati hænger sammen med, hvordan magten er fordelt. (Tribe, 2000, Bakshi, 2008, Neergaard, 2005, Ross, 1978) Nogle af de spørgsmål, der typisk omkranser diskussionerne om, hvordan magtstrukturen skal fastlægges er, hvorvidt den skal centraliseres, være decentraliseret, samlet hos et fåtal eller spredes ud over statens samlede befolkning. (Tribe, 2000; Rawls, 1971) Charles de Montesquieu skabte begreberne lovgivende, udøvende og dømmende myndighed i forsøget på at skildre det han anså som værende den ideelle magtfordeling. (Montesquieu, 1998) Hans ide var, at magten blev fordelt på tre myndigheder, der ideelt set skulle have vandtætte skodder imellem sig. (ibid.) Denne tilgang blev bl.a. adapteret af de amerikanske 'founding fathers', da de skulle udarbejde den amerikanske forfatning. (Tribe, 2000) Ideen har dog ligeledes fundet anvendelse ved flere efterfølgende forfatninger, af hvilke der bl.a. kan nævnes den indiske og sydafrikanske forfatning (ibid.; Bakshi, 2008; Joubert, 2003) Således antydes det, at princippet er blevet benyttet som inspiration i tre forfatninger på tværs af kultur og historie. Man kan argumentere for, at man ved at kigge på disse tre forfatninger får et billede af magtens tredeling, der kan danne grundlag for en diskussion af, hvordan et retfærdigt demokrati bliver forsøgt sedimenteret i forfatninger. (Davis, 2003; Laclau & Mouffe, 2002)

⁶ Jf. Bilag 2

⁷ Her refereres specifikt til den problematik, der ligger i valget af karakteristika, der kan antyde en fremtidig tilknytning til den vestlige verden, hvilket muligvis vil påvirke det nødvendige energipolitiske samarbejde med Rusland, som det er set i konflikten omkring den ukrainske gasforsyning.

Dermed er hensigten med dette projekt at problematisere definitionerne af de begreber, der hører under teorien om magtdeling. At iagttage, hvorledes de pågældende staters øverste retsinstans, iagttager disse begreber på tværs af tid, sted og hensigt i forfatningen. Jeg vil derfor drage nytte af den viden, der udspringer fra domstolsudskrifter og forsøge at fremanalysere en forståelse af de forsøg på at danne hegemoni, der finder sted i de pågældende stater.

I forlængelse af ovenstående iagttagelser af retfærdighed og den umiddelbare sammenhæng med magtens 3-delning, der er diskuteret ovenfor, ønskes det med nærværende projekt analyseret, hvordan forståelsen af begreberne den lovgivende, udøvende og dømmende myndighed fikses som begreber. Derved håbes der at blive skabt en større klarhed omkring, hvorledes stater etablerer en fornemmelse af retfærdighed gennem formuleringer i forfatninger. Problemfeltet ønskes konkret analyseret gennem følgende overordnede problemstilling.

2 Den overordnede problemstilling

1. *Hvilke overvejelser bør en stat foretage vedrørende formuleringen af en forfatning i det tilfælde, at målet er et anerkendt 'retfærdigt' styre?*

Denne problemstilling vil blive undersøgt i lyset af tre konkrete forfatninger, samt de oprindelige tekster fra grev Charles de Montesquieu. Forfatningerne er henholdsvis den amerikanske, den indiske og den sydafrikanske.

På baggrund af denne overordnede problemstilling ønskes det konkret analyseret;

1. *Hvordan har den amerikanske, den indiske og den sydafrikanske forfatning beskrevet begreberne, den lovgivende, udøvende og dømmende myndighed, og hvorledes bliver de forsøgt fikseret af de pågældende staters forfatningsdomstole?*

Ud fra Ernesto Laclaus diskursteori vil jeg analysere de enkelte forfatninger som selvstændige diskursfelter, hvor der foregår en hegemonisk kamp om fiksering af mening. Jeg vil således iagttage, hvordan domstolene iagttager den lovgivende, udøvende og dømmende myndighed, som den fremstår i de tre landes forfatninger. Formålet med analysen er at skabe et overblik over hvilken logik, der ligger bag den mening, der forsøges sedimenteret af domstolene. Derved vil jeg etablere en forståelse for hvilke ækvivalens kæder, der bliver skabt omkring begreberne. Analysen skal således give svar på, hvilken betydning de tre domstole ligger i begre-

berne og dermed antyde, hvordan nationen benytter sig af magtdelingen. Denne analyse komplementeres af det efterfølgende spørgsmål,

2. *Hvordan italesættes 'retfærdighed' af den amerikanske, den indiske og den sydafrikanske forfatningsdomstol?*

I denne del af analysen vil jeg vha. Ernesto Laclaus diskursteori forsøge at skabe et overblik over, hvordan de tre forfatningsdomstole forstår retfærdighed. Analysen er et nødvendigt supplement til det første delspørgsmål, da det viser, hvorledes domstolene kombinerer retfærdighed og magtens tredeling, samt hvordan denne kombination forsøges fikseret.

Med baggrund i den fremanalyserede forståelse for magtens tredeling og dennes forhold til begrebet retfærdighed, da vil der efterfølgende i den handlingsanvisende diskussion blive fokuseret på konkrete beslutningsmuligheder gennem spørgsmålet,

3. *Hvilke overvejelser bør en mulig 'forfatningsforsamling' i Kosovo gøre sig ved udarbejdelsen af statens forfatning i henhold til begreberne den lovgivende, udøvende og dømmende myndighed?*

I denne del af projektet vil der blive taget udgangspunkt i en konkret situation med den nyligt erklærede stat Kosovo. Der vil blive udarbejdet nogle konkrete forslag til, hvilke overvejelser Kosovo bør gøre sig ved formuleringen af magtens tredeling i deres forfatning. Forudsætningen vil være, at målet er at blive accepteret af det internationale samfund, som et retfærdigt styre.⁸ I den forbindelse vil der blive draget nytte af den fremanalyserede forståelse af magtens tredeling, samt hvordan denne struktur korrelerer med retfærdighed.

3 Afgrænsning

Ved besvarelsen af den valgte problemstilling er der blevet foretaget analysestrategiske valg, der indvirker på det endelige produkt. Valgene dækker både det teoretiske, men også det empiriske, hvor der er blevet foretaget afgrænsninger af hensyn til projektets omfang. Afgrænsningerne og deres konsekvenser vil blive diskuteret i det følgende.

3.1 Teori

Ved valget af Ernesto Laclaus diskursteori har jeg afgrænset mig fra en række andre potentielle diskursteoretikere, hvoraf man bl.a. kan nævne Michel Foucault og Niklas Luhmann. (Andersen, 1999) Michel Foucault har bl.a. en videnskænologisk analyse, der gennem en

⁸ Denne konklusion drages på baggrund af udmeldinger fra repræsentanter for Kosovo om forventet medlemskab af bl.a. EU, hvilket fordrer visse betingelser. (Ber. 3)

undersøgelse af dokumenter redegør for etableringen af diskursformationer. (Andersen, 1999) Dette gøres gennem en analyse, hvor subjekt- og objektpositioner, samt begrebsnetværk fremanalyseres, efterfulgt af en definering af den overordnede strategi for diskursen.(Ibid.)

Niklas Luhmann har ligeledes en diskursanalyse, i form af hans semantiske analyse. Han undersøger i den forbindelse, hvorledes semantiske begreber meningskondenseres gennem aktualiseringer og potentialiseringer.(Ibid.) På den front minder han om Laclau, men problemet med Niklas Luhmann er i mange henseender, at han opererer uden et subjekt. Dermed elimineres muligheden for en konkret stillingtagen ud fra en subjektiv bevidsthed. (Esmark et. Al., 2005)

Brugen af Ernesto Laclaus diskursteori bunder i det faktum, at hans diskursteori defineres som en politisk diskursteori. (Esmark et. al., 2005) Han har således indarbejdet forståelse for subjekter og indført den politiske subjektivitet, hvilket vil blive uddybet nedenfor.⁹ (Laclau, Mouffe, & Corydon, 1997) Laclau har ligeledes en forståelse for at sociale aktører har en central betydning i konstruktionen af diskurser og ikke mindst ved sedimenteringen af institutioner. (Laclau & Mouffe, 2002)

3.2 Empiri

Ved valget af forfatninger har der været behov for at begrænse mig, da projektets omfang ikke tillader en tilbundsgående analyse af flere. Det ville have givet projektets konklusioner en større legitimitet, hvis det havde været muligt at følge udviklingen af begreberne over flere trin, da jeg ville have kunnet tegne et bredere billede af helheden. (Frankenberg, 2006) Men valget af de tre forfatninger er sket ud fra en forståelse af, at forfatningerne er repræsentative for hver deres periode og nationernes unikke situation.(Tribe, 2000; Bakshi, 2008; Bhagwan & Bhushan, 1998) Jeg kunne ligeledes have iagttaget forfatnings- og statsdannelse tilbage gennem tiderne for derved at have frembragt et fyldigere og mere komplet billede af tankegangen, der ligger bag. Dette kunne bl.a. have været sket gennem en analyse af Jyske Lov eller Magna Carta, men igen har projektets truende omfang tvunget til afgrænsning. Jeg har ligeledes afgrænset mig fra at indsamle observationer fra de valgte områder pga. logistiske omstændigheder. Der vil dog til dels være observationer i form af analyser fra avisartikler,

⁹ Jf. afsnit 4.2.1 Diskursteorien

dokumenter fra de tilknyttede internationale institutioner, samt interviews med individer, der er i kontakt med systemerne.¹⁰

4 Analysedesign

I følgende afsnit foretages en uddybende redegørelse for projektets samlede analysedesign. Der indledes med en afklaring af den valgte fremgangsmåde og det analysestrategiske udgangspunkt. Herefter foretages en uddybende forklaring af de valgte teoretiske perspektiver, og endelig afsluttes med empiriske overvejelser for projektet.

4.1 Analysestrategi

I dette afsnit skitseres projektets fremgangsmåde til besvarelse af den valgte problemformulering, samtidigt med at betydningen af den pågældende fremgangsmåde vil blive omtalt.

Projektets erkendelsesinteresse er todelt. Indledningsvist anlægges et analytisk deskriptivt blik, der har til formål at undersøge den hegemoniske kamp, der finder sted i forfatningsdomstolens udtalelser. Fokus vil være på fortolkningen af formuleringen af begreberne den lovgivende, udøvende og dømmende myndighed, samt domstolens italesættelse af retfærdighed. Afslutningsvist aktiveres et konkret strategisk blik i projektet, idet der foretages en handlingsanbefalende diskussion af, hvilke overvejelser Kosovo skal gøre sig ved formuleringen af deres nationale forfatning. Derved bliver spørgsmålet, hvordan forfatningsforsamlingen i Kosovo kan navigere kommunikativt strategisk i relation til italesættelsen af de tre begreber og den vestlige forståelse af retfærdighed, som den fremgår af analysen.

4.1.1 Besvarelse af 1. Spørgsmål

Ved besvarelsen af spørgsmålet *Hvordan har den amerikanske, den indiske og den sydafrikanske forfatning beskrevet begreberne, den lovgivende, udøvende og dømmende myndighed, og hvorledes bliver de forsøgt fikseret af de pågældende staters forfatningsdomstole?* benyttes Ernesto Laclaus diskurstheori til at iagttage domstolens udtalelser om de forskellige myndigheder. Jeg vil gennem en analyse af forfatningsdomstolens italesættelser, fremanalysere de ækvivalenskæder, der er de dominerende i den pågældende stats retspraksis. (Laclau & Mouffe, 2002) Jeg vil iagttage, hvordan domstolene skaber forskellige begrebsassociationer inden for det diskursive felt og derved forsøger at sedimentere hegemonien omkring de tre myndigheder. Dette afsnit vil dermed blive brugt til at fremanalysere de logikker, der ligger bag de ækvivalenskæder, der forsøges fikseret omkring knudepunkterne, der udgøres af de tre

¹⁰ Jf. Afsnit 4.5.2 Interview

myndigheder. (ibid.) Dermed vil der være skabt grobund for de senere diskussioner vedrørende staten Kosovos forfatning.

Ved at vælge en teoretiker som Laclau har jeg samtidigt valgt, at kommunikation sættes som mindste enhed for analysen (Andersen, 1999). Ved at vælge dette udgangspunkt inkluderer jeg samtidigt de sociale aktører som analyseobjekter. Dermed gøres analysen betinget af de øjne, der ser og de sociale aktører, der handler. (ibid.) Det er ensbetydende med, at jeg kun ser det som domstolene ser og det de vurderer som værende tilstrækkeligt i deres fortolkning. Jeg kan dermed iagttage, hvordan domstolene i deres kommunikation forsøger at fiksure den udøvende, dømmende og lovgivende myndighed, samt hvordan de i deres egenskab af at være staternes øverste retsorgan kommunikerer. (Sørensen & Nielsen, 2007)

I forlængelse af denne forståelse vil diskursbegrebet blive iagttaget som værende en strukturel helhed af forskelle. Dermed menes, at der efter en artikulatorisk proces er blevet etableret et system af forskellige placeringer, der gør, at dette system konstituerer en diskurs. (Howarth, 2005) Man kan dermed sige, at den praksis, der er artikulationen, skaber diskursen, der er i et modsætningsforhold til diskursivitet, hvilket Laclau beskriver som de flydende relationer. Laclau forklarer forholdet mellem de to begreber ved, at diskursen er fremkomsten af delvist fikserede elementer i diskursivitetens flydende natur. (Ibid.)

Any discourse is constituted as an attempt to dominate the field of discursivity, to arrest the flow of differences, to construct a centre'¹¹

Hele denne forståelse af de delvist fikserede diskurser kommer af Laclaus forståelse af samfundet som værende et relativt moment, der aldrig er helt stabilt. Det er denne ide, der gør diskursteorien relevant i dette projekt, da den argumenterer for, at alting er kontingent, hvorved alle sociale relationer kunne have været anderledes. (Laclau & Mouffe, 2002) Bagved denne forståelse ligger der således en erkendelse af en konstant kamp om at fiksure og fastholde mening, hvilken Laclau betegner som den politiske kamp om hegemoni. (Ibid.) Ved at iagttage den hegemoniske kamp åbnes der ligeledes op for at kigge på de institutioner, der figurerer i diskursiviteten. Dette kommer af, at Laclau ser institutioner, som sedimenterede diskurser, der på trods af deres politiske oprindelse som produkter af hegemoniske praksisser er blevet forholdsvist permanente og holdbare. Med det in mente, så skal man forstå, at der ikke er nogen kvalitativ distinktion imellem diskurser, kun forskelle i graden af stabilitet. (Laclau, 1995)

¹¹ Jf. Andersen, 1999, side 90

I forlængelse af det foregående er det ligeledes vigtigt at forstå, at Laclau ikke iagttager samfundet som relationel, hvilket dog ikke gør, at samfundet er umuligt, da han netop indskyder knudepunkter, til at skabe den delvise fiksering, der er grobunden for den hegemoniske kamp.(Howarth, D., 2005)Valget af dette diskursteoretiske perspektiv er grundet muligheden for at iagttage, hvordan hver af de iagttagne forfatninger iagttages som et hegemonisk projekt af forfatningsdomstolene. Jeg iagttager dermed, hvorledes de forsøger at fikserer magtens tredeling, hvorved jeg som analytiker installeres som anden ordens iagttager. Dermed menes, at jeg iagttager igennem, hvilket hegemonisk projekt forfatningsdomstolene iagttager de begreber, der hører under magtens tredeling, som de er beskrevet i de pågældende forfatninger. (Andersen, 1999)

Formålet med denne del af analysen vil være at tegne det kommunikative landskab, som de analyserede domstole er en del af og derved skabe grobund for en forståelse af forfatningernes formuleringer og hermed give en umiddelbar diagnose af samfundet og de udvalgte domstoles kommunikation vedrørende emnet.

4.1.2 Analysestrategiske overvejelser ved anvendelsen af Ernesto Laclau

Argentineren Ernesto Laclau har et ganske omfangsrigt forfatterskab bag sig og et tilsvarende omfattende arsenal af teoretiske indgange og begreber, der alle indgår i relationer til hinanden på tværs af diskursteorien. (Andersen, 1999) Han har en baggrund i den marxismekritik, der brød frem i 1970'erne og ligger sig i den henseende tæt op ad Louis Althusser og Antonius Gramsci.(Howarth, D., 2005) Hans mest banebrydende arbejde kommer i samarbejde med Chantal Mouffe, som han udgav 'Hegemony and Socialist Strategy' i 1985. Bogen betyder også et endeligt farvel til marxismen og han påbegynder i stedet den diskursanalytiske rekonstruktion af begrebet hegemoni. Han har sjældent udarbejdet empiriske analyser, men hovedsageligt arbejdet på at klargøre og systematisere diskursteorien.(Andersen, 1999) Han har dog med tiden udført dekonstruktioner af væsentlige begreber, bl.a. repræsentationsbegrebet. Dekonstruktionen er et af de elementer, der fylder stadig mere og mere i Laclaus forfatterskab, hvilket dog ikke har fjernet ham fra diskursteorien.

Omfanget af diskursteorien og dekonstruktionen har dog gjort, at jeg har set mig nødsaget til at udelukke visse aspekter af Laclaus teoretiske ramme. Hermed menes, at jeg udelukkende inddrager de begreber, der forekommer nødvendige i relation til besvarelsen af det valgte analysepørgsmål. Her kommunikation, diskurs, hegemoni, knudepunkter, antagonistisk forhold, logik og ækvivalenskæder. Jeg udfolder disse med de underbegreber, som fx mening, artikuler-

lering, subjektposition, sedimentering og tom betegner, der dømmes relevante for min analyse. (Laclau & Mouffe, 2002) Denne afgrænsning er naturligvis ikke omkostningsfri. Jeg vælger en bestemt optik på Laclaus begrebsapparat, og gør mig samtidigt blind for den indsigt andre begreber ville bibringe analysen. Hermed gives køb på en måske mere konsistent teori-fremstilling ift. sammenhængen mellem Laclaus begrebsunivers og de begreber, jeg benytter i analysen. (Andersen, 1999) Jeg er bevidst om denne begrænsning i min analysestrategi, men vælger alligevel den selektive tilgang ud fra to hensyn. Ét er ønsket om at opnå en så koncis fremstilling af det valgte analyseapparat som muligt. Et andet, er for at undgå at omdanne analysen til en ren teoretisk opvisning i begreberne og deres interne sammenhæng i stedet for en empirisk forankret analyse spejlet i teorien. (ibid.)

Videnskabsteoretisk er Laclau inspireret af forskellige teoretiske felter, såsom socialkonstruktivisme, lingvistik, socialpsykologi, marxisme og sociologi (Howarth, D. 2005; Laclau, 1995; Laclau & Mouffe, 2002). Hvis man skal placere ham et sted, må det dog være i det strukturalistiske, hvor han specielt senere henfører til det poststrukturalistiske felt. Laclau forstår virkeligheden som værende en struktur, der er med til at definere, men ikke determinerer de sociale aktører (Ibid.). Selvforståelsen, der knytter sig til de subjektpositioner, som individerne indtager, hænger sammen med iagttageren, idet den er funderet i iagttagers selvforståelse eller egen referenceramme. Således konstrueres virkelighed forskelligt fra iagttagere til iagttagere. Det er sandsynligt, at der eksisterer en sand virkelighed, men iagttageren har kun tilgang til den virkelighed, der iagttages, (Andersen og Kaspersen (red.), 2003). For nærværende projekt vælges det bredt at henregne Laclau under det poststrukturalistiske videnskabsparadigme.

4.1.3 Besvarelse af 2. spørgsmål

Ved besvarelsen af spørgsmålet *Hvordan italesættes 'retfærdighed' af den amerikanske, den indiske og den sydafrikanske forfatningsdomstol?* vil jeg igen benytte mig af Ernesto Laclaus diskursteori. Jeg vil specifikt iagttage, hvordan forfatningsdomstolene i deres fortolkninger af magtens tredeling ligeledes fremlægger en fortolkning af retfærdighed, som den skal fremstå i den pågældende stats forfatning. Jeg vil iagttage de tre forfatninger i separate analyser, hvor jeg vil redegøre for den hegemoniske kamp, der har til formål at fikse meningen omkring retfærdighed.¹²

¹² Begrebet 'retfærdighed' defineres mere uddybende under afsnit 4.4. Begrebsdefinitioner

4.1.4 Besvarelse af 3. Spørgsmål

Ved besvarelsen af spørgsmålet *'Hvilke overvejelser bør en mulig 'forfatningsforsamling' i Kosovo gøre sig ved udarbejdelsen af statens forfatning i henhold til begreberne den lovgivende, udøvende og dømmende myndighed?'* vil jeg foretage en handlingsanvisende diskussion på baggrund af de analyser, der er foretaget tidligere i projektet. Ved denne fremgangsmåde skal forstås, at den første delanalyse sætter mig i stand til at se, ud fra hvilken logik de forskellige begreber forsøges sedimenteret. Derved bliver det muligt at redegøre for hvilke ideer, der kan være fordelagtige ved formuleringen af en fremtidig forfatning. Dernæst vil den efterfølgende analyse af fortolkningerne af brugen af retfærdighed synliggøre ækvivalente begrebskæder, der vil kunne kobles sammen med den forudgående analyse i et forsøg på at hen vise til en række overvejelser ved formuleringen af forfatningen for staten Kosovo.

Der indledes med en refleksion over de udfordringer de fremanalyserede anbefalinger kan medføre for en nydannet stat. Denne diskussion, der tages med udgangspunkt i Kosovo, vil således bestå af en anbefaling af, hvilke strategiske overvejelser Kosovo bør gøre sig ved udarbejdelsen af statens forfatning. Målet vil være at sætte Kosovo i stand til at udarbejde en forfatning, der vil kunne bane vejen for et anerkendt retfærdigt styre. (Bryde, 2005) Velvidende, at denne anbefaling rummer sine blinde pletter forårsaget af det analysestrategiske og teoretiske grundlag for projektet, vil jeg være omhyggelig med at forholde mig reflektivt til, hvilke handlerum min anbefaling skitserer. Dette ved at udforme den egentlige anbefaling, ikke som en konkret normativ handlingsanvisning, men i højere grad, som en skitsering af strategiske anden ordens betragtninger det anbefales Kosovo at forholde sig til i relation til statens fremtidige udvikling. Denne afsluttende diskussion vil primært være tænkt som en reflektiv opsummering på de foregående analyser, hvor jeg som analytiker vil forpligte mig til at kunne uddrage praktiske konklusioner på den teoretisk baserede analyse.

4.2 Uddybende om Ernesto Laclaus Diskursteori

I det følgende vil jeg kort beskæftige med de teoretiske begreber, som de bliver præsenteret af Ernesto Laclau. Det vil specifikt dreje som om en kort introduktion til hans grundide og begrebsapparat, hvorefter jeg vil runde af med en kort gennemgang af den kritik, der har hæftet sig ved Laclaus teorier siden de først blev udgivet. Jeg erkender at en stor del af Laclaus forfatterskab bygger på partnerskabet med Chantal Mouffe, men vil i det efterfølgende beskrive ham som værende den bærende kraft inden for diskursteorien, hvorimod Mouffe må anses som værende den politiske filosof i partnerskabet. (Laclau & Mouffe, 2002; Laclau, 1995)

Laclau befinder sig som beskrevet ovenfor i den poststrukturalistiske samfundstankegang og i partnerskabet med Chantal Mouffe bliver han ligeledes markant som postmarxist. Dette synliggøres ved, at de igennem deres teoretiske udfoldelser sætter spørgsmålstejn ved forestillingen om, at der inden for samfundet kan laves en adskillelse af forskellige praksistyper på et a priori-grundlag. Derved sætter de ligeledes spørgsmålstejn ved den ideologiteori, der er af født af den marxistiske samfundsopfattelse.(Laclau & Mouffe, 2002, Andersen, 1999) De går dermed mere i retning af Foucault og Lacan, da de mener, at alle praksisser er diskursive, samt at alle praksissystemer kan influeres af andre. Således ser de ikke, at der findes noget bundet og stabilt, hvilket er ensbetydende med, at ultimativ bestemmelse er umulig. Denne drejning gør, at diskursteorien i Laclaus definition omkranser alle sociale praksisser og relationer. Herved kommer feltet for diskursteorien til at bestå af flere områder, hvor der er relaterede objekter og praksisser, der sammen skaber identiteten hos de sociale aktører, der befinder sig inden for dette område.(Andersen, 1999; Howarth, D., 2005))

4.2.1 Diskursteorien

Laclau skaber sin forståelse af diskurs ud fra den samme forståelse, der præger Foucaults forfatterskab, da han ser diskursive formationer som bestående af enkelte elementer, der i en vis kontekst kan betegnes som en helhed. (Laclau & Mouffe, 2002)

Laclau benytter sig af diskurs ud fra den forståelse, at alle objekter og handlinger har en betydning, der bestemmes af særlige forskelle, der bliver sat af systemer.(Laclau & Mouffe, 2002) Dermed mener Laclau, at en diskurs vil variere efter den kontekst, den befinder sig i. Man kan f.eks. iagttage en død sæl, der skyller op på stranden ved Nordjylland. For nogle vil det objekt være ensbetydende med beviset for de moderne fiskemetoders forstyrrende effekt på andre maritime livsformer. Der i mod vil andre se det som et bevis på sæl-pestens tilbagevenden. Man kan dermed iagttage, hvordan den døde sæls mening bliver defineret af de forskelssystemer eller diskurser, der konstituerer dens identitet. Der bliver således skabt diskursive strukturer, der er med til at definere de sociale aktørers identitet. Laclau iagttager disse strukturer som politiske og sociale konstruktioner, der gennem etableringen af et system formår at skabe relationer mellem de forskellige objekter og praksisser. Derved skabes der subjektpositioner, som de sociale aktører kan relatere til og identificere sig ud fra.(Howarth, D., 2005) Hvis man igen tager eksemplet med den døde sæl, så kunne de forskellige subjektpositioner, der blev dannet være miljøforkæmperen, fiskeren, men også byrådspolitikerens, der skal beslutte, hvad der skal tages af initiativer på miljøområdet. Der åbnes således op for en bred vifte af subjektpositioner gennem de relationer, der skabes ved artikuleringen af 'den

døde sæl'. Laclau beskriver det hegemoniske projekt i sociale og politiske relationer som værende den praksis, hvor subjektpositioner forsøges fikseret af de sociale aktører. Et eksempel på en sådan praksis kunne være, hvis det viste sig uacceptabelt at danne andre associationer til 'den døde sæl', end en enkelt, hvad denne end måtte være. Der ville dermed være blevet skabt et betydningsfelt omkring bestemte aktører og gennem det hegemoniske projekt kunne man således dominere dette betydningsfelt.(Ibid.)

For bedre at forstå Laclaus diskursteori, må man gøre sig klart, at teorien om den diskursive struktur, der bliver dannet, bygger på Laclaus ide om artikulatorisk praksis, hvilket af Laclau og Mouffe karakteriseres som værende dannelsen af knudepunkter, som delvist fikserer mening. (Andersen, 1999) Denne delvise fiksering skyldes det sociale åbenhed, hvilket forhindrer en fuldstændig fiksering af mening. Laclau forklarer det selv ved, at ethvert diskursfelt konstant overstrømmes af det diskursive uendelighed.(Howarth, D., 2005) I denne forbindelse skal det nævnes, at selvom Laclau er et produkt af den lingvistiske teori, da adskiller han sig på to kritiske punkter. Det første værende, at han ikke reducerer de sociale relationer til udelukkende at være af lingvistisk karakter. Han ser der imod sociale relationer, som værende alle arter af relationer, herunder institutionelle sammensætninger, praksisser og forståelser.(Ibid.) Han begrundet dette ud fra, at en diskurs er en artikulatorisk proces, der skaber og strukturerer sociale relationer gennem en stadig organisering af disse.(Laclau & Mouffe, 2002) Det andet punkt er, at han ikke anser de sociale relationer for lukkede, hvorved nye relationer kun kan skabes med grobund i det allerede etablerede materiale. (Howarth, 2005) Dermed åbner han op for muligheden af, at den artikulatoriske proces kan skabe nye knudepunkter uden for den allerede værende diskurs. (Howarth, D., 2005)

Laclau differentierer der imod imellem de kontingente elementer inden for et diskursivt felt og de nødvendige elementer, der findes inden for en artikuleret diskurs.(Ibid.) Dermed mener han, at diskursen er en delvis fiksering af social mening. Han anser det diskursive felt som værende et overskud af mening, der aldrig kan artikuleres fyldestgørende af en enkelt diskurs. Således kan en diskurs, hvor end den gerne vil, ikke skabe en fikseret mening om alle udtryk, men vil konstant være presset af det diskursive ydre, der består af kontingente elementer. Men eftersom de nødvendige elementer i diskursen i stor grad afhænger af diskursens ydre elementer, så er denne relationelle sammenhæng ensbetydende med, at de nødvendige elementer selv bliver kontingente. Denne eksistensbetingelse gør ligeledes, at diskursens forsøg på at skabe orden og stabilitet i udtrykket aldrig vil kunne lykkes, men kun være delvist. Hvis man tager eksemplet med den døde sæl, da vil der på trods af ekspertudsagn, altid være delte menin-

ger og diskussioner om betydningen. Dette på trods af at en majoritet har udtalt sig i sagen og dermed forsøgt at sedimentere meningen og skabe hegemoni.(Laclau & Mouffe, 2002)

En af faldgruberne, der viser sig i Laclaus diskursteori er en følge af de sociale relationers åbenhed. For hvordan kan en identitet eller et samfund eksistere, hvis alle meninger er relationelle og åbne? Dette paradoks fikses dog gennem etableringen af en særstilling for det politiske inden for den sociale ontologi. (Laclau & Mouffe, 2002; Howarth, D., 2005) Laclau anser således artikulerede diskurser, som politiske konstruktioner, der omfatter konstruktionen af antagonisme og magtudøvelse. De sociale antagonismer er i Laclaus teori, når sociale identiteter, der ikke længere kan definere sig selv, skaber en modidentitet. Denne stiller sig således i et antagonistisk forhold til den manglende identitet.(Andersen, 1999; Laclau & Mouffe, 2002) Antagonismen spiller således en central rolle i konstruktionen af de sociale formationer, da de netop er afhængige af antagonistiske relationer imellem agenter inden for og uden for den gældende sociale formation. Mht. diskurser kan antagonismen forstås som værende den absolutte negative enhed i forhold til den diskursive formation. Det er i denne forbindelse, at Laclau indfører ækvivalenslogikken, hvor en række subjektidentiteter gøres ækvivalente i forhold til det antagonistiske element, der komplet negerer de ækvivalente elementer. Modsætningen til ækvivalenslogikken er forskelslogikken, hvis hovedformål det er at svække den ækvivalente modsætning til antagonismen gennem en forskydning af denne. Det gøres bl.a. ved at nedbryde og omdefinere den dannede ækvivalenskæde, samt indarbejde de disartikulerede elementer i diskursformationen. Derved bliver forskellen flyttet til randområderne i samfundet og antagonismen irrelevant. (Laclau & Mouffe, 2002; Howarth, D., 2005)

I Laclaus diskursteori lægges der desuden stor vægt på aktørernes betydning for diskursens udvikling. De sociale aktører anses som værende dem, der ændrer de sociale strukturer. Subjekterne anses ikke som kontrolleret af underliggende sociale strukturer, da deres identitet bliver konstrueret af de ideologiske praksisser. Laclau skelner imellem subjektpositioner og politisk subjektivitet, hvor subjektpositionen i diskursteorien er den position, et givent subjekt indtager inden for en diskursiv struktur. (Laclau & Mouffe, 2002)

Den politiske subjektivitet refererer til den handling, som de sociale aktører udøver.(Ibid.) I den sammenhæng forudsætter Laclau en hændelse, han betegner som dislokation, hvor den diskursive strukturs kontingens bliver synlig. Derved bliver selve strukturen decentreret, hvilket gør, at aktørerne mister deres identitet og subjektivitet. Denne bliver de nødt til at genska-

be gennem valg og handlinger, hvor de bl.a. identificerer sig med institutioner, politiske projekter o.a. (Laclau, Mouffe & Corydon, 1997) Ved denne handlen skabes den politiske subjektivitet, hvilket i det øjeblik, hvor subjektiviteten er stabiliseret, bliver til subjektpositioner, der hjælper til at gøre individer til sociale aktører inden for diskursen.(Ibid.) Men stabiliteten er aldrig fuldstændig, hvorfor denne vekselvirkning bliver gentaget fortløbende og dermed vedligeholder den hegemoniske kamp.

Igennem sin dekonstruktion af skellet mellem de diskursive og de ikke-diskursive praksisser konstaterer han, at alle objekter har karakter af at være diskursobjekter. Han fremfører dog to forbehold ved den konklusion. For det første ser han ikke noget imod, at objekter har en tilstand uden for diskursen, men han anerkender ikke, at de kan besidde en ekstra-diskursiv mening i forhold til de øvrige objekter. For det andet ser han ikke en skarp adskillelse imellem den objektive verden og sproget eller tanken. Han begrænser med andre ord ikke diskurser til at være indre fænomener uden indflydelse på den virkelige verden, men der imod som tilgængelige konstruktioner, der påvirker og skaber det sociale liv.

Et element, jeg er kommet ind på, er begrebet om hegemoni, som han har taget fra Antonius Gramsci efter at have kritiseret dennes brug af begrebet.(Howarth, D., 2005) Laclau ser hegemoni som et frit projekt, hvor alle meninger er kontingente. Han tilføjer, at det hegemoniske projekt forudsætter tilstedeværelsen af antagonistiske kræfter og ustabilitet i de politiske grænser. (Laclau & Mouffe, 2001) Han ser dermed det hegemoniske projekt som værende det, der forsøger at skabe og stabilisere meningssystemer. På samfundsniveau bliver de projekter bygget op omkring knudepunkter, der delvist fikserer meningen inden for de sociale ordener.(Laclau & Mouffe, 2002) Laclau begrænser ikke kun kontingens til projekternes subjekter, men også til de sociale strukturer, der som entiteter både konstitueres og trues af et diskursivt ydre.

Afslutningsvist er der begrebet om *den tomme betegner* (Andersen, 1999), hvor Laclau henviser til en grænse, der er kraftigt inspireret af Lacans *privilegerede betegner*.(ibid.) Laclaus term dækker over meningsdannelsens grænse, hvor der ikke længere kan betegnes eller henvises nogen mening. Laclau beskriver i sin teori, hvordan de diskursive elementer, stadig er ækvivalente i den forstand, at de er enige om de forskelle, der skiller dem. Han indfører dermed forskellenes forskel, der skal konstituere den ekskluderende grænse for meningsdannelse. (Laclau & Mouffe, 2002; Andersen, 1999)

4.2.2 Kritikpunkter

Et af de kritikpunkter, der er fremført mod Laclaus diskursteori kommer fra Anthony Woodwiss, der bl.a. problematiserer, at Laclau anser alle genstande som kontingente diskursive konstruktioner, samtidigt med at han afviser en diskursiv verden for genstande.(Howarth, D., 2005) Det tilbagevises dog af Laclau, der pointerer, at han ikke anser det for umuligt, at der er genstande uden for tanken. Hans opfattelse er blot, at disse genstande først får mening, når de bliver artikulereet i en diskurs. Et andet kritikpunkt går på, at teorien ikke i sig selv foretager en undersøgelse, men kun forsøger at definere, hvordan en eventuel undersøgelse burde foretages. Kritikpunktet bliver dog afvist af Laclau, da det ikke handler om konkrete analyser, men om at opnå enighed om de begreber og fremgangsmåder man benytter. Det nytter således ikke noget at udarbejde epistemologiske undersøgelser på baggrund af forskellige ontologiske antagelser.(Andersen, 1999; Howarth, D., 2005) Denne opfattelse forhindrer os således ikke i at udarbejde analyser af diskursordener eller formationer. Den kræver blot af os, at vi sætter spørgsmålstejn ved den opfattelse, vi starter med at gå ud fra.(Ibid.)

4.3 Montesquieus magtdelingslære

I det følgende vil jeg kort beskrive grev Charles de Montesquieus arbejde og ideer, samt hvordan han selv anså de tre myndigheder. Afsnittet vil kort skitsere de tre begreber ud fra den beskrivelse, der er givet af dem i 'Om Lovens Ånd'. (Montesquieu, 1998)

4.3.1 Grev Charles de Montesquieu

Charles-Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, som hans fulde titel lød ved hans død, blev født i 1689 og døde i 1755. (Boucher & Kelly, 2003) Montesquieu var en social og politisk tænkner, der var en del af oplysningstidens nytænkning, dermed antydet. Hans ideer og skrivelser blev således påvirket af den udvikling som verdenssamfundet undergik i hans samtid. (ibid.) Af signifikante hændelser kan bl.a. nævnes udråbelsen af et konstitutionelt monarki i 1689, samt etableringen af Storbritannien i 1707. Inden for hans eget lands grænser var kong Ludvig d. 14s død og den efterfølgende magtovertagelse af hans, efter Montesquieus mening, mindre egnede søn, det der påvirkede hans samfundsopfattelse.

De to værker, der fylder mest i hans forfatterskab er 'De Persiske Breve' og 'Om Lovens Ånd', der er udgivet i henholdsvis 1721 og 1748. Det første værk var en samling af fiktive breve fra persiske rejsende, der havde været på rejse til Frankrig og i korrespondancer forsøgte at forklare familierne hjemme i Persien, hvad de oplevede i det fremmede land. (ibid.) Teksterne var meget satiriske for deres tid gennem en kritisk fremstilling af kongen og paven.

Efterfølgende skriver han en kort novelle ved navn 'Considerations on the Causes of the Grandeur and Decadence of the Romans', der af mange betragtes som værende et bindeled imellem 'De Persiske Breve' og den efterfølgende 'Om Lovens Ånd'. Bogen udkommer i 1748 og får en kølig modtagelse i hans hjemland. Det ender således med, at den romersk-katolske kirke sætter den på listen over bøger som rettroende katolikker ikke må læse. (ibid.) I de efterfølgende årtier fører den tiltagende samfundsdebat til, at værket i større og større grad anerkendes for dets betydning. Ikke mindst Storbritannien ser det som en legitimering af deres styre. De daværende britiske kolonier i Amerika anser ligeledes Montesquieus ideer som noget ekstraordinært. Specielt James Madison argumenterer for implementeringen af Montesquieus ideer ind i den nye forfatning for Amerikas Forenede Stater. Han var selv en af de primære tænkere bag forfatningen, samt forfatter til flere af 'The Federalist Papers' (Web. 3). Her plæderer han således for brugen af Montesquieus samfundssyn og hans forslag til den mest effektive institutionelle sammensætning. James Madison fremhæver specielt formuleringen:

*'Government should be set up so that no man need be afraid of another'*¹³

Grænserne for magtudøvelse ville være sat således, at der kunne op nås en fornuftig fordeling inden for staten. (J. Madison; The Fed. Pap. No. 16) Det var netop magtdelingen, som James Madison anså for at være en hjørnesten i et frit og uafhængigt samfund. Et synspunkt han ligeledes formulerede i The Federalist Papers:

*The important truth, which it unequivocally pronounces in the present case, is that a sovereignty over sovereigns, a government over governments, a legislation for communities, as contradistinguished from individuals, as it is a solecism in theory, so in practice it is subversive of the order and ends of civil polity, by substituting **VIOLENCE** in place of **LAW**, or the destructive **COERCION** of the **SWORD** in place of the mild and salutary **COERCION** of the **MAGISTRACY**.*¹⁴

Montesquieu har dog et mere pessimistisk syn på mennesket end James Madison. Han anser det bl.a. for nødvendigt, at der udvælges repræsentanter for befolkningen, ud fra den overbevisning, at denne ikke egner sig til at diskutere. En holdning, der ifølge Montesquieu er et af hovedproblemerne ved demokratiet. (Boucher & Kelly, 2003)

¹³ Jf. Montesquieu, 1998, bog. 22, kap. 6

¹⁴ Jf. Web. 3; J. Madison; The Federalist Papers. No. 16

Jeg vil i det følgende forklare nærmere om, hvordan Montesquieu i sit hovedværk beskriver de tre kernebegreber, den lovgivende, udøvende og dømmende myndighed, samt kort skitsere den teoretiske baggrund for hans observationer.

4.3.2 Magtdelingens begrundelse

Montesquieus værk var ikke kun en beskrivelse af magtdelingen, men en teoretisering af de forskellige regeringsformer, der var mulige på daværende tidspunkt. Han navngav tre former, hvilke han kaldte henholdsvis den republikanske, den monarkiske og den despotiske. (Montesquieu, 1998)

Den republikanske er en regeringsform, hvor folket som helhed eller blot en del af folket sidder på magten. I det tilfælde at det kun var en del af folket, der sad på magten benævnte han styret et Aristokrati. Det samfund, hvor hele folket var en del af regeringsformen, var et demokrati¹⁵.

Det Monarkiske var der imod et styre, hvor en person styrede, men under fastlagte rammer og love, der dermed begrænsede individets fuldstændige bevægefrihed. Montesquieu anså, som forudsætning for den monarkiske styreform, at der var en adel, der virker som mellemlid mellem de underordnede subjekter og det styrende individ. (Montesquieu, 1998)

Den sidstnævnte regeringsform var den despotiske, hvor individet uden rammer og love gør, styrer efter dennes forgodtbefindende. Styreformen er baseret på individets absolutte selvbestemmelse, men der er dog stadig en administrator af hverdagen i form af en fyrste. (Montesquieu, 1998)

Montesquieus mest centrale begreber, værende de tre myndigheder, bliver beskrevet i forbindelse med demokratiet, men benævnes som værende hørende under hver stat. Adskillelsen afhænger således ifølge Montesquieu af statens demokratiske sindelag. (ibid.) I hans argumentation beskriver han, hvordan frihed typisk hænger sammen med det republikanske styre. Denne konklusion er grundet den anskuelse, at frihed typisk anses for gældende, når regeringsformen er i overensstemmelse med gældende skikke og tilbøjeligheder. Men som Montesquieu påpeger, så er en republiks regler og love netop indrettet således, at de ikke er umiddelbart genkendelige. Dermed anses det republikanske styre generelt som værende demokratisk. (ibid.) Han påpeger dog, at frihed kun er retten til at gøre, hvad lovene tillader, da det

¹⁵ Jeg benytter begrebet ud fra forestillingen om opløsningen af hierarkier og opbygningen af en retslig lighed. (Hansen M. H., 2005).

ellers ville medføre lovløse tilstande og dermed hæmme individet i hans eller hendes egen frihed.(ibid.) Montesquieu pointerer dog ligeledes, at han ikke mener, at demokratier og aristokratier er frie stater per natur, men at de moderate stater er. Han henviser her til, at den politiske frihed er en flygtig størrelse, der skal beskyttes mod menneskets hunger og magtbegær.

*Det gør den kun, når magten ikke misbruges, men det er en evig erfaring, at ethvert menneske, der har magt, er tilbøjelig til at misbruge den; han fremturer indtil han støder på grænser!*¹⁶

Han henviser derfor til, at en forfatning skal kunne forhindre, at individet bliver tvunget til noget, som loven ikke byder hende, samt forhindre, at hun bliver forbudt at gøre noget, som loven tillader hende at gøre. Efter dette ræsonnement kommer han til beskrivelsen af det engelske styre, hvilket han anser for et forfatningsbaseret styre, der har frihed som endemål. Han forklarer, hvordan den frihedssøgende stat (England) er delt i tre myndigheder, den lovgivende, den udøvende og den dømmende myndighed.

*Der er i hver stat tre slags myndighed: den lovgivende myndighed, den udøvende myndighed med hensyn til sager der hører under folkeretten, og den udøvende myndighed over sager som hører under den borgerlige ret.(...) Vi vil kalde denne sidste den dømmende myndighed, og den anden helt enkelt statens udøvende myndighed.*¹⁷

Montesquieu ser det fordelagtige i at adskille myndighederne. Han argumenterer med, at centreringsen af den lovgivende og udøvende myndighed hos en person eller en gruppe af individer, medfører en risiko for tyranni. (Boucher & Kelly, 2003) Den tildelte magt kan korrumpere og medføre, at en tyran eller en tyrannisk gruppering vedtager love, samt sørger for deres effektivering ind i den tyranniserede borgers hverdag. Han ser således den mindste sammenblanding eller centrering af enten to myndigheder eller i værste tilfælde alle tre, som det stadie, hvor alt ville være tabt.

Men hvad forstår Montesquieu i realiteten ved de forskellige myndigheder? I det følgende vil jeg skitsere de tre myndigheder og de institutioner han anså som dertil hørende.

¹⁶ Montesquieu, 1998, bog 11, kap. 4

¹⁷ Montesquieu, 1998, bog 11, kap. 6

4.3.3 Den Lovgivende Myndighed

Den første myndighed, som Montesquieu berører i hans beskrivelse af magtdelingen, beskriver han således:

I en fri stat hvor ethvert menneske som anses for at have fri sjæl, bør styre sig selv, burde folket som helhed besidde den lovgivende myndighed. Men da dette er umuligt i de store stater og møder mange vanskeligheder i de små, så bliver folket nødt til gennem sine repræsentanter at udføre alt hvad det ikke kan udføre selv¹⁸

Som antydnet i citatet var fokus for den lovgivende myndighed, at borgeren skulle repræsenteres. (Montesquieu, 1998) Meget af diskussionen vedrørende den lovgivende myndighed går således på, hvordan denne repræsentant skal vælges og i så fald, hvorfra og for hvor længe? Hans tanker befinder sig i det område, der kendes fra det indirekte demokrati, da han anser det for nødvendigt, at repræsentanten kender lokalområdet og på den måde kan lovgive over "sine egne".(ibid.)

Montesquieus syn på befolkningen har også stor indvirkning på hans argumentation for repræsentantskabet, kontra et mere direkte demokrati. Han anser således befolkningen, som udelukkende i stand til at vælge repræsentanter, da et individ ikke fuldt ud kan erkende sin egen kløgt, men udmærket vil være i stand til at erkende andres. (ibid.)

Argumentet for repræsentantskabet er desuden, at disse ikke på samme måde er hæmmet i disputer, som den almindelige borger.(ibid.) Således skal repræsentanterne være i stand til at træffe beslutninger ud fra et længerevarende mandat i modsætning til det, der på Montesquieus tid, figurerede i Tyskland. Her var de delegerede tvunget til at henvende sig til de repræsenterede for at få en holdning godkendt. Denne fremgangsmåde medførte ifølge Montesquieu langvarige forhandlingsprocesser, hvilket kunne effektiviseres, hvis de delegerede blev givet kompetencerne til at træffe beslutninger over længere sigt.(ibid.)

Ved den lovgivende myndighed skelner Montesquieu imellem to kamre. Ved begrundelsen for det ene præsenteres argumentet, at der vil være en række individer, der fra fødsels er begunstiget anderledes end den menige befolkning. Deres stemme ville således forsvinde i mængden, hvis de skulle vælge repræsentanter på lige fod med andre. Han foreslår derfor, at der bliver oprettet en særskilt repræsentation for de adelige, der bedre vil kunne forstå de adeliges problemer og synspunkter. Den skal dog holdes i skak af folkets repræsentation, der li-

¹⁸ Montesquieu, 1998, bog 11, kap. 6

geledes skal holdes i skak af den adelige. Det er disse to kamre, vis inspiration er hentet fra det britiske system, der senere skaber grobund for udviklingen i USA..

Han ser dog en forskel på de to kamre i det faktum, at han ikke mener, at den adelige forsamling bør have, hvad han betegner som en besluttende magt i forhold til områder, der vedrører den specifikke del af befolkningen. I de forbindelser bør deres besluttende magt ændres til en veto, hvor de ikke på samme måde får mulighed for at lave særskilte aftaler, der begunstiger deres interesser mere end andres. De får dog mulighed for at nedlægge veto mod hele lovforslaget og dermed tvinge det igennem en revision.

Iboende i den lovgivende magt, placerer Montesquieu ligeledes en magtudøvelse og en selvbeskyttelse, der skal sikre, at myndigheden formår at opretholde sig selv, hvis det findes udsat for større omvæltninger eller udefrakommende aggressorer.(ibid.) Han skriver således, at den lovgivende myndighed skal kunne give bemyndigelse til den udøvende myndighed, der sætter denne i stand til for en begrænset periode, at udøve magt over borgerne for at sikre den lovgivende magt og i den henseende statens sikkerhed og tarv.

I forhold til hæren finder Montesquieu det nødvendigt, at mens hæren som sådan er placeret under den udøvende myndighed, da besidder den lovgivende myndighed magten til at opløse hæren i det tilfælde, at den ikke udfører sit arbejde.(ibid.)

4.3.4 Den Udøvende Myndighed

Denne myndighed skal betros til én, da kompetencerne kræver øjeblikkelig handling, hvilket altid administreres bedre af en end af flere.(ibid.) I det tilfælde, at der ikke er en monark, mener Montesquieu, at det ville være nødvendigt med en del af den lovgivende myndighed, som substitut, men det ville medføre magtfordrejning, da man dermed ville have repræsentanter fra den lovgivende myndighed udgørende den udøvende. Montesquieu argumenterer ligeledes for nødvendigheden af en suveræn ud fra den indstilling, at det vil være utroværdigt, hvis den udøvende myndighed blev valgt blandt befolkningen. Dette bunder i, at han ser et problem ved den hypotetiske situation, at individer, der bliver valgt til den lovgivende myndighed, ligeledes vil kunne gøre sig gældende i den udøvende myndighed. (ibid.)

Mht. kompetencer, da skal den udøvende myndighed være i stand til at stoppe den lovgivende, da denne ellers vil have frie tøjler til at kunne udvikle sig despotisk.¹⁹ Således skal den

¹⁹ Der imod behøver den lovgivende myndighed ikke nogen kompetence til at stoppe den udøvende myndighed, da denne automatisk er begrænset i sin magt gennem lovgivningen, der er vedtaget.

udøvende myndighed ligeledes besidde vetoret over de lovforslag, der bliver stillet af den lovgivende myndighed.(ibid.) Den udøvende myndighed må således ikke tage del i lovgivningen i beslutningsprocessen, men må give sin mening til kende ved at benytte sin vetoret i de tilfælde, hvor lovgivningen falder uden for dennes overbevisning. (ibid.) På trods af denne proces, så sikrer Montesquieu dog en form for revision af den udøvende myndighed, i og med at han tillader, at den lovgivende myndighed undersøger, hvorledes lovene bliver udøvet. Montesquieu ser dog ikke nogen anledning til at det skal udvikle sig til en domsafgørelse over den udøvende myndighed. Han begrundet denne beslutning i det faktum, at den udøvende myndighed er nødvendig for staten i det omfang, at en eksklusion vil indføre tyranni.(ibid.) I vetoretten har man således indført en metode til opretholdelse af status quo²⁰. Et princip der ligeledes går igen i den lovgivende myndighed, hvor Montesquieu drager elementet ind ved, at han sætter den adelige forsamling i stand til at tjekke den folkevalgte.

Montesquieu anser det i forlængelse af dette for nødvendigt, at den udøvende myndighed ikke deltager i debatten vedrørende offentlige anliggender. Dette hænger sammen med, at den kun skal have adgang til lovgivningen gennem vetoretten. Denne er således også myndighedens mulighed for at vise sin misbilligelse eller accept overfor lovgivningen ved enten at forkaste eller godtage den.

En anden konfliktzone imellem den lovgivende og udøvende myndighed ligger i opkrævningen af skatter. En ret Montesquieu ser som en sikkerhedsventil for samfundet. At den udøvende myndighed behøver den lovgivende i forbindelse med opkrævning og fastsættelse af skattesatser for det forekommende år. Det sikrer en afhængighed, der etablerer den før omtalte status quo. Sker der i midlertidigt det, at den lovgivende myndighed foranlediges til at fastsætte skattesatserne for en længere periode end et år, da forfalder status quo. Dermed placeres den udøvende myndighed i en situation, hvor den lovgivende myndighed kan betegnes som unødvendig.(ibid.)

Montesquieu placerer en anden kompetence under den udøvende myndighed i form af hæren, der dog skal tilhøre folket og nationen, men ikke desto mindre skal placeres under den udøvedes ansvar, da hærens opgaver i større grad består af '*handling end i forhandling*'.²¹

²⁰Denne position kendes også som Nash Equilibrium, hvilket er en situation, hvor ens strategi ikke kan forbedres ud fra den viden man har om modstanderens strategi. Det er dermed bedre, hvis man beholder status quo ud fra den viden man har. Termen blev brugt hyppigt under Den Kolde Krig, hvor begrebet blev koblet sammen med MAD (Mutual assured destruction),

²¹ Jf. Montesquieu, 1998, bog 11, kap. 6

4.3.5 Den Dømmende Myndighed

Den sidste myndighed ser Montesquieu bedst sammensat af folket. Han mener således, at individerne, der udgør domstolen skal samles, for den varighed, som det kræves for, at de kan dømme, hvorefter de skal spredes igen. På den måde forudser han en eliminering af den frygt, der ofte hviler i befolkningerne for den dømmende magt som værende korruperet og egenrådig. Den bliver tvært imod usynlig i samfundet, da den kun eksisterer under betingede omstændigheder. (ibid.) Den dømmende myndighed er dermed reelt splittet i to personligheder. Han pointerer således, at domstolene skal være omskiftelige og til stadighed følge den anklagedes ønsker, samtidigt med, at befolkningens sammensætning skal repræsenteres. (ibid.) Sideløbende skal dommerne være faste og uforanderlige i deres fortolkning af den lov de skal dømme ud fra.(ibid.) Han ligger stor vægt på, at det aldrig må blive dommernes egne fortolkninger, men altid skal være den gældende lovlige fortolkning der skal dømmes ud fra. Man kan dermed sige, at domstolen skal være kontingent i sin sammensætning, men stringent i sin fortolkning.

Mht. undtagelser ved myndighedsbeskrivelserne, da ser Montesquieu situationer, hvor han erkender, at den lovgivende myndighed må tildeles den dømmende magt for at vedligeholde den anklagedes særinteresser. Den første værende i det tilfælde, hvor den anklagede er en person af en vis betydning. Denne situation vil oftest gøre det usandsynligt, at den anklagede kan dømmes af ligemænd. For således at dømme uden at misundelse eller andre mishagsfølelser har indvirkning på domsfældelsen, da argumenterer han for, at den adelige stand kun skal kunne dømmes af den adelige stand.(ibid.) Dernæst er der tilfældet, hvor et medlem af folket begår forbrydelser mod folkets ret, hvorved embedsmændene, der bestred denne myndighed ville skulle operere som anklager. Montesquieu anser det således ikke for 'rigtigt', at den lovgivende myndighed skal 'nedværdige sig selv' til at optræde foran en lovlig folkelig domstol.

*'Disse tre myndigheder bør være i ligevægt eller i inaktivitet. Men da de på grund af tingenes nødvendige udvikling er tvunget til at bevæge sig, vil de være tvunget til at bevæge sig i enighed.'*²²

Kort fortalt har Montesquieu udtænkt en treenighed, der operer i et samfund ud fra devisen om indbyrdes kontrol. Han omtaler således i forbindelse med den indbyrdes afskrækkelse fra hinanden, at de tre myndigheder må bevæge sig unisont, men dog bevæge sig. De må med andre ord følge med tiden og udviklingen i den sociokulturelle baggrund, men opretholde den

²² Jf. Montesquieu, 1998, bog 11, kap. 6

afstand og situation, der eksisterer imellem dem. Det er denne opretholdelse af status quo, der sikrer den politiske frihed, men ligeledes tilliden til styret og dermed stabiliteten i staten. (Boucher & Kelly, 2003) I det følgende vil jeg kort beskrive nogle andre begreber, der ligesom Montesquieus tre myndigheder vil være kendetegnende for dette projekt.

4.4 Begrebsdefinitioner

I det følgende vil jeg kort definere de begreber, jeg benytter mig af i forløbet af projektet. Det er begreber, der ikke knytter sig direkte til teorien i projektet, men som stadig kræver en uddybende definition.

Det første begreb, der tages fat på, er reelt en treenighed af begreber, der tilsammen danner en helhed. Jeg henviser her til stat-samfund-familien konstellationen, som den bliver formuleret af Hegel. (Hansen, M. H., 2005) Hegel så en sammenhørighed imellem de tre begreber, hvor han anså staten for det samlende organ, der gav plads til det borgerlige samfund, hvor individerne kunne handle, interagere og mødes. (ibid.) Hegel iagttog familien som værende det første fællesskab som individet er en del af. Det er således der, individerne samler næring og energi og udfolder sig selv på egne præmisser. Men i samme tråd som familien er et fællesskab af individer, da er familien en del af et større fællesskab. Det er det førnævnte system, det borgerlige samfund, hvor familier frit kan interagere og udveksle ydelser, hvilket reelt gør dette fællesskab til et markedsfællesskab. (Fink, 1995) Hegel anså det, modsat Adam Smith, ikke for sandsynligt, at dette markedsfællesskab ville regulere sig selv. Han pointerer derfor, at samfundet blot er en abstraktion fra et større fællesskab på samme måde som individet er det til familien og familien til samfundet. Han indsætter markedsfællesskabet som en del af et større politisk fællesskab, staten. (ibid.)

Staten er den, der samler det borgerlige samfund og skaber således det fællesskab, som individet er en del af, fra fødslen. (Hansen M. H., 2005; Fink, 1995) Staten er ligeledes i dens natur en stat blandt flere. I selve statsbegrebet indikeres noget ikke-universelt, idet en stat er en enhed, der er territorielt afgrænset ift. andre. (Elias, 1998) En stat står derfor altid i forhold til andre stater, og kernen i denne statslighed – suveræniteten – består i den udefrakommende anerkendelse af denne statslighed. Heraf følger, at staten over for andre stater fremstår som noget helt og ukrænkeligt. Den er dermed en suveræn enhed, der er udelelig. (Fink, 2003)

Et begreb, der ofte forveksles med 'stat' er 'nation', hvilket dog har en anden og mere vag betydning. Folkeretligt er en nation en gruppe af individer med fælles forståelse, kultur og

sociale relationer.²³ (Brown, 2002) Akademisk skelner man dog imellem to typer, der hedder henholdsvis den franske og den tyske nation. Den franske nationstype har rødder i Den Franske Revolution, hvor de fælles værdier omkring frihed, lighed og broderskab definerede dem, der hørte til den nye, franske nation. Religion, kulturelle normer og sprog var mindre afgørende, da alle blev regnet som franskmænd, blot de sluttede op bag de fælles politiske grundholdninger, som den franske republik byggede på. Også den amerikanske nation kan siges at være af den "franske" type, idet fælles grundværdier omkring frihed og demokrati historisk set har været mere afgørende for amerikansk national identitet end sprog og bestemte kulturelle fællestræk. (Petrovto, 2006) I den tyske nationstype er nationen baseret på tilstedeværelsen af en fælles kultur, særligt et fælles sprog og en fælles historie. Det er vanskeligt at blive en del af nationen, hvis ikke man er født og opvokset indenfor den pågældende kultur. Særligt nationale reaktioner mod Napoleons imperiebyggeri, samt overnational, oplyst enevælde benyttede sig af sådanne argumenter om folkeegenart og kulturbestemt national identitet. (Ibid.)

Med begrebet stat defineret er der en naturlig overgang til begrebet om den selvstændige stat, som den bliver formuleret folkeretligt ved Montevideo-konventionen om Staters rettigheder og Pligter fra 1933.²⁴ I den bestemmelse bliver der fastlagt en række principper, der definerer en selvstændig stat. Det er bl.a., at den i folkeretlig forstand har en permanent befolkning, et defineret territorium og en regering, der har kontrol med territoriet. Denne definition hænger i høj grad sammen med et effektivitetskriterium, men der formuleres ligeledes et implicit krav om anerkendelse og forfatningsmæssig uafhængighed. Dette betyder, at staten skal have effektiv og eksklusiv kontrol over indre anliggender. (Knudsen, 2008) Den moderne forståelse af begrebet om selvstændighed knyttes i stigende grad op på princippet om national selvbestemmelse. (ibid.) Fortolkningen af dette er dog blevet indskrænket meget som følge af den bølge af løsrivelser, der ville følge, hvis man lod princippet være lov. Der er bl.a. indført i den folkeretlige praksis, at nationer skal have 'ret' til national selvbestemmelse. Denne tilføjelse fjerner i princippet muligheden for selvstændighed for mange af de mindre nationalbefolkninger. (ibid.) Som følge af Sovjetunionens sammenbrud lempede verdenssamfundet på fortolkningen af princippet, således at delstater eller republikker med interne grænser kan have selvbestemmelse. (Ibid.) Principperne bliver dog stadig løbende ændret efterhånden som verdenssamfundet ændrer sig. Men fremgangsmåden fikses dog således, at det er de færre-

²³ Jf. Convention on Rights and Duties of States (inter-American); December 26, 1933

²⁴ Jf. Convention on Rights and Duties of States (inter-American); December 26, 1933

ste af de nationale mindretal, der vil få lov til at udråbe deres egen selvstændige stat. (Christensen P. B., 2002)

Et for projektet centralt begreb er 'retfærdighed'. Jeg har valgt at tage fat i to lignende tilgange, der stammer fra henholdsvis John Rawls og tidligere højesteretsdommer Henrik Zahle. (Rawls, 1971; Lev, 2007) Ofte dannes en sammenhæng imellem retfærdighed og det den romerske lov definerede, som værende det at hvert individ fik, hvad der var hans ret eller det som tilkom ham. Der ligger i denne henvisning den samme uomtvistelige flertydighed, som i alle andre forsøg på sedimentering af begrebet. For hvad definerer, hvad der tilkommer det enkelte individ? Med min henvisning til den romerske lov har jeg antydnet det problem, der ligger i et forsøg på at beskrive et så diffust begreb. John Rawls fremhæver i 'Theory of Justice' en sammenhæng imellem retfærdighed og lighed, som værende et kernepunkt. I forsøget på at omkrænse begrebet, stiller han dog skarpt på, at det netop ikke kan omkrænkes, men skal skabes af den retfærdige metode. (Rawls, 1971)

Han beskriver denne proces som begyndende fra 'den originale position', hvilken er, hvor individet i sin bedømmelse af retfærdighed, placeres bag et slør af uvidenhed. (Peterson, 1996) Her mister individet enhver medfødt evne og forudsætning. Derved placeres individet i en position, hvor det kun vil kunne vælge retfærdigt. (Rawls, 1971) En tankegang, der er meget lig, ideen om nævningetinget og domsmanden.

På baggrund af den metode mht. erhvervelsen af retfærdighed, da fremlægger Rawls to principper, som må forefindes inden for samfundets grænser. Det være sig principper om fundamentale friheder (ytrings-, forsamlingsfrihed, ejendomsrettigheder, samt habeas corpus), samt at sociale og økonomiske uligheder skal arrangeres således, at de er til størst gavn for de svageste. (ibid.) Dermed har alle muligheden for at være med til at skabe retfærdighed. Rawls er som følge af hans fokus på den sociale ulighed blevet skarpt kritiseret af de liberalistiske tænkere. De så ikke retfærdighed, som en vurdering af et resultat eller mål, men iagttog et resultat som værende retfærdigt i de tilfælde, hvor mulighederne for at opnå resultatet havde været retfærdige. (Heywood, 2007)

Rawls iagttager ligeledes forfatninger i forbindelse med retfærdighed, hvilket han sammenkæder med to principper. Det ene dikterer, at en forfatning skal varetage lige friheder og rettigheder. Det andet fastslår, at en forfatning skal udformes således, at den af alle mulige løsninger, der kan udtænkes, er mest sandsynlig i det forehavende at skulle resultere i et retfæ-

digt og effektivt lovgivende styre. (Rawls, 1971) Den eneste måde, hvorpå det første princip kan opnås, er ifølge Rawls, at repræsentanter fra hele samfundet får mulighed for at give deres mening til kende fra den originale position. Hans argument går på, at der kun igennem ligelig repræsentation kan opnås tilslutning og forståelse, samt sammenhørighed imellem folket og forfatningen. I hans beskrivelse af den retfærdige forfatning hæfter han sig ligeledes ved sammensætningen af det forfatningsregulerede samfund. (ibid.) Her ser han den lovgivende myndighed repræsenteret gennem det repræsentative styre, der gennem et elektorat bliver tildelt en magt til at udstede lovgivning. Dette repræsentative styre, er ifølge Rawls netop repræsentativt da det er for en begrænset periode og betinget af den gode vilje blandt elektoratet.(ibid.) Dette mener Rawls vil sikre en ligelig repræsentation af befolkningens mening og dermed sikre at den udøvende myndighed bliver holdt i skak. I samme tråd ser han forfatningen som underlagt folkets vilje, da det med en vis form for flertal vil være i stand til at ændre denne, hvis befolkningen finder det nødvendigt. Derved vil forfatningen ligeledes være i stand til at holde den lovgivende myndighed i skak, da den netop tildeler folket en magt, der vil sætte dem i stand til at ændre på forfatningen og dermed også på delegeringen af myndigheder.(ibid.) På samme vis ser han også sammenhængen imellem det demokratiske styres politik, den frie opposition og den strikte læsning af de regler som forfatningen fastlægger for det politiske virke.

Den tidligere danske Højesteretsdommer, Henrik Zahle, ser retfærdighed som værende et evigt undvigende mål, man i sit arbejde eller gerning konstant stræber efter. (Lev, 2007) Det er dog i denne stræben, at Zahle iagttag, hvordan retfærdighed skabes for at forfalde i det øjeblik, hvor det er realiseret. På den måde minder Zahles definition af retfærdighed i høj grad om Laclaus forståelse af sedimentering, som værende noget ufuldstændigt og flydende. I samme tråd ser Zahle aktualiseringen, der forfalder i det øjeblik, hvor aktualiseringsprocessen foregår, da der i samme øjeblik skabes et utal af andre potentialiteter. (ibid.) Det er dermed ikke et fast begreb om retfærdighed vi skal stræbe efter, men snarere kampen om at søge efter retfærdighed, der skal være i fokus.(ibid.) Det er de talrige kampe om at finde den retfærdige løsning på en sag eller et juridisk spørgsmål, der skal være i fokus. En dommers fineste pligt er i hans forståelse af retsstaten at skabe retfærdige domme.(ibid.) Dette gør dog blot arbejdet det tungere, da dommeren dermed ikke kun kan varetage det retslige, men ifølge Zahle også må inddrage det moralske og etiske i hans overvejelser. Jeg mener, at Laclau beskriver det bedst, da han bruger billedet om at skrive i vand. (Laclau, Mouffe, & Corydon, 1997) Det er

noget, der konstant forfalder, men i Zahles optik er det, at vi prøver, at vi kæmper for at være retfærdige, hvad der gør os retfærdige.(ibid.)

Når man arbejder med forfatninger og specifikt med den proces, der er fokuspunktet under diskussionen i denne opgave. Da drages man uafværgeligt mod begrebet 'constitutional borrowing'. Begrebet er udsprunget af konstitutionalismen, der fokuserer på forfatningen som værende det moderne samfunds fundament. Det er en tankegang, der i høj grad emergerer i det britiske samfund, som en reaktion mod det absolutte styre. Den bliver dog først praktisk implementeret ved den amerikanske og siden hen med den franske forfatning.

At the end of the twentieth century, most constitutional systems are or were derivative in part, with the possible exceptions of the ancestor systems of the United Kingdom, the United States and France'.²⁵

Constitutional borrowing beskriver således den udveksling af erfaringer, der finder sted ved udarbejdelsen af forfatninger. Dermed går mange begreber og institutionelle sammensætninger igen, samtidigt med at domspraksissen i mange nyere nationer i stadig stigende grad refererer til de nationer, hvor den pågældende forfatningstanke er lånt fra.

Jeg har kun redegjort for de mest centrale begreber, der bliver benyttet i forløbet af projektet. De begreber, der ikke er fundet plads til i dette afsnit vil blive beskrevet løbende, når det kræves.

4.5 Empiriske overvejelser

I dette afsnit beskrives den empiri, jeg vælger som udgangspunkt for analysen. En indledende præmis for projektets empiriske grundlag er, at forfatningsdomstolenes afgørelser sættes som udgangspunkt for iagttagelse. Dette gøres, fordi jeg ønsker at foretage en analyse af, hvordan magtens tredeling italesættes af de selvsamme forfatningsdomstole, som det fremkommer gennem formuleringer. Det gøres samtidigt med baggrund i, at jeg accepterer, at det ikke er muligt at skabe grobund for helt nye fortolkninger på netop dette område. Dette er ud fra, at fortolkningen og hegemoniseringen formes af den præcedens, der bliver skabt gennem afgørelser og betænkninger. Mht. brugen af artikler ved den handlingsanvisende diskussion, vil jeg retfærdiggøre dette ved at henvise til, at virkeligheden formes gennem medierne, hvilket gør, at det vi oplever og erkender oftest vil blive diskuteret og problematiseret i medier. Dette

²⁵ Davis, 2003

vil således øve indflydelse på den forståelse, der foreligger af selvsamme virkeligheds sammensætning i de involverede individers bevidsthed (i denne situation Kosovos forfatningsforsamling). Som Niklas Luhmann formulerer det ”*Hvad vi ved om vores samfund, ja om den verden, vi lever i, ved vi fra massemedierne.*”. (Luhmann, 2000)

Der kan skelnes mellem forskellige typer empiri: Observation, interview og dokumenter (Mik-Meyer & Järvinen, 2005; Demant i Bjerg og Villadsen, 2006). Den observerende metode vil ofte indebære feltstudier i den analyserede organisation. Dette har dog ikke været relevant for nærværende projekt, idet jeg ikke har ønsket at opnå indsigt i institutionerne eller samfundsforhold. Målet har der imod været at se på, hvordan der italesættes og dannes diskursive strukturer, samt hvorledes disse bliver opfattet i samfundet, set gennem medierne. Jeg har til denne opgave hovedsagligt valgt at benytte dokumenter som empiri, i form af de valgte forfatninger. Jeg benytter dog ligeledes betænkninger og domsafgørelser fra pågældende staters forfatningsdomstole og juridiske analyser af forfatningernes udformning og formuleringer. Dette valg er foretaget ud fra, at jeg mener, at denne metode er mest velegnet til de analyse spørgsmål, der fokuseres på i projektet. Dog supplerer jeg mit dokumentariske materiale med et interview, der har til hensigt at kaste lys over de uklarheder, der dukker op i de enkelte dokumenter.

4.5.1 Dokumentarisk materiale

Forfatningerne, der bliver benyttet i analysen er valgt ud fra deres unikke sammensætning, hvor bl.a. den Sydafrikanske afspejler en meget folkelig tilgang til en formulering af en forfatning (Joubert, W. A. et al. 2004). Den bliver komplementeret af den indiske forfatning, hvilket vil bringe endnu et kulturelt perspektiv ind over analysen, da et af kendetegnene ved den indiske forfatning er dens inklusion af alle elementer inden for nationens grænser (Bakshi, 2008). Derved indeholder den en definerende beskrivelse af de kulturelle elementer og en inddragelse af forfatningen vil dermed tildele analysen et mere vidtfavnende perspektiv. Valget af den amerikanske forfatning er grundet det faktum, at den er en af de første, der bygger på ideerne fra Montesquieu. Den har ligeledes været en milepæl og en retningslinie for flere efterfølgende forfatninger²⁶. Der ud over kan den amerikanske indflydelse på den nuværende verdensorden vise sig at have en betydelig indflydelse på beslutningsprocessen omhandlende specialets 3. Spørgsmål. (Ber. 3) De domme, jeg vælger at benytte ved analysen af magtens tredeling, vil blive valgt ud fra gennemslagskraft og antallet af referencer fra efter-

²⁶ Som det bl.a. beskrives i 'The Constitution of India' - Bakshi P.M., da har denne bl.a. inddraget formuleringer fra den Amerikanske Forfatning for at redegøre for den Indiske variant af 'Checks and Balances'.

følgende retssager, hvilket er en indikation af præcedens. (Nielsen & Tvarnø, 2005) Jeg ligger ikke begrænsninger på alder, men følger princippet om retshierarkiet, der dikterer, at den sidst kommende fortolkning, der er anerkendt af den højeste myndighed er gældende. (ibid.) I det tilfælde at en dom har været skelsættende og determinerende for den institutionelle udvikling, da vil den dog blive nævnt som reference på trods af, at betydningen af den efterfølgende er blevet omstødt, da den kan vise sig at have haft betydning for den videre fortolkning. Jeg vil i den forbindelse referere til domme fra Den Amerikanske Højesteret som 'US', Den indiske Højesteret som 'Ind.' og Den Sydafrikanske Forfatningsdomstol som 'SA'. Den efterfølgende nummerering vil indikere nummer på litteraturlisten. Jeg vil ligeledes inddrage artikler fundet gennem Infomedia, til brug ved diskussionen af Kosovo. De vil være fundet ved en kvantitativ søgning over de sidste 20 år ved brug af søgeordene 'Kosovo', 'FN' og 'NATO'. Mediekilderne var de større danske nyhedsaviser, hvorved de klassiske tilhørsforhold bliver ligeligt repræsenteret.²⁷ Jeg benytter mig ligeledes af dokumenter fra FN og den internationale organisations mission i Kosovo som baggrundsmateriale ved diskussionen. Der ud over har jeg indhentet oplysninger fra FN, EU, High Court of Mumbai, The American Supreme Court og The Constitutional Court of South Africa til brug som baggrundsviden ift. analysen og diskussionen.

4.5.2 Interview

Jeg har valgt at foretage et interview som supplement til indsamlingen af empiri gennem det dokumentariske materiale. Jeg har i den forbindelse interviewet en person vedrørende magtens tredeling, det udenrigspolitiske spil med nye stater og betydningen af forfatninger. Det drejer sig om Professor Mohana Raje fra Welingkar Institute of Management Development & Research i Mumbai.²⁸ Formålet har været at få praktisk indblik i, hvordan virkeligheden forholder sig til problemstillingerne, samt få en mere uddybende forståelse for den komplekse situation som domstolene sidder i. Interviewet er konstrueret som et semistruktureret interview og er udelukkende anvendt som baggrundsviden for de egentlige analyser.

Efter denne indledende introduktion af projektets analysedesign påbegyndes nu analysen.

5 Analyse af forfatningernes hegemoniske projekt

I de følgende afsnit vil jeg analysere de tre valgte forfatninger med henblik på at forstå og formidle den sedimentering af mening mht. magtens tredeling, der foregår i domstolenes for-

²⁷ Politiken (Pol.), Jyllands-Posten (JP.), Berlingske Tidende (Ber.) og Information (Inf.).

²⁸ Jf. Bilag 1

tolkninger af disse. Jeg vil starte ud med den amerikanske forfatning, efterfulgt af den indiske og den sydafrikanske. Der vil afslutningsvist i hvert afsnit være en kort opsummerende beskrivelse, hvilket ligeledes vil gøre sig gældende for analysen som en helhed.

5.1. The Constitution of the United States of America

Jeg vil hermed påbegynde analysen af den amerikanske forfatning. Jeg vil indledningsvist beskrive forfatningens baggrund og i den sammenhæng inddrage relevante historiske øjeblikke, der har haft betydning for udformningen og etableringen af den. Efter redegørelsen for baggrunden vil jeg skiftevis analysere de tre magter, som de er beskrevet i forfatningen og fortolkes af domstolen²⁹. Afslutningsvist vil jeg kort opsummere hovedpunkterne i analyserne.

5.1.1 Den historiske baggrund

Baggrunden for den amerikanske forfatning hviler på mange historiske fakta, men i denne fremstilling vil jeg primært fokusere på den revolutionære periode, der løber fra 1770 til 1789, men ligeledes inddrage informationer fra de efterfølgende år, hvor nationalstaten blev struktureret og fandt sin balance og sin plads i det internationale samfund. (Nye, D., 2003)

Der er i midten af det 18. Århundrede 13 kolonier, der ligger på østkysten af det nuværende USA, hvor de styres ud fra tre forskellige principper. Kolonierne var alle primært beboet af briter og de mest velrenommerede af kolonierne var styret af en guvernør udpeget af den britiske konge. (Bhagwan & Bhushan, 2002) De kolonier blev betegnet som 'crown colonies' og guvernøren var udpeget til at lede den enkelte koloni. Han var støttet af en rådgivende forsamling, der hjalp til ved den daglige administration af kolonien. Der ud over var der 'proprietary colonies', der blev ledet af individer, der var blevet tildelt magten til at regere over kolonien og dens indbyggere. Den tredje og sidste kolonitype var 'charter colonies', hvor styrets magt blev pålagt det enkelte individ. (ibid.) Disse kolonier var basis for den fremtidige federation og deres indbyggere havde taget mange forskellige kulturer med. I forløbet af det 18. Århundrede havde de 13 kolonier fået en grad af selvstændighed, der tillod, at de selv stod for en del af lovgivningen. Dette indbefattede politimyndighederne, regulering af den lokale handel og inddragelse af skatter for at tage hånd om de lokale krav. Der opstod dog en konflikt imellem kolonierne og kolonimagten, der kulminerer ved en kongres for delegerede fra alle 13 stater i

²⁹ Jeg beskriver her domstolen i ental, da forfatningsretlige spørgsmål altid får deres endelige afgørelse af Højesteret, der er den øverste retsmyndighed i USA, på trods af, at indledende faser af et forfatningssag kan initieres i distriktsdomstole o. lign. (Nielsen & Tvarnø, 2005)

Philadelphia i 1775. Ved den kongres bliver George Washington udpeget til øverste befalende, med ansvaret for hæren og flåden, hvilket følges af en krigserklæring mod det britiske styre. (ibid.) Efter dette første skridt på vejen mod selvstændighed bliver uafhængighedserklæringen offentliggjort den 4. juli 1776, hvor det pointeres, at kolonierne er at opfatte som frie og uafhængige stater. (ibid.)

De nyudråbte stater går efterfølgende sammen i en konfederation, således at krigen kan kæmpes med forenet styrke. Der bliver i den forbindelse udarbejdet en række artikler, hvoraf den første navngiver konfederationen 'the United States of America'. Den anden bekendtgør, at hver stat beholder suverænitet, frihed, uafhængighed og enhver magt, jurisdiktion eller rettighed, der ikke er blevet udtrykkeligt delegeret til Kongressen. (ibid.) Kongressen var dermed den eneste institution, der var blevet skabt som bindeled imellem de 13 stater. Kongressen bestod af repræsentanter fra hver enkelt stat, men var i den daværende form ikke nogen bindende enhed med en reel magt. Det var i realiteten kun et rådgivende organ, der kunne vejlede staterne i deres håndtering af sager, men nogen reel sanktionsmulighed eller magtbeføjelser var den ikke blevet tildelt. (ibid.)

Efter uafhængighedskrigen opstår der kontroverser imellem de nydannede stater. Det bliver tydeligt, at den manglende ydre fjende fjerner det fællesskab, der havde bundet staterne sammen i forbindelse med uafhængighedskrigen. (ibid.) I 1786 arrangeres en konference i Annapolis for at diskutere rækkevidden af Kongressens magtbeføjelser, som de stod beskrevet i de første artikler. Denne diskussion blev dog aldrig den store succes, da kun fem stater mødte frem. Alexander Hamilton får dog Kongressen til at indkalde til det historiske konvent i Philadelphia i 1787, hvor alle stater undtagen Rhode Island deltog. (ibid.) Flere historiske personer deltog i konventet og den 16 uger lange diskussion, det medførte. Bl.a. George Washington, Benjamin Franklin, James Madison, Alexander Hamilton og James Wilson var således blandt de deltagende og dermed også medforfatterne til den amerikanske forfatning. Den blev underskrevet af de deltagende stater den 17. september 1787 og trådte i kraft den 4. marts 1789. (ibid.)

Forfatningen er unik på mange måder, men først og fremmest er det en af de korteste i verden. Den startede ud med kun at bestå af syv artikler, men har til dato fået 26 'amendments'. Den er ligeledes det klareste eksempel på brugen af Montesquieus magtfordeling, hvilket er resulteret i et omfangsrigt system af 'checks and balances'. Systemet går i al sin enkelthed ud på, at de tre magtinstanser bliver holdt i skak af hinanden ved at de hver især fungerer som kon-

trolinstanser for hinanden. (Tribe, 2000) Således kan Præsidenten nedlægge veto over en lov, der er vedtaget af Kongressen. (ibid.) Men disse er ikke de eneste prominente karakteristika ved den amerikanske forfatning, hvor man bl.a. også kan nævne dens klare sprog. Dette har gjort dannelsen af konventioner gennem domme og forfatningsfortolkninger til et alment element i den amerikanske politiske og juridiske dagligdag. (ibid.) Forfatningen er ligeledes en af de mest rigide, da det kræver en meget langvarig og besværlig proces at tilføje bestemmelser til forfatningen. Denne rigiditet bliver dog stabiliseret og hjulpet ved den fleksibilitet, der eksemplificeres ved det foregående eksempel, hvor dannelsen af konventioner og fortolkninger netop er et kerneelement i den amerikanske forfatningsforståelse.

Et af kendetegnene ved forfatningen er ligeledes, at den er føderal i dens udformning, da det er en forfatning, der skal beskrive sammenhængen imellem en føderations centrum og dens enheder. (Tribe, 2000) Magtfordelingen imellem centrum og yderpunkterne har fra starten været meget ulige. Dette er på baggrund af, at centralstyrets og individernes rettigheder var nøje beskrevet, mens de overskydende kompetenceområder tilfaldt de enkelte stater, hvilket har efterladt et svagt centrum. (ibid.)

Som med den danske Grundlov er den amerikanske forfatningen USA's øverste retsdokument, hvilket betyder, at alle love skal kunne stadfæstes med grundlag i forfatningen. Denne stadfæstelse kan altid prøves ved den amerikanske højesteret, der i yderste tilfælde kan dømme den pågældende lov forfatningsstridig og dermed ugyldig. De personlige friheder, som de står beskrevet i 'Bill of Rights' er ikke som sådan en del af forfatningen, men tvært imod tilføjelser 1-10, hvor der sikres ytringsfrihed, forsamlingsfrihed, religionsfrihed, individets ukrænkelighed, samt borgernes frihed. (Web.1)

These rights cannot be modified or suspended except by a constitutional amendment. Freedom of speech, of worship, of habeas corpus, no unreasonable search, and seizure which constitute hallmark of a just society, are now part and parcel of the constitution.

Styreformen, som forfatningen udstikker, er modsat det danske konstitutionelle monarki, en republik, der skal ledes af en præsident. Men forfatningen tilrettelægger ikke kun føderationens styreform, men også de enkelte staters, der ligeledes skal være republikanske. Forfatningen får sin magt fra folket, der alle har et dobbelt statsborgerskab i og med, at hvert enkelt individ ikke blot er indbygger i USA., men ligeledes i den enkelte stat.

De to sidste elementer, der er særligt kendetegnene for den amerikanske forfatning er henholdsvis 'the spoils system' og to-kammer systemet. Det første er en betegnelse for det system, hvor det tidligere var, at alle offentlige embeder fulgte med, når der blev valgt en ny præsident. (Bhagwan & Bhushan, 2002) Det medførte, at alle regeringskontorer ændrede ansatte ved hvert valg i det tilfælde, at den siddende præsident ikke blev genvalgt. Dette system blev groft misbrugt af embedsfolk til at arbejde betingelsesløst for præsidentens genvalg, hvilket førte til korruption og ineffektivitet. Problemet blev løst med The Pendleton Act af 1883, hvor det blev besluttet, at kun 20 procent af embedsmandsstillingerne skulle udskiftes, hvilket bl.a. indbefatter personalet i Det Hvide Hus. (Tribe, 2000)

Efter denne gennemgang vil jeg iagttage, hvorledes Den Amerikanske Højesteret fortolker de tre myndigheder.

5.1.2 Den Lovgivende Myndighed

I det følgende vil jeg analysere den amerikanske Højesterets sprogbrug ved beskrivelsen af den lovgivende myndighed, som den bliver fremstillet i den amerikanske forfatning;

'All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives'.³⁰

Som citatet beskriver, tildeler den amerikanske forfatning den lovgivende myndighed til Kongressen, der består af senatet og repræsentanternes Hus. For kort at blive ved forfatningen i sig selv, da lad os vende blikket mod den reelle ordlyd af forfatningen. Teksten ligger op til en todeling af den lovgivende myndighed, meget lig den Montesquieu udtænkte. Den amerikanske forfatning ligger dog en anden betydning i de to kamre, der skal udgøre den lovgivende myndighed. (Bhagwan & Bhushan, 2002) Man kan ligeledes iagttage i det andet afsnit af forfatningens formulering, hvorledes der i den enkelte stat forefindes en lovgivende myndighed, der dog ikke er karakteriseret ved at være den lovgivende myndighed i forfatningsmæssig sammenhæng, men der imod set som de enkelte senatorer og medlemmer af repræsentanternes hus, der bliver delegeret fra den enkelte stat. (Tribe, 2000)

Først og fremmest vil jeg bide mærke i brugen af 'all', som det fremgår ved det allerførste ord. Alle lovgivende kompetencer skal tilfalde de to kamre. Det er dem alene, der besidder de forfatningsfæstede kompetencer til at lovgive inden for føderationens grænser. Dermed har vi klarlagt den første del af den lovgivende myndighed i og med, at det statueres, at det er kon-

³⁰ Jf. Web. 1, The Constitution of the United States of America - Artikel. I - Sektion. 1.

gressen, der besidder den lovgivende myndighed. Formuleringen 'herein' (heri: min oversættelse) skaber afgrænsningen af den lovgivende myndigheds kompetencer, da der dermed indikeres at myndigheden kun er begrænset i sine kompetencer, gennem de formuleringer, der foreligger i den amerikanske forfatning.(ibid.) Denne forståelse stadfæstes deslige i talrige domstolsafgørelser.

*(...) On the first, it seems to me essential to the republican theory of government that the constitutions of the United States and the states are the basic charter (...)*³¹

Den lovgivende myndighed defineres yderligere ved brugen af den ubestemte henvisning til en kongres under de forenede amerikanske stater, 'vested in a Congress'³². Dermed gøres det klart, at det er kongressen, uanset sammensætning, der besidder den lovgivende myndighed., Det defineres ligeledes at en kongres skal bestå af to kamre, hvilket gør en udelukkelse af det ene kammer forfatningsstridigt. (Tribe, 2000) Dermed kan et kammer ikke påberåbe sig den lovgivende myndighed uafhængigt af den anden, hvorved ethvert lovforslag skal godkendes af begge kamre før det kan aktualiseres. (ibid.) I forbindelse med benævnelsen af de to kamre, da benyttes der i samme tråd som med kongressen et ubestemt kendeord, der gør for den lovgivende myndighed upåvirket af tid. (Bhagwan & Bhushan, 2002) Dette danner en sedimentering af mening mht. den lovgivende myndighed, der korrelerer til det Laclau benævner som institutionel karakter, hvor sedimenteringen er tæt ved konstant og brydningerne i det hegemoniske projekt tæt ved ikke eksisterende. Hvad angår den lovgivende kompetence til at udstede love, der konkretiseres det ligeledes af Den Amerikanske Højesteret, at denne kompetence alene tilfalder den lovgivende myndighed. (Tribe, 2000)

*But if the law is what the executive says it is, whatever is necessary and appropriate in the executive's judgment, (...) what is it that would be a check against torture?*³³

Dommen tager den videste fortolkning af implikationerne, hvilket initierer den ækvivalenskæde, der artikulerer den lovgivende myndighed som en instans, der skal holdes i skak. (Tribe, 2000) Det nævnes ligeledes, hvordan denne status quo i princippet skal fastholdes af befolkningen, der har magten over Kongressen.³⁴ Den lovgivende myndighed knyttes således også an til fra begreber, som 'folkets tjener', hvilket henviser til den opbakning som myndigheden må besidde. Men på i samme forståelse er det ligeledes essentielt, at staten besidder

³¹ Jf. US. 1, side 4, linie 11-16.

³² Jf. Web. 1, The Constitution of the United States of America - Artikel. I - Sektion. 1.

³³ US. 16, side 22, linie 5-11.

³⁴ Jf. US. 11, side 55, linie 15-18

magten til at danne forståelse af ret og uret, hvilket skal gøres ved at definere lovovertrædelser. Dette danner forbindelse til en række ækvivalente begreber, der i mange henseender refererer til den lovgivende myndigheds evne til at skabe 'loven'.

*(...) it depends upon what the element defined by the state legislature is in creating the offense, (...)*³⁵

Den Lovgivende myndighed er således konstrueret som knudepunkt med en række ækvivalente begreber omkring sig, der sedimenterer et hegemoni. Denne henviser til den lovgivende myndigheds rolle som folkets tjener, men ligeledes folkets opdrager, der fastsætter regler, der er til borgerens eget bedste. Det er således tydeligt, at myndigheden har en todelt rolle, hvor den vil risikoen for forfald til populisme synes evident. (Laclau, 2005; Tribe, 2000) Det ses således, hvordan der sedimenteres en hegemoni ud fra en logik om nødvendighed og behov mht. den lovgivende myndighed. Det er en kritisk del af statsapparatet, der har betydelig magt, men ikke desto mindre er en nødvendig del af et demokratisk samfund. Den lovgivende myndighed er således underlagt og forstået som en del af en treenighed. Et andet emne ved den amerikanske lovgivende myndighed er de sedimenterede praksisser, der ligeledes henviser til den institutionelle karakter. Der nævnes således flere gange henvisninger til standardprocedurer, der går flere årtier tilbage og som antages for praksis uden yderligere diskussion. Denne håndfaste henvisning til sedimenterede fremgangsmåder er et af de tegn, som Laclau henviser til ved beskrivelsen af institutioner. (Laclau & Mouffe, 2002)

*If Congress had really wanted to narrow the purpose here to post-confirmation, it would have surely used the (...) That is a standard legislative technique used throughout the Bankruptcy Code that (...)*³⁶

Samlet kan man iagttage, hvorledes den lovgivende myndighed er sedimenteret som i en grad, der henviser til institutionel karakter. Ækvivalenskæderne, der har formet sig omkring myndigheden er primært sammensat med fokus på en nødvendigheds logik, der emanerer fra myndighedens institutioner.

5.1.3 Den Udøvende Myndighed

I det følgende vil jeg analysere den amerikanske Højesterets sprogbrug ved beskrivelsen af den udøvende myndighed, som den bliver fremstillet i den amerikanske forfatning

³⁵ Jf. US. 12, side 28, linie 2-3

³⁶ Jf. US. 3, side 53, linie 17-24

'The executive Power shall be vested in a President of the United States of America. He shall hold his Office during the Term of four Years, and, together with the Vice President, chosen for the same Term, be elected, as follows:

Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress: but no Senator or Representative, or Person holding an Office of Trust or Profit under the United States, shall be appointed an Elector'.³⁷

Citatet ovenfor beskriver, hvordan den udøvende myndighed ligger hos Præsidenten for de Forenede Amerikanske Stater. Ligeledes indikeres det i citatet, hvorledes præsidenten bliver udpeget, hvilket sker gennem optællingen af valgmandater. Helt specifikt står der i forfatningsteksten, at den udøvende myndighed skal besiddes af embedet som præsident. Derved undlades der i tråd med formuleringen af den lovgivende myndighed at lave en bestemt henvisning til en præsident, hvorved der ikke pålægges specielle egenskaber eller karakteristika til embedet. I formuleringen af valgmetoden ligger ligeledes en adskillelse af den lovgivende og den udøvende. Dette sker ved, at det er den lovgivende, der finder de valgmænd, der skal repræsentere den enkelte stat. De kan dog ikke selv være en del af valgmændene medmindre de frasiger sig deres sæde i den lovgivende myndighed. Dermed gøres plads til, at den lovgivende myndigheds indflydelse på valget af præsident indskrænkes til den samme som den almindelige borger.³⁸

Denne måde at inddеле magten på og lave en form for cirkelbevægelse i magtudøvelsen er ligeledes kendetegnene for den amerikanske forfatning. Årsagen er tilføjelsen af princippet om Checks & Balances, hvilket i korte vendinger vedrører den opbygning, hvor de tre myndigheder indbyrdes holder hinandens magtudøvelser i skak. Dette system gør sig således gældende ift. den udøvende myndighed, hvor Kongressen har muligheden for at stoppe ethvert lovforslag fra den siddende præsident. Ligeledes kan den anlægge en rigsretssag mod præsidenten og på den måde opretholde et system af supervision ift. den udøvende myndigheds ageren. Den udøvende myndighed har dog ligeledes en kontrol med den dømmende myndighed. Denne er således blevet udvidet med 'The USA Patriot Act'³⁹, der giver kompetence til

³⁷ Web. 1, The Constitution of the United States of America - Artikel II - Sektion. 1

³⁸ I Realiteten er der selvfølgelig en vis grad af forskel i indflydelse, men ud fra teksten må man erkende at den idealistiske intention ligger eksplicit i formuleringen af forfatningen.

³⁹ En kontroversiel lov, der blev vedtaget i oktober 2001. Navnet er et akronym, der står for "Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001. Var den amerikanske regerings første skridt i krigen mod terror efter angrebet i september 2001.

at blokere domstolens revision af tilbageholdelser ift. DTA.⁴⁰ (Tribe, 2000; Scalia & Breyer, 2005)

*We don't know when it can be raised, because the President can block final review for all time under the DTA. He has the keys to the federal courthouse.*⁴¹

Der dannes således en ækvivalenskæde omkring knudepunktet, der referer til en række del-elementer ved myndigheden. Den skal til dels beskytte befolkningen, men først og fremmest skal den formå at lede. Det er beskrevet, hvordan embedet besiddes af en indirekte valgt politiker. (Husa, 2002) Den amerikanske præsident bliver således forsøgt kondenseret omkring det faktum, at hun er et embede, i kontrast til bl.a. den danske statsminister, der i høj grad er en politiker. I tråd med den beskrivelse, der blev givet under den historiske baggrund, beskrives myndigheden ligeledes af domstolen som værende et embede, der skal respekteres. Flere domme nævnes således, hvordan det anses som yderste instans, at embedet skal drages i tvivl. (Bhagwan & Bhushan, 2002)

I den udøvende magt er der desuden blevet fortolket evnen til at skabe forfatningsforståelser. Denne kompetence udmøntede sig i George Washingtons Kabinet, der blev skabt som et rådgivende organ ud fra hans forståelse af forfatningen. Det er sidenhen blevet et af de vigtigste organer for præsidenten på trods af, at det ikke står eksplicit opført i forfatningen. (Bhagwan & Bhushan, 2002)

*(...) the clear four corners of the directive when the president created the body within his own administration (...)*⁴²

På samme vis har den udøvende myndighed omfortolket og tildelt sig selv større beføjelser og magtkompetencer ved at artikulere traktater som værende en 'executive agreement' eller en gentleman aftale. Derved kan senatet ikke kræve en revision inden godkendelse. Denne problematik henviser således til, hvordan præsidenten i visse tilfælde direkte har formået at ændre forståelsen af forfatningen uden nogen reel myndighed til at gøre dette. (Bhagwan & Bhushan, 2002)

Den udøvende myndighed er således i amerikansk kontekst sedimenteret som en institution mere diffust end de andre. Den skal således besidde en personificering af den amerikanske

⁴⁰ DTA: Detainee Treatment Act af 2005 er en lov, der forbyder umenneskelig behandling af fanger i USA. inkl. fanger på Guantanamo Bay.

⁴¹ Jf. US. 6, side 81, linie 20-22

⁴² Jf. US. 5, side 20, linie 8-15

drøm, ved at den skal formå at lede landet i 'den rigtige retning'. Den skal være leder af de væbnede styrker, varetage kontrollen med den dømmende myndighed og ligeledes den samlede diplomatiske position ift. statens allierede. Myndigheden er med andre defineret af en række begreber, der flyder og skaber kæder til divergerende elementer efterhånden som befolkningens situation ændrer sig. Den domstolsfæstede forståelse er på samme vis flydende, men dog sedimenteret omkring hegemonien om et embede, der skal lede folket. Det er således en hegemoni der baseres på en logik om 'én leder', hvilket skal være med til at skabe respekt om embedet. Det er denne ækvivalenskæde, der ved siden af den institutionelle sammensætning skaber myndigheden. (Laclau & Mouffe, 2002)

5.1.4 Den Dømmende Myndighed

I det følgende vil jeg analysere den amerikanske Højesterets sprogbrug ved beskrivelsen af den dømmende myndighed, som den bliver fremstillet i den amerikanske forfatning

*'The judicial Power of the United States shall be vested in one Supreme Court and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior, and shall, at stated Times, receive for their Services a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.'*⁴³

Som defineret ovenfor så formulerer forfatningen den dømmende myndighed som tilhørende en amerikansk højesteret. Der ud over nævnes derefter en række dertil hørende domstole, som Kongressen måtte finde lejlighed til at etablere og tildele den dømmende myndighed. Samtidigt stadfæstes det, at den dømmende myndigheds rækkevidde går så langt som forfatningen lovgiver.

I citatet kan man iagttage hvorledes det bliver beskrevet, at det er en højesteret, der er den dømmende myndighed, hvilket stadfæster højesteret som den sidste retsmyndighed. (Tribe, 2000) I det efterfølgende afsnit stipuleres der til gengæld en række retningslinier, der indskrænker myndighedens kompetencer. Det vedrører bl.a. de retssager, som domstolen har bemyndigelse til at føre. I den forbindelse nævnes der bl.a. alle sager omhandler loven og ejendom, som det bliver fastsat under forfatningen, samt de love, der udfærdiges på baggrund af denne. (ibid.) Men der henvises også til traktater, der er lavet eller vil blive lavet i fremti-

⁴³ Jf. Web. 1, The Constitution of the United States of America - Artikel III - Sektion. 1.

den, under den forudsætning, at der er basis for at indgå traktaten i forfatningen.⁴⁴ I citatet redegøres der ligeledes for tilstedeværelsen af det amerikanske dobbeltsystem i, da dommerne udnævnes af Kongressen. Den har dog ikke mulighed for at påvirke dem i forbindelse med deres erhverv set i forhold til løn, da den skal forblive uformindsket mens de sidder i højesteret.

Mht. til domstolens beskrivelse af den dømmende myndighed, da er det vigtigt at pointere, at den række af begreber, der kædes på den dømmende myndighed henviser til det antagonistiske forhold til de andre 'lower courts'. (Bhagwan & Bhushan, 2002)

*My question is, assuming that the language is ambiguous, as every lower court has found, assuming (...)*⁴⁵

Dermed indikeres den karakteristik, at der forefindes en 'superior court'.(ibid.) Samtidigt, er det også i forbindelse med dommerne indikeret, at der kræves en bestemt moral - 'good behaviour'. Dette indikerer, at det ikke kun er en højesteret inden for loven, men også inden for den moralske lov. Der defineres således en domstol, der står stand mod det moralske forfald, der ellers måtte eksisterer i samfundet. Dette argumenteres der ligeledes for i samtalen mellem Scalia og Breyer. Her pointerer Scalia, at domstolen skal bibeholde de moralske anskuelser, der bliver foreskrevet i forfatningen, indtil noget andet dikteres af ændringer i forfatningen eller ændringer i retspraksis. (Scalia & Breyer, 2005)

Højesterets rækkevidde sammenlagt med det dobbelte delingssystem gør sig ligeledes gældende i anden paragraf af artiklen, hvor der som sagt opremses de tilfælde, som domstolen må håndhæve loven.(ibid.) Dette gør sig selvsagt gældende ved alle tilfælde af retstvister, hvor loven brydes, men også internationale diplomater og på anden vis offentlige personer kan retsforfølges ved højesteret. (Bhagwan & Bhushan, 2002) Der nævnes dog ikke præsidenten, da denne netop ikke kan. Han retsforfølges som beskrevet ovenfor udelukkende af senatet, der kan indkalde til en høring og en deraf følgende rigsretssag.

*The House of Representatives shall chuse their Speaker and other Officers; and shall have the sole Power of Impeachment*⁴⁶

⁴⁴ I den forbindelse re det ligeledes essentielt at bide mærke i det faktum, at der dermed bliver opstillet et resthierarki, hvor forfatningen er øverst, de nationale love følger efter og dernæst afsluttes retshierarkiet, som det ses af forfatningen, af traktater. Det er bl.a. denne sætning, der skaber problemer, når de forskellige stater forsøger at danne separat lovgivning, hvilket denne sætning (ifølge nogle forfatningsteoretikere) ikke tillader divergerende retstankegange fra stat til stat.

⁴⁵ Jf. US. 4, side 7, linie 6-12

Som ovenstående citat ligeledes dokumenterer, så er der en latent begrænsning i den dømmende myndigheds kompetencer, da den ikke har mulighed for at iværksætte rigsretssager. Der er dog situationer, hvor den dømmende myndighed kan iværksætte en undersøgelse af den udøvende myndighed. Dette gøres specifikt gennem den juridiske prøvelse af de forslag, der emanerer fra den udøvende myndighed. Det er således i domstolens kompetence at iværksætte en undersøgelse, der kan be- eller afkræfte en strid med forfatningsteksten. I samme tekst er det den dømmende myndighed, der fortolker og beslutter rækkevidden af ændringer i kompetencer, der kan iværksættes ud fra nye situationer.

*(...) In cases like Duncan and Endo, this court has said that a wartime authorization for action by the executive should not be construed broadly, but should be construed narrowly to give only the power that it clearly and unequivocally indicates.*⁴⁷

Den dømmende myndighed er således en institution, der ikke er sedimenteret i samme grad som den udøvende, men dog besidder en vis standard praksis. I den forstand skal man ikke se på hændelser, men på dannelsen af præcedens. Der ud fra vil sedimenteringen ikke figurere på samme måde som ved den udøvende, da Højesteret i dens fremstilling af sig selv altid argumenterer for ækvivalenskæder, der indeholder begreber som 'retfærdighed', 'lighed', 'ret' og 'retsstatens velgører'. Der er dog brud i den forstand, at visse elementer inden for den dømmende myndighed ønsker en kraftigere sedimentering af myndighedens kompetencer. (Scalia & Breyer, 2005)

Diskussionen, der bliver stadig mere udtalt er, hvorvidt Højesteret med tiden har adapteret en lovgivende kompetence. Det er specifikt vedrørende de domsafgørelser, der ligger i politisk udefinerbart territorium. Der er spørgsmålet, hvorvidt domstolen skal danne præcedens på baggrund af andre tekster end forfatningen og de tekster, den baseres på. Dette vil ifølge kritiske røster danne præcedens, der ikke var tiltænkt af statens grundlæggere. Det bliver således omtalt i samtalen imellem Breyer og Scalia, hvor brugen af udenlandske dommeres overvejelser ved spørgsmål, tages op til diskussion. Breyer advokerer for brugen af udenlandske tanker, mens Scalia ikke ser grunden til at se ud over den amerikanske forfatning og de tanker som forfatterne har gjort sig. Han betegner sig selv som en originalist, men et af hans hovedpunkter refererer til dommen 'Lawrence et. al vs. Texas'⁴⁸, der omhandler en homoseksuel mands rettigheder i USA. Højesteretsdommer Scalia gør meget ud af at pointerer, at han ikke er imod

⁴⁶ Jf. Web. 1, The Constitution of the United States of America - Artikel I - Sektion. 2

⁴⁷ Jf. US. 16, side 35, linie 19-24

⁴⁸Jf. US. 4

homoseksuelle, men han understreger, at det samme gør sig gældende for forfatningen. Han ser således ikke, at der er mulighed for at fortolke noget om homoseksuelles rettigheder ud fra forfatningen. Han argumenterer med, at, hvor domstolen udfærdiger en domsafgørelse, der enten tildeler eller fratager homoseksuelle visse rettigheder. Det øjeblik krydser den dømmende myndighed skellet og bevæger sig ind i det lovgivende område. Han ser det som en populistisk beslutning, der ikke bør træffes af den dømmende myndighed. Den skal der imod skabes på grundlag af folkekrav, inden for den lovgivende myndigheds område.

Der er således ækvivalenskæder, der knytter an til en mere traditionel, samfundsbevarende institution, kontra en mere evolutionær kæde, der knytter an til statens udvikling og kulturelle differentiering. De to ækvivalenskæder viser således logikker, der kan sammenlignes med en konservativ og en liberal logik. Skal man dog samle disse to, da er det tydeligt, at den uniforme logik baseres på konceptet om 'retfærdighed', som værende det bærende element i Den Dømmende Myndigheds hegemoniske projekt.

5.1.5 Sammenfatning

Som det er vist ovenfor dannes der ækvivalenskæder af begreber omkring de knudepunkter de tre myndigheder udgør i Den Amerikanske Højesterets kommunikation. Kendetegnene for alle tre er, at der associeres til tradition og den tætte tilknytning til forfatningens historiske betydning. For den lovgivende myndighed er der primært fokus på en logik om nødvendighed af hensyn til demokratiets ve og vel. Det er folkets vilje, der symboliseres gennem den lovgivende myndighed. Den udøvende myndighed beskrives gennem ideen om det hellige i embedet. Der knytter sig således begreber som 'leder' til myndigheden, hvilket også korrelerer med logikken omkring det hegemoniske projekt, der baseres på en ide om den samlende figur i lederskikkelsen. Den dømmende myndighed beskrives ud fra en logik om ret og uret, der medfører en retfærdighedsetablerende rolle. Myndigheden knyttes an til logikker, der vil hæfte sig fast ved fortiden og fortolke et datidens rolle, mens flere andre fortolkninger kigger efter en dømmende myndighed, der vil være med til at skabe USA.

Dette var analysen af den Amerikanske forfatning, jeg vil nu fortsætte med den Indiske.

5.2 The Constitution of India

Jeg vil indledningsvist beskrive den indiske forfatnings baggrund og i den sammenhæng inddrage de historiske aspekter, der har haft betydning for udformningen og etableringen af den. Efter redegørelsen for baggrunden vil jeg skiftevis analysere de tre myndigheder, som de er

beskrevet i forfatningen og fortolkes af domstolen. Afslutningsvist vil jeg opsummere hovedpunkterne i analyserne.

5.2.1 Den historiske baggrund

Indiens forfatning blev skrevet kort efter uafhængigheden fra den britiske krone i 1947, men den indiske historie begynder lang tid før. Et af kernepunkterne i den indiske mentalitet er kolonitiden, der begynder med Vasco da Gamas fund af søvejen til Indien. Dette ledte til, at de øvrige europæiske kolonimagter fandt frem til det frodige land og etablerede handelsstationer. Handelsstationerne blev dog hurtigt meget indflydelsesrige grundet de konstante stridigheder mellem de indiske konger og herskere. Denne turbulens lagde vejen åben for kolonimagternes overtagelse af det administrative arbejde i de forskellige regioner. De britiske blev med tiden de mest markante og fik hurtigt kontrollen med størstedelen af Indien. (Neuborne, 2003) I det følgende århundrede benytter handelskompagniet en strategi, der går ud på at samle befolkningen under sig ved, at spille de forskellige grupper ud mod hinanden. Ved således at puste til den fjendskab, der eksisterede imellem de forskellige religiøse og etniske grupper inden for det indiske kontinent, holdt kompagniet dem fra at samle sig imod dem.⁴⁹ (Bakshi, 2008)

En stigende frustration over det britiske styre resulterer i det, der skal blive kendt som det første indiske oprør af 1857. Den daværende Moghul af Indien forsøger at samle folket, men det går ikke som ventet og Moghulen må flygte til Burma. Han efterlader dog sin familie og børn i Indien, hvor de britiske i et hurtigt træk udsletter den resterende Moghul-linie. Derved sættes der en stopper for det samlende styre, der har præget den indiske kultur siden midten af 1500-tallet. Efterfølgende overdrages magten over det indiske fastland fra det Østindiske Handelskompagni til det britiske kongehus, hvorved Indien bliver en officiel britisk koloni.

Det blev således også offentliggjort, at den indiske befolkning skulle nyde samme rettigheder som resten af indbyggerne i det britiske commonwealth. Inderne kunne ligeledes begynde at tjene i militæret, samt politistyrkerne. (Bakshi, 2008)

Det første skridt på vejen mod indisk uafhængighed blev taget ved dannelsen af den Indiske Nationale Kongres i 1876. Dog var der stadig en elitær stemning i gruppen, samt en manglende muslimsk repræsentation. Det medførte ved regeringskongressen i 1909, at den muslimske liga blev tildelt specielle beføjelser og særlige pladser i den indiske selvstyrreregning. Derved

⁴⁹ En fremgangsmåde der førte til vedvarende latente konflikter imellem de to store religioner muslimer og hinduer.

fastholdt de muslimske grupper holdningen om 'a nation within a nation', hvilket understregede det muslimske behov for adskillelse fra det hinduistiske flertal.(ibid.)

De efterfølgende år sker der en stadig udvikling i Indien, med flere oprør og terrorforsøg, samt en stigende diskussion i kongressen vedrørende brugen af vold som våben. Tiden omkring 1. Verdenskrig bliver et skillepunkt, da Mahatma Ghandi i 1915 vælger at forlade kampen mod styret i Sydafrika og i stedet dedikerer sine kræfter til et frit og selvstændigt Indien. Hans våben var pacifistiske ved at nægte at samarbejde gennem ikke-voldelige initiativer. En af hans mest berømte bedrifter er 'Saltmarchen', der sker som en protest mod den britiske skat på salt.⁵⁰

Ghandi kæmpede dog ikke kun med selvstændigheden, men også med interne stridigheder, hvor specielt kastesystemet var et af hans primære fokuspunkter. Han fik i den forbindelse støtte fra B.R. Ambedkar, der var født som en 'dalit'⁵¹ og ligeledes besad formandskabet for foreningen af dalitter. (Bakshi, 2008) Han går i mange tilfælde imod Ghandis beskrivelse af dalitterne, men beholder dog alligevel en magtfuld position og et tæt venskab med Ghandi indtil dennes død. En anden af Ghandis omgangskreds er den daværende præsident for det indiske selvstyre, Jawaharlal Nehru, der står bag resolutionen i kongressen, der i 1929 proklamere kravet om fuldstændig løsrivelse fra det britiske styre. Sideløbende med kampen for det frie Indien fortsætter de interne stridigheder. Den Muslimske Liga beslutter ved Lahore Resolutionen i 1940, efter forslag fra præsidenten for den Muslimske Liga, Ali Jinnah, behovet for en to-stats løsning. En beslutning, der vækker betragtelig vrede og frustrationer blandt den hinduistiske del af befolkningen. (Bakshi, 2008)

Den 15. August 1947 bliver Indien officielt selvstændig og det britiske kolonistyrer ophører. Ved udråbelsen af den selvstændige republik Indien, samlede man ligeledes en forfatningsgivende forsamling, der påbegyndte arbejdet den 9. december 1947. Forsamlingen blev sammensat af nogle af de mest prominente karakterer, der havde været en del af kampen for et selvstændigt Indien. Således var både J. Nehru, B.R. Ambedkar og Sardar Vallabhbhai Patel deltagende. Posten som skribent på forfatningen fik Ambedkar, der med sit syn på menneskerettigheder og ligestilling mellem mennesker, er den inder, der har haft størst indflydelse på forfatningen. Efter forsamlingens første møde, samlede de 166 dage over de næste 2 år og 11

⁵⁰ Ghandi ledte flere tusinde indere fra Ahmedabad til Dandi, over 400 kilometer, for at lave salt direkte ved havet.

⁵¹ Betegnelsen for 'den urørlige' eller 'den kasteløse'.

måneder, hvor befolkningen var inviteret med til at overværer diskussionerne imellem de delegerede. Den 26. november 1949 blev forfatningen for republikken Indien vedtaget.

Den indiske forfatning har efterfølgende haft en turbulent levetid. Ikke mindst som følge af den voldsomme konflikt med Pakistan, men ligeledes som følge af korrupte regimer og grove eksempler på magtfordrejning. Det mest grelle eksempel er Indira Ghandis embedsperiode fra 1966 til hendes død i 1984.⁵² Hun startede en voldsom strid imellem den dømmende, lovgivende og udøvende myndighed. En strid der førte til 3 års undtagelsestilstand, hvor Indira Ghandi stod bag vedtagelsen af forfatningstilføjelser, der reelt satte den dømmende myndighed ud af kraft. Visse af tilføjelserne er i dag en del af forfatningen, da de har været teknisk umulige at fjerne igen, men magtdivisionen er efterfølgende blevet genoprettet.

Den indiske forfatning er med sine 395 artikler et meget omfattende værk, der i mange henseender har sat standarden for, hvad en forfatning kan bruges til. Der er således flere forfatningsteoretikere, der nævner det socialliberale perspektiv, forfatningen fremlægger som noget af det mest markante. Det er således et af hovedformålene for forfatningen at begrænse den sociale ulighed og forsøge at skabe tættere bånd imellem Indiens indbyggere. På trods af, at den benytter mange virkemidler fra andre forfatninger i dens forsøg på at skabe social lighed og sætte en stopper for de traditionelle sociale relationer. Da adskiller den sig markant ved den måde, hvorpå den eksplicit beskriver virkemidler og formål. Der er således tydeligt beskrevet i artikel 5 -35, hvilke rettigheder den indiske befolkning giver sig selv gennem forfatningen. Det er dog ligeledes eksplicit formuleret, hvorledes disse rettigheder skal bruges, hvordan de virker og inden for, hvilke områder de kan benyttes og af hvem. (Bakshi, 2008)

Nogle af de elementer som den indiske forfatning har lånt er bl.a. den parlamentariske regering og styreform, samt ideen om et statsborgerskab, hvilke er lånt fra den engelske forfatning. Et af de kontroversielle valg er fra den sovjetiske forfatning, hvor der refereres til, at der ligeledes er pligter for det enkelte individ ('fundamental duties'). Disse pligter indebærer bl.a. at en indisk statsborger skal gebærde sig ærefuldt og med stolthed fremvise sit tilhørsforhold. I sammen artikel pointeres det eksplicit, at en håndhævelse af denne paragraf på ingen måde kan stride imod de fundamentale rettigheder i det tilfælde, at de benyttes simultant. På samme måde er pligterne beskrevet som værende tilskrevet 'enhver borger i dette land', modsat rettighederne, hvor der henvises til hele menneskeheden. (Neuborne, 2003)

⁵² Der var en kort periode imellem 1977 og 1980, hvor hun ikke var præsident.

Et andet specifikt kendetegn ved den indiske forfatning er præamblen, der i den indiske kan benyttes i de tilfælde, hvor forfatningen efterlader plads til uhensigtsmæssig fortolkning. Det er således pointeret i *Kesavananda Bharati vs. Staten Kerala*, at hvor forfatningsteksten er tvetydig og efterlader plads for flere fortolkninger, da benyttes præamblen som rettesnor til den korrekte fortolkning. (Bakshi, 2008) Denne sag er ligeledes markant, når det kommer til tilføjelser ved forfatningen. Frem til 2006, var der registreret 94 tilføjelser til forfatningen, hvilket i sammenligning med de amerikanske 26, illustrerer den lethed, hvorved det indiske parlament kan vedtage forfatningsændringer. Ved den førnævnte dom af 1976, blev det dog slået fast af Højesteret, at der var behov for det der senere er blevet kendt som 'the basic structure doctrine'. Denne bestemmelse giver den dømmende myndighed kompetencen til at godkende forfatningsændringer og hvis nødvendigt, forkaste forslaget som forfatningsstridigt.⁵³

Med denne korte opsummering af den indiske historiske baggrund, så vil jeg nu påbegynde analysen af de tre myndigheder, som de bliver beskrevet i den indiske forfatning og fortolket af domstolen.

5.2.2 Den Lovgivende Myndighed

I det følgende vil jeg analysere, hvorledes den indiske højesteret forsøger at sedimentere betydningen af den lovgivende magt igennem domstolsafgørelser.

79. Constitution of the Parliament

- 1) There shall be a parliament for the union which shall consist of the president and two Houses to be known respectively as the council for the states and the House of the people.*⁵⁴

Som citatet antyder, så er der tre lovgivende enheder i Indien fordelt over to separate enheder, samlet i Parlamentet. (Bakshi, 2008) Den ene er et to-kammer system, der består af Statsrådet ('Council of the States') og 'House of the People'. Præsidenten, der sidder i Parlamentet med de to kamre, deler den lovgivende myndighed med det siddende Parlament. Statsrådet bliver sammensat af henholdsvis 12 medlemmer udpeget af præsidenten og 238 medlemmer, der er udpeget af de lovgivende forsamlinger i de respektive stater. House of the People bliver der

⁵³ Der er dog diskussioner inden for den juridiske profession i Indien af, hvorvidt denne allokering af magt i sig selv er forfatningsstridig. Denne diskussion vil blive taget mere uddybende under afsnit 5.2.4. Den Dømmende Myndighed.

⁵⁴ Jf. Bakshi, 2008, Part V, Kapitel II, artikel 79

imod sat sammen af 530 medlemmer, der er valgt ved direkte valg i de forskellige staters valgkredse, samt 20 medlemmer, der er valgt ud fra regler fastsat af parlamentet.(ibid.)

Som det er omtalt ovenfor er der tegn på constitutional borrowing ved definitionen af parlamentet, hvor der er evidente præg hentet fra det engelske system, men også det amerikanske og det franske. (Neuborne, 2003) Tokammerssystemet er således et første begrebssæt i ækivalenskæden, der bliver dannet ved den indiske forfatnings formulering af den lovgivende myndighed. På daværende tidspunkt har Amerika været en bærende styrke i den 2. Verdenskrig og dermed sedimenteret betydningen som et symbol på den frie vestlige verden. Det er således et begreb, der skaber legitimitet og tilhørsforhold for den indiske befolkning. (Bakshi, 2008)

På trods af denne legitimitet har den indiske lovgivende myndigheds udvikling båret den igennem en ikke ubetydelig turbulent fortid. Tiden hvor Indira Ghandi tilsidesatte den dømmende myndighed, samt tilranede sig den lovgivende myndighed, har således påvirket ækivalenskæden.⁵⁵ (Bakshi, 2008) Det er således tydeligt, at den hegemoniske kamp mht. domstolens forsøg på sedimentering af betydningen af den lovgivende myndighed har ændret sig over tiden. Der er således sket en ændring fra en umiddelbar lovprisning af det indiske system til en defensiv, men ligeledes restriktiv fortolkning. Dette har i visse henseender medført en tildeling af betydelige kompetencer til enten præsidenten alene, som den udøvende myndighed, eller Højesteret.⁵⁶ (Neuborne, 2003)

Den nutidige fortolkning af den lovgivende myndighed fokuserer dog omkring en ækvivalenskæde, der involverer begreberne 'fleksibel' 'social orden', 'lighed' og 'personlig'. (Neuborne, 2003) Der knyttes således an til formuleringen i præamblen, når højesteretsdommer P.B. Gajendragadkar udtaler at Parlamentet er udset til at være kompetent i udførelsen af sit hverv. Det han specifikt refererer til er problematikken omkring forfatningstilføjelser, hvilket senere leder til Indira Ghandis styre. Han anså Parlamentet som værende tildelt de nødvendige kompetencer, men forudsætter ligeledes en legitim og retfærdig lovgivning. (Neuborne, 2003) Den lovgivende myndighed ses således som en beskytter af samfundets svageste i og med. Dette hænger sammen med myndighedens mulighed for at ændre forfatningen og dermed fjerne de sociale rettigheder fra forfatningsteksten. (Bakshi, 2008) Denne

⁵⁵ En situation, hvis implikationer vil blive debatteret mere i dybden under afsnit 5.2.3. Den Udøvende myndighed.

⁵⁶ Meget af dette er en selvfølge, da præsidenten netop er en del af den lovgivende magt og domstolen netop har til opgave at dømme ud fra hvad lovgivningen stipulere og dermed danne præcedens for fremtidige domme, men dette rækker videre i det, der er tale om en direkte lovgivende

magt giver dem en begrebsdimentering, der danner et hegemoni af beskyttermentalitet. Det er i høj grad en logik, der fokuserer på samfundet som en helhed og statens sociale ansvar over for den helhed. Den lovgivende myndighed har siden Indira Ghandis styre arbejdet hårdt på at opretholde den logik. Et af de elementer, der besværliggør fastholdelsen af sedimenteringen er den vedvarende korruption blandt de indiske politikere.(Inf. 1) Det er ikke et udtryk for magtfordrejning, men dog et stædigt symbol på et elitært system præget af vennetjenester og manglende kontrol. (Neuborne, 2003) Parlamentet har dog ligeledes åbnet dørene for mange sociale initiativer, hvor specielt Public Interest Litigation (P.I.L.) er et hyppigt benyttet værktøj. (Bakshi, 2008) Princippet medfører at en sag ikke nødvendigvis skal anlægges af den tilskadekomne eller socialt udsatte. Det er således muligt, at sagen kan føres af specielle interessegrupper og andre der finder en konflikt, de vil hav prøvet ved en domstol. Det er således muligt at få efterprøvet alle lovgivningsakter, der kan have indflydelse på Indiens befolkning.

If any material existed to show that any Legislature was lured by unfair means that is for the electorate to take care of and the media to expose. That cannot be a ground for the Governor to prevent somebody from staking a claim when he has the support of majority number of legislatures⁵⁷.

Princippet er dog primært blevet benyttet i tilfælde, hvor det har omhandlet social uretfærdighed. Dette er grundet det faktum, at de 'tilskadekomne' i de sager typisk ikke har den nødvendige viden eller kapital til at tage sagen op. (Bakshi, 2008)

Den lovgivende myndighed er således stadig i stand til at opretholde logikken bag hegemonien. Det er et parlament, der er sammensat af folket og underlagt folkets vilje, hvorfor der fokuseres på logikken som den socialt ansvarlige beskytter. Domstolen har dog også en række andre begreber, der i høj grad antyder en begrænsning i kompetencerne, der kan placeres hos den lovgivende myndighed. (Ind. 6) Der er således talrige henvisninger til de manglende muligheder ved myndigheden, men dog samtidigt også til det faktum, at det er nødvendigt med denne myndighed i et samfund, der bygger på befolkningens rettigheder. (Ind. 11)

Efter analysen af den lovgivende myndighed vil jeg nu fortsætte med den udøvende myndighed.

⁵⁷ Jf. Ind. 10

5.2.3 Den Udøvende Myndighed

I det følgende afsnit vil jeg analysere, hvorledes den indiske højesteret forsøger at sedimentere hegemonien omkring begrebet den udøvende magt igennem deres domsafgørelser på området.

53. Executive power of the Union

- 1) *The executive power of the union shall be vested in the president and shall be exercised by him either directly or through officers subordinate to him in accordance to the constitution.*⁵⁸

Som citatet indikerer og som det er blevet omtalt i foregående afsnit, så er den udøvende myndighed placeret hos præsidenten. I stk. 1 gøres det klart, at det ikke kun er præsidenten, men enhver underordnet, som forfatningen finder det passende at præsidenten udøver sine kompetencer igennem. Dermed er der samme forståelse af embedet, som det forefindes i Amerika, hvor det ikke er personen som sådan, man hylder, men embedet, der fortjener respekt. (Bakshi, 2008; Tribe, 2000) Dette er igen et tydeligt forsøg på en sedimentering af det mest betydningsfulde sæde i en ny republik, som Indien. Et forsøg på at skabe en institution, der kan samle en diffus nation til en sammenhængende stat.⁵⁹

Den præsidentielle uddelegering af magt kan dog kun ske i overensstemmelse med forfatningsteksten. (Bakshi, 2008) Derved dikteres en underdanighed i forholdet mellem de tre myndigheder og forfatningen. I forfatningen skal der i samme begreb forstås folket af Indien, da det er dem, der har givet staten dens forfatning, som det står skrevet i præamblen. Dermed er der endnu en begrebsforståelse til den kæde af ækvivalente begreber, der skaber den udøvende myndighed, som den står beskrevet i forfatningen, men også fortolket af Højesteret (ibid.) Der skabes en sedimentering af en myndighed, der har magten over hæren og flåden, men hun er altid underlagt folkets vilje, som den nu engang måtte fremgå af valgets resultater.

Forfatningen ligger ligeledes begrænsninger på de fortolkninger, der måtte fremkomme, da den i stk. 3 opridser to krav, som der bliver stillet til præsidentembedet og de lovgivende myndigheder, der måtte støtte hende. Det er således ikke tilladt at fortolke ud af den udøvende myndigheds kompetencer, som de står beskrevet i artiklen, at embedet kan tildele sig øvrige kompetencer, der eksplicit er tildelt øvrige myndigheder. Dette er en tilføjelse, der er blevet

⁵⁸ Bakshi, 2008, Part V, Kapitel I, Artikel 53

⁵⁹ Man kan selvfølgelig argumentere for den påstand, at alle myndighederne, der nævnes i forfatningerne er skabt med et forsøg på sedimentering for øje.

vedtaget efter Indira Ghandi. (Bakshi, 2008) Problemet var, at hun vha. gentagne tilføjelser og almene lovforslag tilskrev præsidentembedet en række kompetencer. På trods af at hun bestred uindskrænket magt, så var kompetencerne nødvendige for, at hun kunne hæve undtagelsestilstanden og undslippe retsforfølgelse. (Neuborne, 2003) Dette begreb er dermed et af de føromtalte forsøg på at omdanne den ækvivalenskæde, der blev skabt.

Der er således fastsat begrænsninger for den udøvende myndigheds tildeling af kompetencer. Problemet er blot, at myndigheden stadig har mulighed for at erklære undtagelsestilstand, hvilket var midlet, der blev brugt af Indira Ghandi. Denne situation skaber i stor grad den ækvivalenskæde, der skabes omkring knudepunktet. Det er således tydeligt, at den udøvende myndighed skal holdes i skak af den dømmende myndighed, hvilket ligeledes former en meget restriktiv fortolkningsdiskurs. Logikken omkring den udøvende myndighed fokuserer således på, at det er en nødvendig institution i krisesituationer, men den skal tøjles af et uvildigt organ i form af domstolen. Den udøvende myndighed bliver således kædet sammen med begreber som 'angribende', 'magtcentrerende' og 'egenrådig'. Der er dog også referencer til den ærede position, som præsidenten skal illustrere. Disse er dog ofte henvisninger tilbage i tiden før Indira Ghandi, hvilket ofte fremhæves som en simplere tid. (Bakshi, 2008)

En af problematikkerne omkring den ækvivalenskæde, der er dannet omkring den udøvende myndighed efter Indira Ghandi er deres fokus på selve præsidentembedet som forfatningsstridigt. (Neuborne, 2003) Det er således en besværlig proces, der leder frem mod en legitimering af den udøvende myndighed, hvilket også vises ved de samme tilfælde som ved den lovgivende myndighed.

*The task of protecting and realizing these rights is imposed upon all organs of the state, namely, legislative, executive and judicial.*⁶⁰

Der fokuseres således på, at det ikke kun er den dømmende myndighed, der sikre samfundet og borgernes rettigheder, men der imod alle tre grene af staten. Denne beskrivelse af treenighed går igen i flere domme, hvilket understreger det behov, der er for genopbygning. Denne fremgangsmåde ændrer dog ikke ved den logik, der træder frem ved analysen. Den er i høj grad præget i retning af udemokratiske tendenser, hvor den bagvedliggende logik henviser til mistro og korrupcion. Den udøvende myndighed er høj grad noget, der har mistet det glørværdige og ærefulde islæt, som følge af de gentagne anklager om magtmisbrug og -fordrejning. En stor del af den diskursive sedimentering tilskrives det faktum, at den udøvende myndighed

⁶⁰ Jf. Ind. 11

har sæde i den lovgivende myndighed. Denne tilstand danner ækvivalenskæder, hvor der knyttes an til begreber som 'usikker' og 'risiko'. Det er evident ud fra disse kæder, at der er en dyb mistro til præsidentembedet, men ligeledes en frygt for gentagelser af fortidens fejltagelser. Diskursen omkring den udøvende myndighed er således i høj grad påvirket af den historiske baggrund. Det hegemoni, der bliver dannet omkring myndigheden, er samlet set et billede af en institution, der gerne skal kunne samle nationens stolthed. Men for at dette skal kunne lade sig gøre, da kræver det at myndigheden bliver holdt i skak, hvilket fordrer en hård formulering i forfatningen, der til stedse bliver diskuteret i Parlamentet. (Bakshi, 2008; Pol. 3)

Efter denne analyse af den udøvende myndighed vil jeg nu fortsætte med den dømmende myndighed.

5.2.4 Den Dømmende Myndighed

I det følgende vil jeg analysere, hvorledes den indiske højesteret forsøger at hegemonisere den dømmende myndighed i kraft af de domsafgørelser, der er afsagt om begrebet. Vedrørende den dømmende myndighed diktere den indiske forfatning følgende:

124. Establishment and constitution of Supreme Court

- 1) There shall be a Supreme Court of India consisting of a Chief Justice of India and, until Parliament by law prescribes a larger number, of not more than seven other judges.*
- 2) Every judge of the Supreme Court shall be appointed by the president by warrant under his hand and seal after consultation with such of the judges of the Supreme Court and of the High Courts in the States as the president may deem necessary for the purpose and shall hold office until he attains the age of sixty-five years:⁶¹*

Som det fremgår af ovenstående citat, så er den indiske dømmende myndighed samlet i højesteret. Den skal bestå af en formand for højesteret og syv andre dommere. Antallet af dommere ved siden af højesteretsformanden fastsættes af det til enhver tid siddende parlament. Denne indblanding kan sammenlignes med den amerikanske, hvor der ligeledes er behov for godkendelse fra kongressen før en højesteretsdommer kan blive udnævnt. Parlamentet skal dog vedtage en lov, der tilkendegiver et større antal. Hvorvidt der dermed menes en forfatningsændring er ikke angivet i forfatningen. Denne formulering ligger dermed op til vide fortolk-

⁶¹ Jf. Bakshi, 2008, part V, Kapitel IV, Artikel 124

ninger af den pågældende artikel, da proceduren for vedtagelsen af en 'simpel' lov i høj grad adskiller sig fra vedtagelsen af en forfatningsændring.

I stk. 2 bliver det tilkendegivet, at det er præsidenten, der står for udnævnelsen af dommer til højesteret. I den forbindelse skal han dog konsultere den mængde dommere som hun finder passende for at kunne træffe en korrekt beslutning. I den konkrete betydning af ordvalget 'may deem' ligger der juridisk en lingvistisk finesse i det faktum, at det stiller præsidenten frit mht. rådgivningen, som hun skal erhverve. Der ligger et krav om rådgivning, men det står hende frit for at vælge den dommer, som hun finder mest tillidsvækkende. Det er denne betydning, der af flere forfatningsteoretikere betragtes som den gældende praksis. I tiden efter Ghandis regime, hvor denne regel blev udnyttet til dets fulde, blev der dog iværksat retsvidenskabelige ændringer. Det medførte bl.a. S.P. Gupta v. Union of India⁶², hvor der blev stadfæstet en ny fortolkning af den dømmende myndighed. Den blev i den sammenhæng tillagt betydeligt mere autonomi og flere kompetencer ift. den siddende præsident, end var tilfældet blot få år forinden. Det blev bl.a. gjort utvetydigt, at en konsultation skulle være dækkende for meningerne, der var til stede inden for Højesteretten. Denne skulle ligeledes bestå af en pluralitet af meninger, hvilket konkret betød en sikring af minimum to dommers holdninger ved udnævnelsen af en dommer. (Bakshi, 2008)

Dommen satte dermed uafhængighed og selvstændighed ind under det begreb, der forsøges sedimenteret. Det er tydeligt, at der har været kontroverser i den indiske historie, der har båret krav om en højere grad af institutionalisering. Der har dog ligeledes været forventninger om en klarere afgrænsning i forbindelse med en evt. udvidelse af den myndighed, der besiddes af den indiske højesteret. (Neuborne, 2003) I den pågældende dom er det dog ikke blevet gjort klart, hvorvidt det samme gør sig gældende i det tilfælde, at det ikke er formanden, der skal udnævnes. (Bakshi, 2008)

Den gældende retspraksis i Indien har siden Indira Ghandi gjort meget ud af at sedimentere forståelsen af den dømmende myndighed som et uafhængigt organ. (Neuborne, 2003)

*(...) the intention of scandalizing or lowering the authority of any Court or interfering with the due course of any judicial proceeding or interfering or obstructing the administration of justice.*⁶³

⁶² Jf. Bakshi, 2008, AIR 1982 SC 149; Supp. SCC 87

⁶³ Jf. Ind. 12

Der er således talrige referencer til den ærværdige opgave, der er pålagt den dømmende myndighed, hvilket anses som værende et tegn på at genopbygge den tabte respekt. (ibid.) Der er dog kritiske røster, der ser det som en ændring til det værre, da der er blevet overkompenseret ift. de øvrige myndigheder. (ibid.) Dette til trods, så er der dannet en logik omkring den dømmende myndighed, der bygger på den sedimenterede hegemoni omkring retfærdighed. Det er således denne myndighed, der sørger for opretholdelsen af social retfærdighed. Dette kan sammenlignes med den diskurs, der dannes omkring den lovgivende myndighed. Den dømmende myndighed har dog mere råderum i dens arbejde, hvilket eksemplificeres af den mulighed, der er for at finde præcedens uden for landets grænser. Der er således grundlag for, at den dømmende myndighed i vid ustrækning kan inddrage fortolkninger udefra og dermed grundlægge dens opfattelse af den indiske forfatning på de nationer, der er lånt elementer fra. (Neuborne, 2003)

5.2.5 Sammenfatning

Ved den indiske forfatning forsøger den indiske højesteret at sedimentere myndighederne til en sådan grad, at de institutionaliseres. Dette sker efter en årrække med forfaldne diskurser og legitimitetsforringelser overfor den indiske befolkning. Det er således evident, at tiden med Indira Ghandi i høj grad har påvirket den diskurs og logik, der bliver benyttet ift. de tre myndigheder. Den lovgivende myndighed har således en logik og diskurs, der i høj grad kan beskrives som værende en, der fokuserer på befolkningens ve og vel og beskriver den som beskytter og leverandør af social beskyttelse. Disse bliver dog sidestillet med en logik, der antyder, at den lovgivende myndighed skal holdes i skak. Det samme gør sig gældende ved den udøvende myndighed, hvor der skiftes imellem en ærværdig diskurs og en der antyder negligerende adfærd. Den Dømmende myndighed er de, der bliver mest positivt beskrevet, da den har oparbejdet en logik som værende den sidste bastion for retfærdighed og befolkningens sociale rettigheder.

Efter denne analyse af den indiske forfatning og domstolens kamp med at danne hegemoni omkring fortolkningen af denne, bevæger jeg mig videre til den Sydafrikanske Forfatning.

5.3 Constitution of the Republic of South Africa

I det følgende afsnit vil jeg tage fat på analysen af den afsluttende forfatning i denne opgave, den Sydafrikanske. Jeg vil indledningsvist opridsse den historiske udvikling, der har haft indflydelse på tilblivelsen af forfatningen. Jeg vil derefter fortsætte med analysen af de tre myn-

digheder, som de bliver præsenteret i forfatningen og forstået af domstolen. Efter analysen vil jeg kort opsummere de betragtninger, jeg har gjort mig.

5.3.1 Den historiske baggrund

Mod slutningen af 2. Verdenskrig var Sydafrika stadig en del af det britiske styre og blev gennem gensidig forpligtelse, som allieret til England opfordret til at yde et bidrag i kampen mod tyskland. (Berat, 2005) Efter de allieredes sejr, stod Sydafrika tilbage med et stærkere internationalt rygte end før krigens udbrud. De havde ydet stor støtte til krigen og premierminister Jan Smuts blev således inviteret med til San Francisco, hvor han var med til at underskrive aftalen om oprettelsen af FN. (ibid.)

I efterkrigstiden udviklede der sig en stigende utilfredshed i Jan Smuts eget regeringsparti, United Party. Samtidigt begyndte kritiske røster blandt den fattige gruppering 'Afrikaans' at presse premierministeren. Denne udvikling betød at Jan Smuts parti tabte valget i 1948, hvilket ledte til, at det genopståede National Parti, kom til magten. Hermed begyndte det rygte som Sydafrika havde erhvervet som følge af indsatsen under 2. Verdenskrig, at diffundere ud. (Berat, 2005) En af de ændringer som valget i 1948 førte med sig var stemmerettighederne, der tidligere havde været forbeholdt hvide og folk af blandede racer. Efter magtskiftet blev de blandede racer fjernet fra listen, hvorved kun registrerede hvide mennesker havde ret til at stemme. (Bhagwan & Bhushan, 2002) Det nye styre indførte ikke nye regler på alle områder. Ændringerne fokuserede på en systematisering af udformningen af racereglerne, således at adskillelsen, der allerede eksisterede i systemet, blev mere udtalt og kontrollerbart. (Davis, 2003) Den mest markante forandring efter systemskiftet var således den juridiske udformning, hvilken effektiviserede undertrykkelsen og adskillelsen af sorte i det sydafrikanske samfund. (Davis, 2003)

Systemet blev opretholdt igennem de næste 40 år, hvor det internationale samfund i stigende grad fik øjnene op for dets indretning. Der var i kølvandet på 2. Verdenskrig fremvokset et mishag mod forskelsbehandling af enhver slags. (ibid.) I den 40 års periode var der ligeledes adskillige magtkampe imellem oppositionsgruppen ANC (African National Congress) og regeringspartiet Det Nationale Parti. Lederen af ANC, Nelson Mandela bliver således anholdt i 1962 for at være en trussel mod styret. Han bliver først løsladt i 1990, hvor den tiltagende internationale kritik, samt spirende uroligheder i lokalsamfundet, førte til øget pres på styret. National Partiets formand og Sydafrikas præsident F.W. de Klerk, løslader Nelson Mandela i 1990, samtidigt med at han fjerner forbuddet mod ANC, hvilket symboliserer begyndelsen på

enden for apartheid-styret. Det sidste skridt bliver taget ved et referendum den 17. marts 1992, hvor 68 procent af de stemmeberettigede stemmer for en bortskaffelse af apartheidstyret. (ibid.)

I december 1991 indledes Convention for a Democratic South Africa (CODESA), der samlede repræsentanter fra alle grupper indenfor Sydafrika. (Berat, 2005) Det involverede bl.a. det indiske mindretal, ANC, NP, seks andre politiske organisationer og enkelte repræsentanter fra de mere uoprøgede regioner i landet. NP, ANC og Democratic Party, ledte hurtigt konventet over mod en samlet aftale om indførelsen af menneskerettigheder, samt sociale rettigheder i Sydafrika.(ibid.) Det endelige udkast efter CODESA indeholdt en række principper, som en demokratisk stat var nødsaget til at overholde. I februar 1993, var ANC og NP blevet enige om en tidsplan for det fremtidige demokratiske Sydafrika. Det bliver bl.a. besluttet at opstarte et Multi-Party Negotiation Forum (MPNF), der skulle lede til den første reelle forfatning for den demokratiske republik Sydafrika.(ibid.)

Den 27. april 1994 ser den sydafrikanske forfatning endelig dagens lys. Det er ikke en færdig udgave, men et udkast, der er blevet skabt gennem hidsige diskussioner og talrige kompromisser. Resultatet var et 222-siders dokument, der lånte ideer fra flere staters forfatninger samt retspraksisser. (Davis, 2003) Den midlertidige forfatning bar dog også tegn på at være en forfatning, vis formål det var at samle en nation splittet af en voldelig historie, der prægede kulturen og befolkningen. Der blev således afsat et helt kapital til menneskerettigheder, samtidigt med, at statens rolle i forhold til befolkningens sociale muligheder blev fremhævet markant. (ibid.)

Et af hovedelementerne i denne midlertidige forfatning var etableringen af to særskilte domstole, der i retshierarkiet ville være placeret over de regionale domstole. Der var Supreme Court of Appeals (SCA – Højesteret) og Constitutional Court (Forfatningsdomstolen). Årsagen til denne udvikling var det simple faktum, at ANC-forhandlerne ikke havde tiltro til de siddende dommere i SCA. Årsagen var en frygt for, at de ikke ville se mildt på det nye styre og dermed dømme retfærdigt i sager, der involverede den sorte del af befolkningen.⁶⁴

Den 9. Maj 1994 bliver Nelson Mandela valgt som præsident for Sydafrika, samtidigt med Thabo Mbeki og F.W. de Klerk får tildelt en fælles post som vicepræsident. Efter to år med den nye Sydafrikanske forfatning sendes den til omstrukturering, hvorefter en ny udgave ved-

⁶⁴ Effekterne af denne opsplitning af den højeste dømmende myndighed analyseres mere i dybden i afsnit 5.3.4 Den Dømmende Myndighed.

tages i 1996. Det Sydafrikanske Parlamentet vedtager i den forbindelse den nye forfatning samt det, der senere anerkendes som den sydafrikanske 'Bill of Rights'. (Berat, 2005)

I den forbindelse screenede forfatningsdomstolen det udkast som parlamentets forsamling havde udarbejdet. Målet var at undersøge, hvorvidt det korrelerede med de 34 grundprincipper, der var vedtaget i den første forfatning ved CODESA. I det indledende udkast som parlamentsgruppen havde udarbejdet, fandt domstolen en række fejl og overskridelser af beføjelser. (Davis, 2003) Efter den ventede revision af den sydafrikanske forfatning, blev der sammensat en 'Truth and Reconciliation Commission', der stod for at efterforske de forbrydelser, der var blevet begået i de forløbne år. Kommissionen havde ikke nogen juridisk magt i almindelige sager, men besad kompetencen til at retsforfølge Apartheidstyrets forbrydere. (Berat, 2005) I 1997 overdrog Nelson Mandela formandskabet for ANC til vicepræsident Thabo Mbeki, der ved det efterfølgende valg i 1999 førte partiet til en forstærkning i parlamentet. (ibid.)

Der er efterfølgende blevet lavet 13 tilføjelser til forfatningen, der havde 10 års jubilæum i maj 2006. Det første kapitel omhandler bl.a. en beskrivelse af det sydafrikanske flag, men også grundprincipperne for den sydafrikanske nation er blevet defineret i forfatningen. Blandt principperne defineres Sydafrika som demokratisk og uafhængig. De baseres på en række grundforudsætninger, der omhandler beskyttelsen af menneskelig værdighed⁶⁵, menneskeretigheder og retsstaten. (Berat, 2005)

Der er mange særegne karakteristika ved den sydafrikanske forfatning. Den baseres bl.a. på den historiske retspraksis, hvilket gør, at den har lånt fra forskellige forfatningstraditioner fra henholdsvis den hollandske og den engelske forfatning. (Bhagwan & Bhushan, 2002) Ligeledes er den rurale lovgivning, der eksisterede i stammesamfundene, blevet benyttet, men de primære inspirationskilder til lovgivning er engelske og hollandske. (Berat, 2005) Ved ratificeringen af forfatningen i 1997, blev den sat øverst i retshierarkiet, hvorved den ligeledes følger traditionen fra den konstitutionelle tankegang. (ibid.)

Hvad angår sproget, da defineres der 11 forskellige nationalsprog. Den sydafrikanske regering er ligeledes forpligtet til at promovere de små stammesprog, der eksisterer i ydrekanterne af landet. Der er således nedsat en komite, der skal tage varer på vedligeholdelsen af alle de nationale sprog, hvilket gøres ved at give mulighed for, at de kan blive benyttet ligeligt i hverdagen, som ligeværdige sprog. (Bhagwan & Bhushan, 2002)

⁶⁵ Min oversættelse af 'The protection of values of dignity'

Med denne korte gennemgang af den historiske udvikling, der leder frem til dannelsen af den sydafrikanske forfatning, vil jeg gå videre med analysen af domstolens forsøg på dannelsen af hegemoni vedrørende betydningen af de tre myndigheder.

5.3.2 Den Lovgivende Myndighed

Efter gennemgangen af den sydafrikanske historie vil jeg nu vende blikket mod en analyse af hvordan den sydafrikanske forfatningsdomstol fortolker den sydafrikanske forfatning og den lovgivende myndighed. (Berat, 2005)

In the Republic, the legislative authority-

a) of the national sphere of government is vested in Parliament, as set out in section 44;⁶⁶

Som det står formuleret i den sydafrikanske forfatning, da er den lovgivende myndighed sikret hos Parlamentet. Det er dog kun på det nationale niveau, da der er udarbejdet regionale forsamlings, der varetager lovgivningen på et såkaldt mikroniveau. Af respekt for de mindre nationale og kulturelle minoriteter, så er der dog ligeledes etableret små lokale kommuner, der varetager den nære lovgivning ude i de små samfund. Den lovgivende myndighed har magten til at ændre forfatningen, samt magten til at uddelegere den lovgivende kompetence til enhver anden lovgivende kapacitet inden for den nationale arena Derved fremskriver den lovgivende myndighed en kæde omkring begrebet, der emergerer fra respekten for minoriteten og bevarelsen af kulturelle karakteristika. Man kan tilnærmelsesvist sige, at den lovgivende myndighed beskytter minoriteternes indflydelse på den nationale lovgivning. Dette gøres ved, at de gennem forfatningen er givet muligheden for at konsultere vedrørende kommende lovgivning, men samtidigt også tildele magten til at forme den. De kan dog ikke formidle kompetencen til at ændre forfatningen, hvilket ud fra et forfatningsretligt perspektiv en essentiel tilføjelse, men ligeledes en nødvendig tilføjelse set ud fra et konstitutionelt synspunkt.

Den sydafrikanske forfatningsdomstol bygger i sin argumentation en ækvivalenskæde op omkring knudepunktet, den lovgivende myndighed, hvor der indgår en række kendetegnene begreber. Det er bl.a. 'impugned', give effect to a constitutional right' og 'passes the test for justification'.

⁶⁶ Web. 2, Constitution of the Republic of South Africa, Kapitel 4, Artikel 43

*(...) in collective bargaining that may not be abolished by the legislature, unless it can be shown that such abolition passes the test for justification established in section 36 of the Constitution (...)*⁶⁷

Henvisningerne er sammenlagt med givet omkring en ækvivalenskæde, der forsøger at sedimentere et hegemoni vedrørende den lovgivende myndighed, som en institution. Det er således tydeligt, at formålet med den sydafrikanske forfatningsdomstols kommunikation, at de samme henvisninger skal benyttes vedvarende. Denne fremgangsmetode er som nævnt i de tidligere analyser og i teoriafsnittet medvirkende til den institutionalisering, der følger af en mere eller mindre stabil sedimentering.

*(...) a litigant may not bypass that legislation and rely directly on the Constitution without challenging that legislation as falling short of the constitutional standard (...)*⁶⁸

Den lovgivende myndighed er som omtalt underlagt forfatningen. Men det samme gør sig for sin vis gældende for befolkningen gennem lovgivningen. Som der således står beskrevet i citat fra dommen i sagen *South African National Defence Union V. Minister of Defence et. al.*, da skal lovgivningen bygge på forfatningen, men man må ikke henvide til rettigheder ud over gældende lovgivning, med henvisning til forfatningen, uden at anklage loven for at være forfatningsstridig. Besværligheden i denne proces gør, at den lovgivende myndighed i store dele af lovgivningsproceduren er fri for usaglige sagsanlæg. Langt størstedelen af lovgivningsarbejdet bliver i den henseende ligeledes tjekket af forfatningsdomstolen. Men faktum er, at benævnelsen er en sikring mod folkets misbrug af deres indflydelse på lovgivningsproceduren. Dermed dannes en logik omkring den lovgivende myndighed som værende en, der er central i forfatningen og statsdannelsen, men ligeledes en der kan bremses, hvis man ikke værner om den. Det er således en nødvendighedslogik, der emergerer og viser, at man ikke selektivt kan vælge imellem myndighederne, men må varetage alle tre og give dem mulighed og rum for at udnytte deres forfatningsgivne kompetencer til fulde. Denne logik skulle man så tro kunne argumenteres frem ved alle tre, men den synes specielt præsenteret ved den lovgivende myndighed. Dette hænger muligvis sammen med den kulturelle baggrund, hvor specielt lovgivningen var vejen til et opdelt og undertrykkende samfund.

Efter denne analyse af den lovgivende myndighed er det tid til at vende blikket mod den udøvende myndighed.

⁶⁷ Jf. SA. 3, pkt. 12

⁶⁸ Jf. SA. 6, pkt. 51

5.3.3 Den Udøvende Myndighed

Den udøvende magt er den næste i rækken af analyser og jeg skal i det følgende fremanalyse den sydafrikanske forfatningsdomstols forståelse og fortolkning af den pågældende myndighed set i lyset af den beskrivelse, der findes i den sydafrikanske forfatning.

The President-

- a) *is the Head of State and head of the national executive;*
 - b) *must uphold, defend and respect the Constitution as the supreme law of the Republic;*
and
 - c) *promotes the unity of the nation and that which will advance the Republic.*⁶⁹
- 1) *The executive authority of the Republic is vested in the President.*⁷⁰

Som man umiddelbart kan læse ud af uddraget fra kapitel fem i den sydafrikanske forfatning, der omhandler den udøvende myndighed, så er det præsidenten, der bestrider denne post. Forfatningen tildeler ligeledes præsidenten en række beføjelser, der bl.a. tæller vetoret og varetagelse af de diplomatiske forbindelser udadtil. Ydermere er der en vigtig tilføjelse i stk. 2 pkt. b, hvor det defineres, at en anden af hendes opgaver bliver at levere et eventuelt lovforslag tilbage til parlamentet i det tilfælde, at det synes at være forfatningsstridigt. Dette tildeler den sydafrikanske præsident en betydelig magt over lovgivningsprocessen i forhold til for eksempel den amerikanske præsident. I det tilfælde, at et lovforslag er forfatningsstridigt, da skal det præsenteres for Højesteret, der dernæst har muligheden for at sende det tilbage til Kongressen for en omformulering. Denne proces har de ligeledes i den sydafrikanske forfatning, men som det pointeres i dommen, så tildeler præsidenten en betydelig kontrol med lovgivningsprocessen. Der er bl.a. ikke præcedens for at forhindre, at hun kan trække en upopulær lovgivning i langdrag ved at henvise den tilbage til parlamentet for omformulering. Først derefter er hun, som det står anført i pkt. c., forpligtet til at videresende den til forfatningsdomstolen.

I artikel 85 defineres det mere tydeligt, hvilke kompetencer, den udøvende myndighed besidder i Sydafrika. Der står således, at præsidenten i samarbejde med sit kabinet, skal implementere lovgivningen med undtagelse af de områder, hvor forfatningen og parlamentet dikterer andet. Denne formulering ligger således implicit op til, at Kabinettet besidder en del af den

⁶⁹ Web. 2, Constitution of the Republic of South Africa, Kapitel 5, Artikel 83

⁷⁰ Ibid., Kapitel 5, Artikel 85

udøvende myndighed, da de skal varetage dennes kompetencer i fællesskab med præsidenten. Denne gråzone efterlader ifølge *TFH van Rooyen et. al. V. The State et. al.* (SA. 1) rum for at præsidenten overlader visse af sine forpligtigelser til Kabinetet, hvilket de facto gør Kabinetets medlemmer til den udøvende myndighed i Sydafrika. Domstolen formulerer i sin fortolkning af den udøvende myndighed en række begreber, der knytter an til denne udveksling af kompetencer. Der er således flere gange knyttet an til den udøvende myndighed og dennes forbindelse magistraterne.(SA.2) Der knyttes ligeledes an til den udøvende myndigheds overordnede rolle, hvilket synes at være at holde samfundet samlet omkring sin person. Det er som statens overhoved, at hun skal udøve sit hverv. Derfor omtales det ligeledes, hvordan embedet har varetaget sit arbejde ved at få sat orden i elementer, der muligvis ikke hørte under dennes kompetence.

*(...) that the Executive had moved with great haste to complete the objects of the impugned legislation before the municipal elections (...)*⁷¹

Gennem denne formulering af begreber dannes der således en ækvivalenskæde omkring knudepunktet den udøvende myndighed, hvor hegemoniet, der søges sedimenteret fokuserer på myndigheden som en leder. Der er således tegn på, at den udøvende myndighed søges sedimenteret i en sådan grad, at den institutionaliseres, men grundet embedets karakter synes det problematisk. Det skal således indeholde de karakteristika, der eksisterer i staten og opretholde de karakteristika, der eksemplificerer landsfader-rolle. En rolle, der blev personificeret af Nelson Mandela, da han var ved magten. (Davis, 2003)

*(...) Constitution itself allows for the executive and the legislature to participate in the appointment of judges and this approach is followed by various other constitutional democracies, including the United States, Germany (...)*⁷²

Disse elementer, hvor landsfader-rolle og lederegenskaberne synes at være skabt ud fra en samlingslogik. Der er således lagt vægt på behovet for den samlende figur, som der bl.a. findes i USA og i Indien. Men Den dømmende myndighed ligger i sin fortolkning mere op til sammenligneligheden med USA og Tyskland, end Indien. Den udøvende myndighed er dermed sedimenteret omkring en logik, der fordrer samhørighed gennem et hegemoni fokuserende på leder- og landsfaderegenskaber.

⁷¹ Jf. SA. 5, pkt. 6

⁷² Jf. SA. 1, pkt. 12

Efter denne analyse af den udøvende myndighed er det hermed tid til at påbegynde analysen af den dømmende.

5.3.4 Den Dømmende Myndighed

Den sidste delanalyse omhandler den sydafrikanske dømmende myndighed. Der vil blive iagttaget, hvordan den bliver beskrevet i forfatningen, men ligeledes hvordan forfatningsdomstolen forsøger at fastholde betydningen af myndigheden.

1) *The judicial authority of the Republic is vested in the courts.*⁷³

...

1) *The courts are-*

a) *the Constitutional Court ;*

b) *the Supreme Court of Appeal;*⁷⁴

...

The Constitutional Court-

a) *is the highest court in all constitutional matters;*⁷⁵

Som citatet antyder, så er det domstolene, der besidder den dømmende myndighed, men domstolene er delt op i flere grupperinger. Specielt fokus skal placeres på forfatningsdomstolen, da det er den, der dømmes i de sager, der vedrører fortolkningen af forfatningsteksten. Opbygningen af den dømmende myndighed i Sydafrika er, som omtalt ovenfor, udtænkt med baggrund i den kulturelle splittelse, der findes inde for den unge stat. (Berat, 2005) Dette danner således også grundlag for det faktum, at det er en speciel domstol, der tager sig af forfatningsrelaterede spørgsmål. (Joubert, 2003) Ved domstolen er der fastlagt retningslinier for ligelig fordeling af forskellige minoriteter, hvilket gør fortolkningen af statens grundlag mere 'retfærdig' og mere stabil i befolkningens øjne. (Berat, 2005)

*Preventing a recurrence of this historical injustice is one of the purposes of section 23(5).*⁷⁶

⁷³ Web. 2, Kapitel 8, Artikel 165

⁷⁴ Ibid., Kapitel 8, Artikel 166

⁷⁵ Ibid., Kapitel 8, Artikel 167

⁷⁶ Jf. SA. 6, pkt. 50

Den dømmende myndighed består ligeledes af Supreme Court of Appeals (CSA – Højesteret), der varetager rollen som den sidste retsinstans i sager, der ikke falder ind under forfatningsdomstolens kompetenceområde. I Sydafrika er der dog efterhånden fremvokset en fortolkning i domstolenes retstekster, der indikerer en ændring i perceptionen af forfatningsdomstolen. Domstolen er således i stigende grad blevet stillet i et antagonistisk forhold til den ækvivalenskæde, der ellers bliver benyttet ved begrebsdefinitionen af den Sydafrikanske dømmende myndighed. Dette indikeres ved de fortolkninger, der er af områder, der ligger i gråzonen imellem hvad, der er forfatningsrelevant og emner, der falder uden for.

*The case was brought on an urgent basis; it was submitted that we had exclusive jurisdiction to hear it and that we should grant direct access to this Court (...)*⁷⁷

Problemet er opstået grundet den sydafrikanske forfatnings implementering af sociale rettigheder. Dette element har ofte medført en sammenblanding, da social uretfærdighed, dermed i princippet hører under Forfatningsdomstolen. (Berat, 2005) Denne problematik er blevet stadig mere udtalt og understreger det faktum, at domstolen var tænkt som en overgangsfase. Den er således fikseret som knudepunkt omkring formuleringer som 'beskytter af retfærdighed', 'det nye Sydafrika', 'sammørighed' og 'en nation'. (Joubert, 2003) Problematikken er opstået i takt med at disse begreber i sig selv er begyndt at blive flydende, hvorfor forfatningsdomstolen forsøger at legitimere sin egen eksistens gennem retsteksterne.

*The Supreme Court of Appeal reached the opposite conclusion. It reasoned as follows – (...) - In my view, this passage does not answer the question posed.*⁷⁸

Den dømmende myndighed som helhed har således ændret hegemoni og logik i forbindelse med statens tiltagende sedimentering. CSA er således efterhånden omgivet af formuleringer, der indikerer en overgang til at være Folkets Domstol. (Berat, 2005) Omvendt er Forfatningsdomstolen domineret af en logik, der indikerer overforbrug og arkaisk samfundstankegang. Der kan således argumenteres for, at den primære logik omkring domstolen er en der sedimenterer den som gammeldags og overflødig. Flere retskilder er således også begyndt at kigge til udlandet og spørge sig selv, hvorfor der stadig er to 'højesteretter' i Sydafrika, når alle andre demokratier kun har en.(ibid.)

⁷⁷ Jf. SA. 4, pkt. 15

⁷⁸ Jf. SA. 6, pkt. 67

Man kan dog afslutningsvist ikke undvige det faktum, at den dømmende myndighed ligeledes italesættes ud fra en logik om retfærdighed. Det er det primære formål med denne domstol, at den skal levere retfærdighed og dømme i de opståede konflikter, samt være en sikring imod den udøvende og lovgivende myndighed.

5.3.5 Sammenfatning

Ved en samlet vurdering af den sydafrikanske forfatning, kan man ikke undgå at bide fast i det element, at den bliver omtalt som en meget folkevenlig forfatning. Dette gør i mange henseender, at der opstår en bred fortolkningsflade mht. de forskellige institutioner, der bliver tilkendegivet i forfatningsteksten. Dette til trods, så tegner der sig dog en logik omkring den lovgivende som værende en central del af statsstyret, den udøvende bliver i høj grad sedimenteret med fokus på at skabe samhørighed, mens den dømmende knytter an til en logik om retfærdighed.

5.4 Opsummering af samlet diskursanalyse

Den samlede analyse af domstolenes forståelser af magtens tredeling i henholdsvis den amerikanske, den indiske og den sydafrikanske forfatning har vist, at der i stor grad kan påvises en 'ungdommelig' fortolkning af begreberne i de yngre. Dette kontra den mere etablerede og fasttømrede fortolkning, der fremgår af den noget ældre forfatning. Dette korrelerer med ideen om den sedimenterede institution, hvor den amerikanske har haft 200 år til gentagne brudte ækvivalenskæder. Der er således en markant fortolkningsforskel imellem de tre domstoles dannelse af ækvivalenskæder omkring den lovgivende myndighed. Den amerikanske dannes i tiltagende grad dannes omkring en national forsamling, hvis formål det er at holde præsidenten i skak. Den skal dog stadig varetage folkets ve og vel, gennem vedtagelser af progressiv og ansvarlig lovgivning. Det er således skiftende imellem logikken som beskytter og en nødvendighedslogik, der emanerer fra den hegemoniske kamp, der foregår omkring den lovgivende myndighed. Den dømmende myndighed bliver til gengæld portrætteret i alle tre forfatninger, som værende en beskytter af forfatningen, samt leverandør af retfærdighed. Dette hænger sammen med den manglende påvirkning fra populistiske tendenser, hvilket tydeliggøres i den indiske analyse og i den amerikanske. Den udøvende myndighed er generelt samlet omkring skabelsen og sedimenteringen af en lederfigur, der skabes ud fra en samhørighedslogik. Det handler om at samle nationen omkring staten. Det fokus er således gået igen i USA, Indien og i Sydafrika.

Dermed afsluttes analysen af logikkerne bag de tre myndigheder og jeg bevæger mig nu videre til domstolenes forsøg på sedimentering af begrebet 'retfærdighed'.

6 Analyse af domstolenes italesættelse af retfærdighed

Forfatninger betegnes ofte som leverandør af retfærdighed, men hvordan forstår domstolene begrebet retfærdighed, når de dømmer i henhold til forfatningen? (Bryde, 2005) Jeg vil i det følgende analysere de tre nationers forfatningsdomstoles hegemoniske projekt med at sedimentere deres opfattelse af 'retfærdighed'.

6.1 Den Amerikanske Forfatning

I det følgende vil jeg iagttage, hvorledes den amerikanske Højesteret forsøger at sedimentere 'retfærdighed' igennem de retssager den afgør.

Den amerikanske Højesteret benytter begrebet meget ofte. Det er en frase, der reelt bygges op som en legitimitet for alle afgørelser, den afsiger. Dette er en selvfølge i forlængelse af den analyse af den dømmende myndighed, hvor retfærdighed var den overordnede logik. Der er dog som nævnt tidligere i opgaven divergerende opfattelser af selve betydningen af retfærdighed og Den Amerikanske Højesteret knytter an til den liberalistiske anskuelse. Dette ses i flere afgørelser, hvor der ligges vægt på det princip, at alle individer skal have samme rettigheder til at begynde med.

(...) that his defence is incompetent or even is making no sense would justify – if that's what he wants to do instead of pleading guilty, that's, it seems to me, what the right of an individual consists of⁷⁹.

Det er således evident i flere sager, at der ligges vægt på termet 'equal representation'. Dette dikterer, at den retfærdige rettergang eksisterer i det øjeblik, hvor den anklagede har de samme muligheder for frikendelse, som de andre. Den Amerikanske Højesteret bygger derfor sit retfærdighedsbegreb op omkring en liberalistisk logik om, at så længe, der er lige rettigheder, så er der retfærdighed.

(...) Well, it depends on what you mean by fair, of course, and what, you know, what common law courts usually mean by fair (...)⁸⁰

⁷⁹ Jf. US. 2, side 48, linie 5-13

⁸⁰ Jf. US. 18, side 16, linie 8-12

Der bliver ligeledes refereret til 'fairness', hvilket bredt kan oversættes til det begreb, der bedst beskrives af Romerske Ret, når den siger, at retfærdighed er, når individet får, hvad der tilkommer ham. (Thomas, 1988)

Det var analysen af Den amerikanske Højesterets sedimentering af det hegemoniske projekt omkring 'retfærdighed'. Jeg vil nu gå videre med Den indiske Højesteret.

6.2 Den Indiske Forfatning

Den Indiske Højesteret benytter en række begreber til at sedimentere 'retfærdighed', der adskiller sig en del fra det amerikanske projekt. 'Retfærdighed' er noget man finder frem til gennem en juridisk proces, hvilket korrelerer med den opfattelse, der introduceres af Rawls. 'Retfærdighed' bliver skabt i en proces, hvor kun den rene menneskelighed skal skinne igennem og lede det enkelte individ i dets skabelse af 'retfærdighed'.

(...) by laying down that "no particular number of witnesses shall, in any case, be required for the proof of any fact" has enshrined the well recognized maxim that "Evidence has to be weighed and not counted." (...)⁸¹

Den Indiske Højesteret bygger således sin hegemoni op omkring en logik, der baseres på den forståelse, at retfærdighed skal skabes gennem højesterettens handlinger. Et af kerneelementerne i denne forståelse er således, at retfærdighed kan justeres og ændres i forløbet af denne handling. Grundet denne vinkel på 'retfærdighed', så kan handlingen forstyrres og ændres ved at forstyrre og på anden måde bringe den dømmende myndighed i miskredit. Den forståelse baseres på den forståelse, der blev fremanalyseret ved iagttagelsen af logikken omkring den dømmende myndighed i Indien. Det er den der skal levere 'retfærdighed' på trods af flere års krise, hvorfor det er essentielt, at den i retfærdighedens tjeneste få ro og fred til denne opgave.

(...) Neither the act of holding an inquiry nor the act of recording the statements of witnesses was with the intention of scandalizing or lowering the authority of any Court or interfering with the due course of any judicial proceeding or interfering or obstructing the administration of justice.⁸²

Den Indiske Højesteret forstår dermed 'retfærdighed', som en tjeneste de leverer til folket. Det er dem, der administrerer retfærdigheden, når den ikke emergerer fra andre institutioner.

⁸¹ Jf. Ind. 5

⁸² Jf. Ind. 12

Dette var analysen af den logik, der ligger bag hegemonien omkring begrebet 'retfærdighed', som det fremgår af kommunikationen fra Den Indiske Højesteret.

6.3 Den Sydafrikanske Forfatning

Jeg vil nu vende blikket mod den Sydafrikanske Forfatningsdomstol og iagttage, hvorledes denne iagttager begrebet 'retfærdighed'.

Forfatningsdomstolen benytter begrebet 'justice' mange gange i sine formuleringer, men lige så ofte refereres der til uretfærdighed, med henvisning til forskelsbehandling.

*Preventing a recurrence of this historical injustice is one of the purposes of section 23(5).*⁸³

De begreber, der knytter sig til 'retfærdighed' i domstolens kommunikation, er således primært møntet på historiske fejltagelser og andre styreformer. Dermed åbnes ligeledes op for en direkte sammenhæng til den Sydafrikanske Forfatning, som tilvejebringer af den retfærdighed, som domstolen kan levere. Retfærdigheden er således skabt gennem forfatningen, der sikrer, at det er et retfærdigt styre, der opererer i Sydafrika. Dette er en form for dualistisk tankegang, der går igen i domstolen, hvor den opererer ud fra, at så længe forfatningen er i stand, så er der retfærdighed. Man skal dog i samme argumentation finde forståelse for, at forfatningsdomstolens hegemoni bygger på en logik om at 'retfærdighed' ikke kan ændres. Det er noget eviggyldigt, der emanerer fra forfatningen. Dermed er individet reelt uvedkommende i processen, hvorfor det kun er det institutionaliserede embede i form af Forfatningsdomstolen, der kan levere 'retfærdighed'.

Dermed er analysen af Den Sydafrikanske Forfatningsdomstols forståelse af begrebet 'retfærdighed' til ende.

6.4 Opsummering af analysen af domstolenes italesættelse af retfærdighed

Samlet viser analysen af domstolenes logik bag hegemonien om retfærdighed, at der er tre forskellige iagttagelser af begrebet. Det er således iagttaget, hvordan retfærdighed i den amerikanske domstolspraksis forstås ud fra en liberalistisk logik, der anskuer det som værende en lige adgang til en proces. Den indiske fokuserer på en logik om et retfærdigt resultat, der således kan divergere, men ikke desto mindre vil forsøget på at skabe retfærdighed, skabe netop dette. Den Sydafrikanske forståelse bygger på en logik om retfærdighed, som værende evig og uforanderlig. Retfærdighed, som begreb fremstår, som følge af ovenstående analyse uden en givet ydre essens, der bestemmer, hvordan det er muligt at italesætte det, hvilket åbner

⁸³ Jf. SA. 6, pkt. 50

kommunikationens kompleksitet. Den spænding og kompleksitet skal ikke nødvendigvis forstås som noget negativt, men kan i høj grad vendes til noget positivt, da det sætter begrebet frit i kommunikationen. I forlængelse af den forudgående analyse, der viste, hvordan divergerende logikker konstant omhandlede de samme myndigheder, så virker det ift. dette begreb tilsvarende frit, at betydningsrummet for 'retfærdighed' fremstår spændingsfyldt og flertydigt.

Denne analyses iagttagelser kombineret med den forrige analyses konklusioner vil blive ført videre i projektets afsluttende diskussion, hvor konsekvenserne af dette her skitserede kommunikative landskab og logikker vil blive iagttaget ift. Kosovo.

7 Diskussion af overvejelser i forbindelse med udarbejdelse af forfatning for Kosovo

Jeg har i det foregående forsøgt at skabe et overblik over forfatningstankegangen, når det omhandler beskrivelsen, forståelsen og implementeringen af magtens tredeling. Jeg har benyttet mig af tre forfatninger og de dertilhørende domstoles fortolkninger af disse. Efterfølgende opridsede jeg, hvorledes de førnævnte domstole betragtede begrebet 'retfærdighed' i deres arbejde. Jeg har dermed skitseret det kommunikative landskab en ny stat må færdes i ved formuleringen af dens forfatning. Med den viden in mente skal vi dreje hovedet mod en ung stat i det tidligere Jugoslavien, nærmere bestemt Kosovo. Statens forfatningsgivende forsamling skal formå at skabe en forfatning med baggrund i magtens tredeling, således at den vil blive anerkendt af det internationale samfund.⁸⁴ Med dette fokus kan man på baggrund af de tilgange, der er dukket op i forløbet af analysen, iagttage hvilke spørgsmål den forfatningsgivende forsamling må stille ved formuleringen af en forfatning.

Før man på baggrund af den foregående analyse kan frembringe en række strategiske muligheder for forfatningsforsamlingen, da må man sideløbende tage stilling til en række delelementer. Det er bl.a. Kosovos forhold til det internationale samfund og den dertilhørende konflikt. (Inf. 3) Som omtalt i indledningen, så er situationen i det tidligere Jugoslavien et virvar af internationale traktater, bestemmelser og kompromisser. (Knudsen, 2008) Det er på nuværende tidspunkt endnu uvist om bl.a. NATO's bombardement af Serbien vil blive dømt i strid med international ret. (Gazzini, 2001; Inf. 3) Dømmer den internationale domstol imod NATO, da vil det efterfølgende FN-protectorat ligeledes miste sin berettigelse og dermed ændre

⁸⁴ Jeg forudsætter, at Kosovo følger op på de udtalelser, der i februar fulgte i kølvandet på erklæringen om selvstændighed: Jeg henviser specifikt til håbet om medlemskab af EU og antydningen af tættere kontakt til NATO og Europarådet. (BER. 3)

situationen drastisk. Ud over denne problematik, da er der ligeledes den latente konflikt, der ulmer imellem den pro-russiske side og den provestlige side inden for regionen, men også inden for de omkringliggende stater. (Ber. 4) Disse spørgsmål bør alle sammen drages med ind i overvejelserne, da de i stor grad hæfter sig sammen med den kulturelt specifikke situation, som Kosovo befinder sig i.

Men lad os indledningsvist iagttage, hvilke mulige løsningsmodeller, der foreligger mht. de interne splittelser i staten. Kosovo kan ikke benægtes at have en turbulent indenrigspolitik, hvor en minoritet kæmper for tilknytning til Serbien, mens den anden fløj lobbyer for et tættere samarbejde med bl.a. EU og NATO. (Feldman, 2005) Den kommende forfatningsforsamling har en række mulige tiltag, den kan iværksætte med reference til den tankegang, der blev implementeret i Sydafrika. Som beskrevet i analysen, så er den Sydafrikanske forfatningsdomstol en institutionel enhed under den dømmende myndighed, der sikrer dannelsen af en ækvivalenskæde symboliseret ved begreber som 'minoriteter', 'sikkerhed' og 'lighed'. En forfatningsdomstol kunne være et centralt element i en overgangsfase for Kosovos juridiske system. Det kunne bl.a. involvere en ligelig fordeling af Kosovoalbanere og serbere, men der bør også være internationale dommere tilstede ved domstolen. (Berat, 2005) De vil kunne repræsentere neutralitet og dermed forhåbentligt tilføje legitimitet til domstolen i de første år af dens eksistens. (ibid.) I det modsatte tilfælde, vil der være en risiko for, at nationen splittes, da visse af befolkningsgrupperne, muligvis ikke vil finde, at domstolen har ret til at dømme over dem. (Feldman, 2005) Des lige er der spørgsmålet om Serbien og Ruslands politik ift. Kosovo. Her vil en række upopulære domme kunne få de to nationer til at klandre vesten for diskrimination af det serbiske mindretal i regionen. (ibid.)

Et andet punkt mht. den dømmende myndighed, hvor der bør skeles til Sydafrika er ved implementeringen af de sociale rettigheder. Jeg fokuserer i denne sammenhæng på den dømmende myndigheds evne til at danne præcedens i forhold til sociale rettigheder. Ved at forfatningen formulerer sociale rettigheder, da vil der blive skabt en diskurs omkring domstolen som værende samfundets beskytter. Kompetencen reflekterer tilbage på alle tre magtinstanser ved, at de alle tre tvinges til at tage stilling til den sociale ulighed. Det vil således være tilrådeligt for Kosovo at indarbejde en social kontrakt i forfatningen, da det er et initiativ, der fordrer tiltro til staten. (Berat, 2005) I den forbindelse er det kritisk, at der i overgangsfasen ikke opstår de samme stridigheder imellem den lovgivende og den dømmende myndighed, som det var tilfældet i Indien. Resultatet af dette har medført en voldsom nedgang i tilliden til det offentliges varetagelse af de sociale rettigheder. (Hegde, 2005)

Mht. den udøvende myndighed, da vil det være oplagt at kigge til alle tre analyserede forfatninger, da de alle forsøger at sedimentere hegemonien omkring en stærk leder. Kosovo har en kulturel og historisk baggrund, der fordrer en samlende lederskikkelse. (Skach, 2007) Det vil være hensigtsmæssigt, at tildele den udøvende myndighed magten over hæren og flåden, hvorved der bliver dannet en ækvivalenskæde omkring den udøvende myndighed, der fordrer respekt. Det er således kritisk, at forfatningen definerer en udøvende myndighed, der kan formå at samle nationen. (Fukuyama, 2004) Målet bør være at skabe en så stabil sedimentering, at myndigheden institutionaliseres ud fra de karakteristika, der defineres i forfatningen og ikke en tidligere præsident, som det er tilfældet i Sydafrika. (Pol. 5)

Mht. den lovgivende myndighed, da er det vigtigt, at der etableres en forståelse af myndigheden som værende en nødvendig og folkelig del af statsstyret. Det er således centralt i opbygningen af hegemonien omkring den, at man definerer den ud fra en nødvendighedslogik med henvisninger til den tætte forbindelse til folket og dennes opfattelse af samtiden. Jeg vil ikke komme ind på, hvordan den skal sammensættes mht. de regionale institutioner. Jeg vil dog pointere, at det er vigtigt i en stat, der har en kompleks fortid, at varetage minoriteternes interesser. Det vil derfor være optimalt at opstille regionale kredse, der kan sikre en ligelig repræsentation af de mindretal, der måtte være underrepræsenteret. I en overgangsfase kunne det således være fordelagtigt at tildele en vis mængde sæder til de minoriteter, der er repræsenteret i landet. Dette vil muligvis producere en følelse af sammenhørighed og samle nationen. Dette vil, som det skete i Sydafrika foregå igennem en dannelse af ækvivalente begreber omkring institutionerne, der associerer til lighed, broderskab, retfærdighed og politisk stabilitet. Retfærdighed bliver således et biprodukt af denne proces, hvilket ligeledes kan observeres i Indien og i Sydafrika. (Bergling, 2003)

Som et sidste punkt kan der argumenteres for og imod implementeringen af menneskerettigheder og pligter i forfatningen. Borgernes rettigheder kontra deres pligter, som det fremstår i både den Indiske, men også den amerikanske, er et problematisk område. Problematikken opstår, hvor befolkningen endnu ikke har fået opbygget en tillid til systemet, hvorved pligter vil fremstå som en unødvendig magtudøvelse i forhold til den minoritet, der vil føle sig klemte af det politiske system. (Bakshi, 2008)

I denne diskussion af en mulig forfatning for den nye stat Kosovo nævner jeg et utal af gange begrebet 'overgangsfase'. Dette hænger sammen med den overbevisning, at det, der er behov for, er en interim forfatning, som de udarbejdede i Sydafrika. Det vil skabe stabilitet, opfordre

til dialog, men samtidigt også vise befolkningen, at der bliver lyttet til deres forslag og ideer. Det er således essentielt, at der bliver etableret mindre former for direkte demokrati i nærområderne, hvor forfatningsforsamlingen vil kunne diskutere holdningerne til statens forfatning med befolkningen.

Mht. domstolens forståelse af retfærdighed viste analysen af begrebet, hvor komplekst og foranderligt det var. Det er således evident, at man ikke kan fastsætte normer for retfærdighed, men kun finde forskellige tilgange, der alle har deres fordele og ulemper. Jeg har i dette afsnit forsøgt at opstille en række scenarier for sammensætningen af de tre myndigheder ud fra den forudsætning, at Kosovo vil kigge til disse tre stater i deres forsøg på at leve op til international standard. Systemernes forskellighed og deres indbyrdes fordele og ulemper in mente, da vil det være tilrådeligt at Kosovo forholder sig refleksivt til sine valg og ikke kun ser, hvordan andre ser det perfekte statsstyre, men i høj grad iagttager sig selv i den proces. Denne proces skal ligeledes afspejle befolkningens kulturelle tilhørsforhold, da en elitær tilnærmelse til fjerntliggende kulturer kan fremmedgøre den 'samlende' forfatning og øge risikoen for befolkningens forkastning af forfatningsprojektet. Ved at være bevidste om deres egne valg og fravalg i iagttagelsen vil de kunne iagttage deres specifikke kulturelle karakteristikas indflydelse på deres måde at iagttage på. Dermed muligvis være medvirkende til at sedimentere et hegemoni omkring Kosovo ud fra en retfærdig, demokratisk logik.

8 Konklusion

Hvilke overvejelser bør en stat foretage vedrørende formuleringen af en forfatning i det tilfælde, at målet er et anerkendt 'retfærdigt' styre? Dette spørgsmål har været i centrum for nærværende projekt. Et projekt, der er blevet søgt besvaret gennem en toleddet analyse, hvor jeg indledningsvist har forsøgt at tegne det kommunikative landskab for fortolkningen af magtens tredeling. Dette er blevet gjort ved at skitsere de logikker, der benyttes ved dannelsen af ækvivalenskæder omkring de tre myndigheder, efterfulgt af en specifik analyse af italesættelsen af 'retfærdighed' i forbindelse med de retslige fortolkninger. Afslutningsvist har jeg indført en komparativ diskussion af implementeringsmulighederne i en ny stat i form af Kosovo.

Indledningsvist fremanalyserede jeg en italesættelse i de tre forfatninger af den udøvende myndighed, som værende en stærk lederfigur, der kunne samle nationen og besad de karakteristika, der gav ro. Det var specielt meget tydeligt ved den Amerikanske, hvor der traditionelt også fokuseres på den udøvende myndighed som en hel person og ikke kun en politisk per-

sonlighed. Den dømmende myndighed blev i høj grad italesat som befolkningens beskytter og retfærdighedens vogter, hvilket blev forsøgt sedimenteret gennem diverse retssager, hvor den mest sedimenterede, som følge af dens lange levetid var den amerikanske. Den lovgivende myndighed var mere delt gennem italesættelsen, hvor den i de tre forfatninger skiftede mellem en beskytter og en nødvendighed. Analysen viste ligeledes, at den lovgivende myndighed i høj grad var påvirket af de populistiske tendenser i både USA og Indien.

Efterfølgende fremanalyserede jeg domstolenes italesættelse af 'retfærdighed', hvilket viste tre meget forskellige tilgange. Dette eksemplificerede problemet ved dette begreb, som værende uden en ydre essens, hvorfor kommunikationens kompleksitet bliver åbenbar. I den forbindelse blev det således kritisk, at et af hovedpunkterne ved diskussionen vedrørende Kosovo og udarbejdelsen af en forfatning er, at de agerer reflektivt ift. begreberne. De bør iagttage ikke kun begreberne i sig selv, men ligeledes hvordan de begreber bliver benyttet af dem selv. Derved vil de være i stand til at navigere i det kommunikative landskab, hvor den hegemoniske kamp foregår og være bevidste omkring de valg de foretager ved formuleringerne og sammensætningen, samt hvilke ækvivalenskæder de knytter an til. En ny stat bliver således nødt til at gøre sig bevidst, hvilken stat den ønsker at være. Hvilke tilhørsforhold den har og dermed, hvorfra den bedst kan hente inspiration.

Mht. den specifikke formulering af de tre myndigheder, da bør en kommende forfatningsforsamling overveje den symbolik, der ligger i de enkelte myndigheder. Det skal således være klart, hvorvidt der ønskes en institutionalisering af myndighederne og hvilken betydning denne proces skal medføre. Den lovgivende myndighed bør afspejle befolkningen bedst muligt, da folket skal kunne se den ligelige fordeling i representationen. Det er ligeledes essentielt, at en ny stat overvejer brugen af sociale rettigheder og pligter, da det i forbindelse med myndigheden kan skabe en følelse af lige behandling og retfærdighed. Den udøvende myndighed skal i høj grad karakteriseres som en samlende enhed, der kan formå at lede. Hvorfor en ny stat bør overveje skabelsen af en landsfaderrolle, dog uden personlig binding. Hvad angår den dømmende myndighed, da er det centralt at formulere en respekteret retsinstans, der er hævet over hidtidige kontroverser, da det er fra denne myndighed, at retfærdigheden skal uddeles.

Samlet skal en ny stat iagttage, hvordan omverdenen iagttager et retfærdigt styre. Den skal iagttage, hvordan befolkningen iagttager og knytter an til begreberne. Således vil den kunne agere bedst muligt i et komplekst kommunikativt landskab, hvor alt synes kontingent.

9 Perspektivering

Ethvert valg er altid også et fravalg. Ved at anvende Laclaus diskursbegreb har jeg afgrænset mig fra andre teoretiske indgangsvinkler for projektet. Af andre tilgange kan jeg bl.a. nævne Michel Foucault og hans videnskæologiske tilgang, der ville have bragt større fokus på subjekternes betydning. Hans diskursanalyse ville ligeledes have bragt et praktisk funderet fundament ind i analysen, hvor Laclaus diskurstheori netop er baseret på teoretiske antagelser, der ikke på samme måde som Foucaults har en bred praktisk præcedens bag sig. (Dyrberg, 1999)

Foucault har netop gennem sin praktiske tilgang tillagt det empiriske materiale stor værdi, hvad angår udviklingen af hans diskursanalyse. Foucault ser, modsat Laclau ikke diskurser som ustabile objekter, der aldrig opnår hegemonisk tilværelse, men som et øjebliksbillede, der er stabilt. (Howarth, 2005) I forbindelse med dette projekt, ville Foucaults diskursanalytiske tilgang have koblet specifikke subjektpositioner til konkrete diskursformationer. Derved kunne man bl.a. have kunnet kortlægge mere præcist, hvorfra de forskellige begrebsformationer emergerer, samt analyseret, hvilke strategiske valg, der bliver foretaget ud fra de forskellige subjektpositioners begrebsreservoir.

Der findes andre teoretikere end Foucault, der ville kunne benyttes ved en analyse lig denne. Det ville bl.a. omhandle Niklas Luhmann, der med sin semantiske analyse ville kunne bidrage til at fremanalysere de ledeforskelle, der bliver benyttet ved meningskondenseringen af de tre hovedbegreber. (Andersen, 1999) Det fordelagtige ved brugen af Luhmann er netop hans teoretiske og videnskabelige tilgang til dannelsen af en samfundsteori. Hans teoriapparat dækker alle aspekter af samfundsdebatten og formår at kæde begreberne sammen, således, at man har en fyldestgørende teori, vedrørende samfundet. (Kneer & Nassehi, 1997) Men netop denne fremgangsmåde gør ligeledes hans teori yderst omfangsrig, da alle aspekter er flettet sammen i en samlet forståelse, der gør det besværligt at vælge en del. (Andersen, 1999)

En anden tilgang til emnet kunne have været en institutionel analyse ud fra et ANT-perspektiv. Gennem den optik ville det være muligt at observere, hvorledes de forskellige institutioner under hvert enkelt myndighedsbegreb, var forbundet og skiftede plads i hierarkiet alt efter påvirkninger ude- eller indefra. Dette ville give et større perspektiv i forhold til diskussionen vedrørende Kosovos forfatning, hvor en større institutionel forståelse muligvis ville kunne medføre en mere stabil opstartsperiode.

Ved valget af Ernesto Laclau, som analysestrategisk indgangsvinkel, har jeg ligeledes fravalgt en række analyseobjekter. Det er således interessant at iagttage, hvilke objekter, der kunne følge efter, men ligeledes, hvilke, der muligvis skulle have kommet forud for indeværende projekt. Et videre forskningsprojekt kunne være at se nærmere på det som Laclau beskriver som tomme begreber. Det kunne bl.a. involvere en diskussion af den internationale forståelse af demokrati, men ligeledes OECD's forståelse af interne anliggender i relation til Ruslands intervention i Georgien. På et mere verdensorienteret perspektiv kunne menneskerettigheder, som det bliver begrebsdefineret i FN-regi være interessant som analyseprojekt. Målet ville være at belyse, hvilke problematikker en nyudnævnt stat kan imødesee i forbindelse med internationale krav om at leve op til disse. Det ville således være muligt at iagttage en mulig udvikling af internationale begreber hen mod tab af mening. Derved kunne man iagttage, hvordan det internationale samfund blev tvunget ud i en stillingtagen, for at begreberne ikke mister al værdi – en art 'war of the values'.

Der kan ligeledes etableres en spændende diskussion vedrørende oprindelsen af en forfatning? Er skabelonen for forfatningen allerede indlejret i staten eller er staten indlejret i forfatningen? (Brügger, 1999) Det er måske ofte det, at man ikke tager hensyn til den enkelte kultur ved sammensætningen af forfatningen, der er problemet. Man går ud fra i en vestlig tankegang, at majoriteten af værdier deles af verden eller bør deles af verden. Dette presser visse regioner ud i modmagt, hvad enten det være diplomatisk eller militaristisk. En afsluttende refleksion må komme på baggrund af projektets startpunkt. Jeg har i processen med at analysere og bearbejde materialet måtte erkende, at det ville have været hensigtsmæssigt at tage diskussionen om, hvad der kommer først, som indledning til dette større projekt. Jeg antager ved projektets indledning, at forfatninger til en vis grad former stater og påtager mig dermed en konstitutionel tankegang. Men jeg argumenterer ligeledes på baggrund af en antagelse om, at forfatninger iværksættes af og udarbejdes på baggrund af statsegne nationer. En diskussion, der ville have været spændende at afdække forud for indeværende projekt.

10 Litteraturliste

10.1 Bøger og videnskabelige artikler

- Andersen, N. Å. (1999). *Diskursive analysestrategier*. København: Nyt fra Samfundsvidenskaberne.
- Bakshi, P. M. (2008). *The Constitution of India* (8. udgave udg.). Delhi: Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd.
- Berat, L. (Januar 2005). The Constitutional Court of South Africa and jurisdictional questions: In the interest of justice? *International Journal of Constitutional Law* (1), s. 39-76.
- Bergling, P. (2003). Rebuilding Justice: International Administration as Promoters of Rule of Law and Human Rights. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (4), s. 469-498.
- Bhagwan, V., & Bhushan, V. (2002). *World Constitutions* (7 udg.). New Delhi: Sterling Publishers Pvt. Ltd.
- Boucher, D., & Kelly, P. (2003). *Political Thinkers : From Socrates to the Present*. Oxford: Oxford University Press.
- Brown, C. (2002). *Sovereignty, Rights and Justice - International Political Theory Today*. Malden, MA, USA: Blackwell Publishers Inc.
- Bryde, B.-O. (2005). International Democratic Constitutionalism. I R. S. Macdonald, & D. M. Johnston, *Towards World Constitutionalism - Issues in the Legal Ordering of the World Community* (s. 103-125). Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Brügger, N. (1999). Hastighed og politik - Et essay om Paul Virilo. I C. B. Laustsen, & A. Berg-Sørensen, *Den Ene, Den Anden, Det Tredje* (s. 69-82). København: Forlaget politisk revy.
- Choudhry, S. (Oktober 2007). Constitutionalism in divided societies. *International Journal of Constitutional Law* (5), s. 573-575.
- Christensen, P. B. (2002). *Anerkendelse af stater* (1 udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Cohen, L. J. (1993). *Broken Bonds: The Disintegration of Yugoslavia*. Boulder: Westview Press.
- Davis, D. M. (April 2003). Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience. *International Journal of Constitutional Law* (1), s. 181-195.
- Dunlap, W. V. (1988). Political and Social Justice in the Constitution. I T. Thomas, & J. Levitt, *Justice - Interdisciplinary and Global Perspectives* (s. 317-346). Lanham: University Press of America.

- Dyrberg, T. B. (1999). Foucaults magtbegreb og dets relation til politik og demokrati. I C. B. Laustsen, & A. Berg-Sørensen, *Den Ene, Den Anden, Det Tredje* (s. 109-136). København: Forlaget politisk revy.
- Elias, N. (1998). *On civilization, power and knowledge*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Esmark, A., Laustsen, C. B., & Andersen, N. Å. (2005). *Socialkonstruktivistiske analysestrategier* (1 udg.). Frederiksberg: Roskilde Universitetsforlag.
- Esmark, A., Laustsen, C. B., (red.), N. Å., Andersen, L. B., Jensen, J. L., & Thorup, M. (2005). *Poststrukturalistiske analysestrategier: En introduktion*. København: Forlaget Samfundslitteratur.
- Feldman, D. (Oktober 2005). Renaming cities in Bosnia and Herzegovina. *International Journal of Constitutional Law* (3), s. 649-662.
- Fink, H. (1995). *Samfundsfilosofi*. Aarhus: Aarhus Universitetsforlag.
- Frankenberg, G. (Juli 2006). Comparing constitutions: Ideas, ideals and ideology - toward a layered narrative. *International Journal of Constitutional Law* (3), s. 439-459.
- Fukuyama, F. (2004). *Statebuilding*. New York: Cornell University Press.
- Gazzini, T. (2001). NATO Coercive Military Activities in the Yugoslav Crisis. *European Journal of International Law* (3), s. 391-435.
- Hansen, M. H. (2005). *Det athenske demokrati - og vores*. København: Museum Tusulanums Forlag.
- Hegde, N. S. (Oktober 2005). Constitutional Court Judges Roundtable. *International Journal of Constitutional Law* (3), s. 560-566.
- Heywood, A. (2007). *Political Ideologies - An introduction* (4 udg.). New York: Palgrave Macmillan.
- Howarth, D. (2005). *Diskurs - En introduktion* (1 udg.). (S. W. Jørgensen, Ovs.) København: Hans Reitzels Forlag.
- Husa, J. (2002). The 'American Way' of Comparing Constitutions: A review essay on comparative constitutional law. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (3-5), s. 674-691.
- Johnston, D. M. (2005). World Constitutionalism in the Theory of International Law. I R. s. Macdonald, & D. M. Johnston, *Towards World Constitutionalism - Issues in the Legal Ordering of the World Community* (s. 3-30). Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Joubert, W. A. (2003). *The Law of South Africa*. Durban, South Africa: Butterworths.
- Kneer, G., & Nassehi, A. (1997). *Niklas Luhmann - Introduktion til teorien om sociale systemer*. København: Hans Reitzels Forlag.

- Knudsen, T. B. (2008). Kosovo - særtilfælde eller ny norm. *Udenrigs* (1), s. 7-18.
- Laclau, E. (2005). *On Populist Reason*. London: Verso.
- Laclau, E., & Mouffe, C. (2002). *det radikale demokrati - Diskursteoriens politiske perspektiv* (1 udg.). København: Roskilde Universitetsforlag.
- Laclau, E., Mouffe, C., & Corydon, B. F. (1997). *Demokrati og Hegemoni*. København: Akademisk Forlag.
- Lev, A. (2007). Debatt - Ret og retfærdighed hos Henrik Zahle. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (3), s. 408-420.
- Little, L. S. (1997). *Yugoslavia: Death of a Nation*. New York: Penguin Books.
- Luhmann, N. (2000). *The Reality of Mass Media*. Oxford: Polity Press.
- Mann, M. (2005). *The Dark Side of Democracy - Explaining Ethnic Cleansing*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Montesquieu, C. L. (1998). *Om Lovens Ånd* (Årg. 2). (M. K. With, Ovs.) København: G.E.C. Gads Forlag.
- Montesquieu, C. L. (1998). *Om Lovens Ånd* (Årg. 1). (M. K. With, Ovs.) København: G.E.C. Gads Forlag.
- Neuborne, B. (Juli 2003). The Supreme Court of India. *International Journal of Constitutional Law* (1), s. 476-510.
- Nielsen, R., & Tvarnø, C. D. (2005). *Retskilder og retsteorier*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Osiatynski, W. (April 2003). Paradoxes of constitutional borrowing. *International Journal of Constitutional Law* (1), s. 244-268.
- Peterson, R. T. (1996). *Democratic Philosophy and the Politics of Knowledge*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice* (1 udg.). Massachusetts: Harvard University Press.
- Ross, A. (1971). *Ret og retfærdighed* (3 udg.). København: Nyt Nordisk Forlag.
- Scalia, A., & Breyer, S. (Oktober 2005). A conversation between U.S. Supreme Court justices - The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases. *International Journal of Constitutional Law* (4), s. 519-541.
- Skach, C. (Januar 2007). The 'newest' separation of powers: Semipresidentialism. *International Journal of Constitutional Law* (5), s. 93-121.
- Skak, M. (2008). Medvedjevs Rusland? *Udenrigs* (1), s. 85-96.

Star, S. L. (1991). Power, technology and the phenomenology of conventions: on being allergic to onions. I J. Law, *A Sociology of Monsters: Essays on Power, Tecnology and Domination* (s. 26-57). London & New York: Routledge.

Sørensen, K. E., & Nielsen, P. R. (2007). *EU-Retten* (3 udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Thomas, T. (1988). Meanings of Justice. I T. Thomas, & J. Levitt, *Justice - Interdisciplinary and Global Perspectives* (s. 11-40). Lanham: University Press of America.

Tribe, L. H. (2000). *Constitutional Choices* (1 udg.). Delhi: Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd.

10.2 Avisartikler fra danske dagblade

Artikler fra Politiken:

Pol. 3: **Adiga, A.** 27.08.08: 2. Sektion, s. 6 – *Debat: Indisk korruption. Fri mig for hæderlige politikere*

Pol. 5: **Strudsholm, J.** 26.01.08: Debat, s. 7 – *Debat: International debat: ANC's moral under angreb*

Artikler fra Berlingske Tidende:

Ber. 3: **Olesen, G.** 26.02.08: Magasin, s. 9 – *Kronik: Kosovo – en globaliseret klanstat*

Ber. 4: **Ellemann-Jensen, U.** 02.07.07: 2. Sektion (Magasin), s. 9 – *Kronik: Hvordan skal vi håndtere Rusland*

Artikel fra Information:

Inf. 3: **Hvenekilde, Ø.** 13.12.07: 1. Sektion, s. 20 – *Kronik: Kosovo i stormagts-politikken*

10.3 Domstolsafgørelser

10.3.1 The Supreme Court of the United States

US. 1: **00-949:** Bush/Cheney V. Gore Jr. Et.al.

US. 2: **07-208:** Indiana V. Ahmad Edwards

- US. 3: **07-312:** Florida Department of Revenue V. Piccadilly Cafeterias, Inc.
- US. 4: **02-102:** John Geddes Lawrence and Tyron Garner V. Texas
- US. 5: **03-475:** Richard B. Cheney, Vice President of the United States et. Al. V.
United States District Court for the District of Columbia
- US. 6: **05-184:** Salim Ahmed Hamdan V. Donald H. Rumsfeld, Secretary of De
fence
- US. 11: **07-290:** District of Columbia V. Dick Anthony Heller
- US. 12: **06-1646:** United States V. Gino Gonzaga Rodriquez
- US. 16: **03-1027:** Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defence V. Jose Padilla and
Donna R. Newman
- US. 18: **03-6696:** Yaser Esam Hamdi and Esam Fouad Hamdi V. Donald H. Rums
feld, Secretary of Defence

10.3.2 Supreme Court of India

- Ind. 5: **1269 of 2006:** Musaraf Hossain Khan V. Bhagheeratha Engg. Ltd.
& Ors
- Ind. 6: **1183-1185 of 2004:** Radha Mohan Singh Lal Saheb & others V. State of
U.P.
- Ind. 10: **321 of 2001:** Rajesh Kumar Singh V. High Court of Judicature of
Madhya Pradesh
- Ind. 11: **59 of 2001:** High Court of Judicature for Rajasthan V. P.P. Singh
& Anr.

10.3.3 Constitutional Court of South Africa

- SA. 1: **21/01:** TFH van Rooyen et. al. V. The State et. al.

- SA. 2: **01/07:** Billy Lesedi Masetlha V. The President of the Republic of
South Africa & Manala Elias Manzini
- SA. 3: **20/04:** President of the Republic of South Africa et. al V. Mod-
derklip Boerdery (PTY) Ltd.
- SA. 4: **27/95:** The Executive Council of the Western Cape Legislature et. al. V.
The President of the Republic of South Africa
- SA. 5: **73/05:** Matatiele Municipality et. al. V. President of the Republic of
South Africa
- SA. 6: **65/06:** South African National Defence Union V. Minister of De
fence et. al.

10.4 Øvrige kildehenvisninger

Websider:

- Web. 1. <http://www.archives.gov/exhibits/charters/charters.html>

(The Charters of Freedom – 'Declaration of independence', Constitution of The United States', 'Bill of Rights')

- Web. 2.

http://www.theconstitutional.org/constitutions/south_africa/south_african_constitution_full_text.html

(Constitution of the Republic of South Africa , 1996)

- Web. 3. http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/fed.asp

(The Federalist Papers)

BILAG

Indhold

BILAG 1: Interview: Mohana Raje	ii
BILAG 2: Statute of the Council of Europe	v
BILAG 3: UN News Coverage	xxvii

BILAG 1: Interview: Mohana Raje

Martin E.: In your own words – what defines the Indian Constitution?

Prof. Mohana R.: First of all, it is no tool of independence – it is a matter of pride for the average Indian, as they see themselves in the formulation of the constitution. The Indian sees himself as being one of the founders of the Constitution as as such it is part of him.

Martin E.: The constitution is written half way through the 20th century, almost 200 years after the thoughts of Montesquieu was first published. Several constitutions have emerged all over the world since. Which would you contribute the biggest influence, if any?

Prof. Mohana R.: The Indian Constitution has had a great deal of influence from Ireland, America, Britain, Germany (pause) but it is still a very unique document, which is designed to establish the Republic of India and take care of its' people.

Martin E.: You mention 'the people' a lot. You have said that the people see themselves in the Constitution – but how does that emerge in the conversations as the take place throughout India.

Prof. Mohana R.: 'By the people for the people' is a phrase commonly used by the Indian public to describe their constitution. It is used to establish a common ground and a familiar atmosphere around the text.

Martin E.: There are a great deal of social initiatives in the Indian Constitution, with a lot of emphasis on the Untouchables? Who is behind those ideas?

Prof. Mohana R.: His name is Dr. Babasaheb Ambedkar (Dr. B.R. Ambedkar) and he is one of the primary writers of the constitution. He was himself an untouchable who had taken an education and become a very successful lawyer as well as a close friend of Mahatma Ghandi. You could say that his ideas are the backbone of the Indian constitution. A great man who has done a lot of good for India.

Martin E.: You mentioned that the general Public perceives the constitution as being theirs, which is the same as back in Denmark. But the problem still remains that a majority of the Danish public doesn't know anything about their constitution. Do you see the same problem in India?

Prof. Mohana R.: Very much so. One of the major issues in India is that only policemen and lawyers truly understand the system, which allows for much corruption. The common man or woman cannot see through the complicated legal system and is quite often neglected in the trials due to their lack of understanding.

Martin E.: I would like to take the conversation in another direction, more precisely the question of fundamental rights. How are they understood in India?

Prof. Mohana R.: Well (Pause) I would say, that the average Indian knows that there are fundamental rights, the only problem is understanding them and knowing them all. Still the rights are the same all over the country, as State law is inferior to laws made in Parliament, so once you learn one of them, it will be same all over.

Martin E.: I would suspect that the constitution...

Prof. Mohana R.: (cuts in) ... is the supreme body of law – you are correct in that assumption, as all legislation must emanate from the constitution.

Martin E.: You often hear about Danish political activists proclaiming their right to freedom of speech and assembly. Is it the same in India or are they more aware of the basic laws made by Parliament?

Prof. Mohana R.: In general the Constitution is not perceived as a law, but the general public has an idea of which laws affect them, and how they can use them. So in a sense they know the constitution, as every law has it as its' foundation. Some of the basic concepts in the constitution as for instance – equal rights for every member of society – are widely understood by any Indian citizen. But still there are many initiatives constructed to make life easier for the average Indian. That is for instance Public Interest Litigations, which is a government malpractice lawsuit on behalf of a group of people against the government. It is quite similar to a Class Action lawsuit in the United States. The reason that infringement is primarily filed against the state or Government is that they are the ones 'applying' the right to the public. So the public finds it logical that they should against them.

Martin E.: I have read that you have a great tolerance for different religious believes in your laws. Is that true and if so, how is it constructed?

Prof. Mohana R.: There are different laws for different religions – especially in connection with marriage and divorce, where especially the Islamic groups have different traditions from

the Hindu public. There are several cases discussing the woman's right to a fair divorce, but the Constitution is very clear on the matter.

Martin E. : We have recently had a major discussion in Denmark regarding religious tolerance versus the freedom of speech. How do you see that in India? Is that a question or simply not a problem?

Prof. Mohana R.: Well Freedom of speech covers both thoughts and expression in the Indian Constitutions art. 14-23. It is well covered and has several cases which has formed precedence for the understanding of the articles. But there is a very strong feeling in India towards religious tolerance or understanding (pause) we don't judge or ridicule other religions. Often cases concerning the rights are debated in the political sphere before the actual case is commenced, which gives the judges and lawyers a clear understanding of the political opinion. This also helps to bring out the public opinion on the matter.

Martin E.: My final question concerns whether you see a stable future for the Indian Constitution or if there might be changes in the horizon?

Prof. Mohana R.: The Indian constitution is stable after some controversies in the 70s and 80s, where the president issued a state of emergency and cancelled the democratic principles, and essentially governed the nation. The following years introduced amendments which gave the country and its constitution the stability it needed, but the stability is just as likely to be related to the changing focus of the public and the politicians You know we have a steady growth and a stable economy as the wealth of the nation is increasing and the majority of the public have safety and good income. Which has meant that the law related subjects have changed as well – the majority believes their rights to be eternal and beyond approach. At the same time the subjects change to be more concerned with the environment, property law, and real estate law, company legislating etc. areas where the national as well as the international society are demanding answers and solutions from the Indian government. SO it is a very exciting period for the Indian Government over the next couple of years.

Martin E.: Well Prof. Mohana Raje, it was a pleasure and i thank you for your time and patience.

BILAG 2: Statute of the Council of Europe

Statute of the Council of Europe

London, 5.V.1949

The Statute of the Council of Europe has been numbered "1" in the European Treaty Series. Amendments and texts of a statutory character adopted later have been numbered 6, 7, 8 and 11. The text of the Statute reproduced here incorporates all successive amendments and is followed by the texts of a statutory character.

Special Agreement relating to
the Seat of the Council of Europe
Français

The Governments of the Kingdom of Belgium, the Kingdom of Denmark, the French Republic, the Irish Republic, the Italian Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of the Netherlands, the Kingdom of Norway, the Kingdom of Sweden and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland,

Convinced that the pursuit of peace based upon justice and international co-operation is vital for the preservation of human society and civilisation;

Reaffirming their devotion to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy;

Believing that, for the maintenance and further realisation of these ideals and in the interests of economic and social progress, there is a need of a closer unity between all like-minded countries of Europe;

Considering that, to respond to this need and to the expressed aspirations of their peoples in this regard, it is necessary forthwith to create an organisation which will bring European States into closer association,

Have in consequence decided to set up a Council of Europe consisting of a committee of representatives of governments and of a consultative assembly, and have for this purpose adopted the following Statute:

Chapter I – Aim of the Council of Europe

Article 1

- a. The aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage and facilitating their economic and social progress.
- b. This aim shall be pursued through the organs of the Council by discussion of questions of common concern and by agreements and common action in economic, social, cultural, scientific, legal and administrative matters and in the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms.
- c. Participation in the Council of Europe shall not affect the collaboration of its members in the work of the United Nations and of other international organisations or unions to which they are parties.
- d. Matters relating to national defence do not fall within the scope of the Council of Europe.

Chapter II – Membership

Article 2

The members of the Council of Europe are the Parties to this Statute.

Article 3

Every member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and collaborate sincerely and effectively in the realisation of the aim of the Council as specified in Chapter I.

Article 4

Any European State which is deemed to be able and willing to fulfil the provisions of Article 3 may be invited to become a member of the Council of Europe by the Committee of Ministers. Any State so invited shall become a member on the deposit on its behalf with the Secretary General of an instrument of accession to the present Statute.

Article 5

- a. In special circumstances, a European country which is deemed to be able and willing to fulfil the provisions of Article 3 may be invited by the Committee of Ministers to become an associate member of the Council of Europe. Any country so invited shall become an associate member on the deposit on its behalf with the Secretary General of an instrument accepting the present Statute. An associate member shall be entitled to be represented in the Consultative Assembly only.
- b. The expression "member" in this Statute includes an associate member except when used in connexion with representation on the Committee of Ministers.

Article 6

Before issuing invitations under Article 4 or 5 above, the Committee of Ministers shall determine the number of representatives on the Consultative Assembly to which the proposed member shall be entitled and its proportionate financial contribution.

Article 7

Any member of the Council of Europe may withdraw by formally notifying the Secretary General of its intention to do so. Such withdrawal shall take effect at the end of the financial year in which it is notified, if the notification is given during the first nine months of that financial year. If the notification is given in the last three months of the financial year, it shall take effect at the end of the next financial year.

Article 8

Any member of the Council of Europe which has seriously violated Article 3 may be suspended from its rights of representation and requested by the Committee of

Ministers to withdraw under Article 7. If such member does not comply with this request, the Committee may decide that it has ceased to be a member of the Council as from such date as the Committee may determine.

Article 9

The Committee of Ministers may suspend the right of representation on the Committee and on the Consultative Assembly of a member which has failed to fulfil its financial obligation during such period as the obligation remains unfulfilled.

Chapter III – General

Article 10

The organs of the Council of Europe are:

- i. the Committee of Ministers;
- ii. the Consultative Assembly.¹

Both these organs shall be served by the Secretariat of the Council of Europe.

Article 11

The seat of the Council of Europe is at Strasbourg.

Article 12

The official languages of the Council of Europe are English and French. The rules of procedure of the Committee of Ministers and of the Consultative Assembly shall determine in what circumstances and under what conditions other languages may be used.

Chapter IV – Committee of Ministers

Article 13

The Committee of Ministers is the organ which acts on behalf of the Council of Europe in accordance with Articles 15 and 16.

Article 14

Each member shall be entitled to one representative on the Committee of Ministers, and each representative shall be entitled to one vote. Representatives on the Committee shall be the Ministers for Foreign Affairs. When a Minister for Foreign Affairs is unable to be present or in other circumstances where it may be desirable, an alternate may be nominated to act for him, who shall, whenever possible, be a member of his government.

Article 15

- a. On the recommendation of the Consultative Assembly or on its own initiative, the Committee of Ministers shall consider the action required to further the aim of the Council of Europe, including the conclusion of conventions or agreements and the adoption by governments of a common policy with regard to particular matters. Its conclusions shall be communicated to members by the Secretary General.
- b. In appropriate cases, the conclusions of the Committee may take the form of recommendations to the governments of members, and the Committee may request the governments of members to inform it of the action taken by them with regard to such recommendations.

Article 16

The Committee of Ministers shall, subject to the provisions of Articles 24, 28, 30, 32, 33 and 35, relating to the powers of the Consultative Assembly, decide with binding effect all matters relating to the internal organisation and arrangements of the Council of Europe. For this purpose the Committee of Ministers shall adopt such financial and administrative arrangements as may be necessary.

Article 17

The Committee of Ministers may set up advisory and technical committees or commissions for such specific purposes as it may deem desirable.

Article 18

The Committee of Ministers shall adopt its rules of procedure, which shall determine amongst other things:

- i. the quorum;
- ii. the method of appointment and term of office of its President;
- iii. the procedure for the admission of items to its agenda, including the giving of notice of proposals for resolutions; and
- iv. the notifications required for the nomination of alternates under Article 14.

Article 19

At each session of the Consultative Assembly the Committee of Ministers shall furnish the Assembly with statements of its activities, accompanied by appropriate documentation.

Article 20

- a. Resolutions of the Committee of Ministers relating to the following important matters, namely:
 - i. recommendations under Article 15.b;
 - ii. questions under Article 19;
 - iii. questions under Article 21.a.i and b;
 - iv. questions under Article 33;
 - v. recommendations for the amendment of Articles 1.d, 7, 15, 20 and 22;
and
 - vi. any other question which the Committee may, by a resolution passed under d below, decide should be subject to a unanimous vote on account of its importance, require the unanimous vote of the representatives casting a vote, and of a majority of the representatives entitled to sit on the Committee.
- b. Questions arising under the rules of procedure or under the financial and administrative regulations may be decided by a simple majority vote of the representatives entitled to sit on the Committee.
- c. Resolutions of the Committee under Articles 4 and 5 require a two-thirds majority of all the representatives entitled to sit on the Committee.

- d. All other resolutions of the Committee, including adoption of the budget, of rules of procedure and of financial and administrative regulations, recommendations for the amendment of articles of this Statute, other than those mentioned in paragraph a.v above, and deciding in case of doubt which paragraph of this article applies, require a two-thirds majority of the representatives casting a vote and of a majority of the representatives entitled to sit on the Committee.

Article 21

- a. Unless the Committee decides otherwise, meetings of the Committee of Ministers shall be held:
 - i. in private, and
 - ii. at the seat of the Council.
- b. The Committee shall determine what information shall be published regarding the conclusions and discussions of a meeting held in private.
- c. The Committee shall meet before and during the beginning of every session of the Consultative Assembly and at such other times as it may decide.

Chapter V – Consultative Assembly

Article 22

The Consultative Assembly is the deliberative organ of the Council of Europe. It shall debate matters within its competence under this Statute and present its conclusions, in the form of recommendations, to the Committee of Ministers.

Article 23²

- a. The Consultative Assembly may discuss and make recommendations upon any matter within the aim and scope of the Council of Europe as defined in Chapter I. It shall also discuss and may make recommendations upon any matter referred to it by the Committee of Ministers with a request for its opinion.
- b. The Assembly shall draw up its agenda in accordance with the provisions of paragraph a above. In so doing, it shall have regard to the work of other

European intergovernmental organisations to which some or all of the members of the Council are parties.

- c. The President of the Assembly shall decide, in case of doubt, whether any question raised in the course of the session is within the agenda of the Assembly.

Article 24

The Consultative Assembly may, with due regard to the provisions of Article 38.d, establish committees or commissions to consider and report to it any matter which falls within its competence under Article 23, to examine and prepare questions on its agenda and to advise on all matters of procedure.

Article 25³

- a. The Consultative Assembly shall consist of representatives of each member, elected by its parliament from among the members thereof, or appointed from among the members of that parliament, in such manner as it shall decide, subject, however, to the right of each member government to make any additional appointments necessary when the parliament is not in session and has not laid down the procedure to be followed in that case. Each representative must be a national of the member whom he represents, but shall not at the same time be a member of the Committee of Ministers.
The term of office of representatives thus appointed will date from the opening of the ordinary session following their appointment; it will expire at the opening of the next ordinary session or of a later ordinary session, except that, in the event of elections to their parliaments having taken place, members shall be entitled to make new appointments.
If a member fills vacancies due to death or resignation, or proceeds to make new appointments as a result of elections to its parliament, the term of office of the new representatives shall date from the first sitting of the Assembly following their appointment.
- b. No representative shall be deprived of his position as such during a session of the Assembly without the agreement of the Assembly.

- c. Each representative may have a substitute who may, in the absence of the representative, sit, speak and vote in his place. The provisions of paragraph a above apply to the appointment of substitutes.

Article 26⁴

Members shall be entitled to the number of representatives given below:

Albania	4
Andorra	2
Armenia	4
Austria	6
Azerbaijan	6
Belgium	7
Bosnia and Herzegovina	5
Bulgaria	6
Croatia	5
Cyprus	3
Czech Republic	7
Denmark	5
Estonia	3
Finland	5
France	18

Georgia	5
Germany	18
Greece	7
Hungary	7
Iceland	3
Ireland	4
Italy	18
Latvia	3
Liechtenstein	2
Lithuania	4
Luxembourg	3
Malta	3
Moldova	5
Monaco	2
Montenegro	3
Netherlands	7
Norway	5
Poland	12
Portugal	7

Romania	10
Russia	18
San Marino	2
Serbia	7
Slovakia	5
Slovenia	3
Spain	12
Sweden	6
Switzerland	6
"the former Yugoslav Republic of Macedonia"	3
Turkey	12
Ukraine	12
United Kingdom	18

Article 27²

The conditions under which the Committee of Ministers collectively may be represented in the debates of the Consultative Assembly, or individual representatives on the Committee or their alternates may address the Assembly, shall be determined by such rules of procedure on this subject as may be drawn up by the Committee after consultation with the Assembly.

Article 28

- a. The Consultative Assembly shall adopt its rules of procedure and shall elect from members its President, who shall remain in office until the next ordinary session.
- b. The President shall control the proceedings but shall not take part in the debate or vote. The substitute of the representative who is President may sit, speak and vote in his place.
- c. The rules of procedure shall determine *inter alia*:
 - i. the quorum;
 - ii. the manner of the election and terms of office of the President and other officers;
 - iii. the manner in which the agenda shall be drawn up and be communicated to representatives;
 - iv. the time and manner in which the names of representatives and their substitutes shall be notified.

Article 29

Subject to the provisions of Article 30, all resolutions of the Consultative Assembly, including resolutions:

- i. embodying recommendations to the Committee of Ministers;
- ii. proposing to the Committee matters for discussion in the Assembly;
- iii. establishing committees or commissions;
- iv. determining the date of commencement of its sessions;
- v. determining what majority is required for resolutions in cases not covered by sections i to iv above or determining cases of doubt as to what majority is required,

shall require a two-thirds majority of the representatives casting a vote.

Article 30

On matters relating to its internal procedure, which includes the election of officers, the nomination of persons to serve on committees and commissions and the adoption of rules of procedure, resolutions of the Consultative Assembly shall be carried by such majorities as the Assembly may determine in accordance with Article 29.v.

Article 31

Debates on proposals to be made to the Committee of Ministers that a matter should be placed on the agenda of the Consultative Assembly shall be confined to an indication of the proposed subject-matter and the reasons for and against its inclusion in the agenda.

Article 32

The Consultative Assembly shall meet in ordinary session once a year, the date and duration of which shall be determined by the Assembly so as to avoid as far as possible overlapping with parliamentary sessions of members and with sessions of the General Assembly of the United Nations. In no circumstances shall the duration of an ordinary session exceed one month unless both the Assembly and the Committee of Ministers concur.

Article 33

Ordinary sessions of the Consultative Assembly shall be held at the seat of the Council unless both the Assembly and the Committee of Ministers concur that the session should be held elsewhere.

Article 34²

The Consultative Assembly may be convened in extraordinary session, upon the initiative either of the Committee of Ministers or of the President of the Assembly after agreement between them, such agreement also to determine the date and place of the session.

Article 35

Unless the Consultative Assembly decides otherwise, its debates shall be conducted in public.

Chapter VI – Secretariat

Article 36

- a. The Secretariat shall consist of a Secretary General, a Deputy Secretary General and such other staff as may be required.
- b. The Secretary General and Deputy Secretary General shall be appointed by the Consultative Assembly on the recommendation of the Committee of Ministers.
- c. The remaining staff of the Secretariat shall be appointed by the Secretary General, in accordance with the administrative regulations.
- d. No member of the Secretariat shall hold any salaried office from any government or be a member of the Consultative Assembly or of any national legislature or engage in any occupation incompatible with his duties.
- e. Every member of the staff of the Secretariat shall make a solemn declaration affirming that his duty is to the Council of Europe and that he will perform his duties conscientiously, uninfluenced by any national considerations, and that he will not seek or receive instructions in connexion with the performance of his duties from any government or any authority external to the Council and will refrain from any action which might reflect on his position as an international official responsible only to the Council. In the case of the Secretary General and the Deputy Secretary General this declaration shall be made before the Committee, and in the case of all other members of the staff, before the Secretary General.
- f. Every member shall respect the exclusively international character of the responsibilities of the Secretary General and the staff of the Secretariat and not seek to influence them in the discharge of their responsibilities.

Article 37

- a. The Secretariat shall be located at the seat of the Council.
- b. The Secretary General is responsible to the Committee of Ministers for the work of the Secretariat. Amongst other things, he shall, subject to Article 38.d, provide such secretariat and other assistance as the Consultative Assembly may require.

Chapter VII – Finance

Article 38⁵

- a. Each member shall bear the expenses of its own representation in the Committee of Ministers and in the Consultative Assembly.
- b. The expenses of the Secretariat and all other common expenses shall be shared between all members in such proportions as shall be determined by the Committee on the basis of the population of members.
The contributions of an associate member shall be determined by the Committee.
- c. In accordance with the financial regulations, the budget of the Council shall be submitted annually by the Secretary General for adoption by the Committee.
- d. The Secretary General shall refer to the Committee requests from the Assembly which involve expenditure exceeding the amount already allocated in the budget for the Assembly and its activities.
- e. The Secretary General shall also submit to the Committee of Ministers an estimate of the expenditure to which the implementation of each of the recommendations presented to the Committee would give rise. Any resolution the implementation of which requires additional expenditure shall not be considered as adopted by the Committee of Ministers unless the Committee has also approved the corresponding estimates for such additional expenditure.

Article 39

The Secretary General shall each year notify the government of each member of the amount of its contribution, and each member shall pay to the Secretary General the amount of its contribution, which shall be deemed to be due on the date of its notification, not later than six months after that date.

Chapter VIII – Privileges and immunities

Article 40

- a. The Council of Europe, representatives of members and the Secretariat shall enjoy in the territories of its members such privileges and immunities as are reasonably necessary for the fulfilment of their functions. These immunities shall include immunity for all representatives to the Consultative Assembly from arrest and all legal proceedings in the territories of all members, in

respect of words spoken and votes cast in the debates of the Assembly or its committees or commissions.

- b. The members undertake as soon as possible to enter into agreement for the purpose of fulfilling the provisions of paragraph a above. For this purpose the Committee of Ministers shall recommend to the governments of members the acceptance of an agreement defining the privileges and immunities to be granted in the territories of all members. In addition, a special agreement shall be concluded with the Government of the French Republic defining the privileges and immunities which the Council shall enjoy at its seat.

Chapter IX – Amendments

Article 41

- a. Proposals for the amendment of this Statute may be made in the Committee of Ministers or, in the conditions provided for in Article 23, in the Consultative Assembly.
- b. The Committee shall recommend and cause to be embodied in a protocol those amendments which it considers to be desirable.
- c. An amending protocol shall come into force when it has been signed and ratified on behalf of two-thirds of the members.
- d. Notwithstanding the provisions of the preceding paragraphs of this article, amendments to Articles 23 to 35, 38 and 39 which have been approved by the Committee and by the Assembly shall come into force on the date of the certificate of the Secretary General, transmitted to the governments of members, certifying that they have been so approved. This paragraph shall not operate until the conclusion of the second ordinary session of the Assembly.

Chapter X – Final provisions

Article 42

- a. This Statute shall be ratified. Ratifications shall be deposited with the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.
- b. The present Statute shall come into force as soon as seven instruments of ratification have been deposited. The Government of the United Kingdom shall

transmit to all signatory governments a certificate declaring that the Statute has entered into force and giving the names of the members of the Council of Europe on that date.

- c. Thereafter each other signatory shall become a Party to this Statute as from the date of the deposit of its instrument of ratification.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed the present Statute.

Done at London, this 5th day of May 1949, in English and French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall remain deposited in the archives of the Government of the United Kingdom which shall transmit certified copies to the other signatory governments.

(1) In February 1994 the Committee of Ministers decided to use in future the denomination "Parliamentary Assembly" in all Council of Europe documents.

(2) As amended in May 1951.

(3) First sentence of paragraph a, as amended in May 1951. The last two sub-paragraphs of paragraph a were added in May 1953; first sub-paragraph of paragraph a amended in October 1970.

(4) As amended in December 1951, in May 1958, in November 1961, in May 1963, in May 1965, in February 1971, in December 1974, in October 1976, in January 1978, in November 1978, in November 1988, in May 1989, in November 1990, in November 1991, in May 1992, in May 1993, in June 1993, in October 1993, in November 1994, in February 1995, in November 1995, in February 1996, in November 1996, in April 1999, in January 2001, in May 2002, in April 2003, in October 2004, in June 2006 and in May 2007.

(5) Paragraph e of Article 38 was added in May 1951.

Texts of a statutory character¹

adopted by the Committee of Ministers in the course of its 8th and 9th Sessions with a view to their ultimate inclusion in a revised Statute

¹This edition of the "Texts of a statutory character" incorporates the verbal emendations with a view to a precise concordance of the French and English versions which were approved at the 40th meeting of the Ministers' Deputies (8-16 June 1956).

I – Resolution adopted by the Committee of Ministers at its 8th Session, May 1951

The Committee of Ministers;

Having regard to certain proposals made by the Consultative Assembly for the revision of the Statute of the Council of Europe;

Considering that the provisions hereinafter set out are not inconsistent with the present Statute;

Declares its intention of putting into effect the following provisions:

Admission of new members

The Committee of Ministers, before inviting a State to become a member or associate member of the Council of Europe, in accordance with Articles 4 and 5 of the Statute, or inviting a member of the Council of Europe to withdraw, in accordance with Article 8, shall first consult the Consultative Assembly in accordance with existing practice.

Powers of the Committee of Ministers

(Article 15 of the Statute)

The conclusions of the Committee may, where appropriate, take the form of a convention or agreement. In that event the following provisions shall be applied:

- i. The convention or agreement shall be submitted by the Secretary General to all members for ratification;
- ii. Each member undertakes that, within one year of such submission or, where this is impossible owing to exceptional circumstances, within eighteen months, the question of ratification of the convention or agreement shall be brought before the competent authority or authorities in its country;
- iii. The instruments of ratification shall be deposited with the Secretary General;

- iv. The convention or agreement shall be binding only on such members as have ratified it.

Joint Committee

- i. The Joint Committee is the organ of co-ordination of the Council of Europe. Without prejudice to the respective rights of the Committee of Ministers and the Consultative Assembly, the functions of the Joint Committee shall be, in particular:
 - a. to examine the problems which are common to those two organs;
 - b. to draw the attention of those two organs to questions which appear to be of particular interest to the Council of Europe;
 - c. to make proposals for the draft agenda of the sessions of the Committee of Ministers and of the Consultative Assembly;
 - d. to examine and promote means of giving practical effect to the recommendations adopted by one or other of these two organs.
- ii.
 - a. The Joint Committee shall be composed in principle of twelve members, five representing the Committee of Ministers and seven representing the Consultative Assembly, the latter number to include the President of the Consultative Assembly, who shall be a member *ex officio*. The number of members may be increased by agreement between the Committee of Ministers and the Assembly. Nevertheless, the Committee of Ministers shall, at its discretion, be entitled to increase the number of its representatives by one or two.
 - b. The Committee of Ministers and the Consultative Assembly shall each be free to choose its own method of selecting its representatives on the Joint Committee.
 - c. The Secretary General shall be entitled to attend the meetings of the Joint Committee in an advisory capacity.
- iii.
 - a. The President of the Consultative Assembly shall be the Chairman of the Joint Committee.

- b. No proceedings of the Committee shall be regarded as valid unless there is a quorum consisting of three of the representatives of the Committee of Ministers and five of the representatives of the Consultative Assembly.
- c. The conclusions of the Joint Committee shall be reached without voting.
- d. The meetings of the Joint Committee shall be convened by the Chairman and shall take place as often as is necessary and, in particular, before and after the sessions of the Committee of Ministers and of the Consultative Assembly.
- e. Subject to the foregoing provisions, the Joint Committee may adopt its own Rules of Procedure.

Specialised authorities

- i.
 - a. The Council of Europe may take the initiative of instituting negotiations between members with a view to the creation of European specialised authorities, each with its own competence in the economic, social, cultural, legal, administrative or other related fields.
 - b. Each member shall remain free to adhere or not to adhere to any such European specialised authority.
- ii. If member States set up European specialised authorities among themselves on their own initiative, the desirability of bringing these authorities into relationship with the Council of Europe shall be considered, due account being taken of the interests of the European community as a whole.
- iii.
 - a. The Committee of Ministers may invite each authority to submit to it a periodical report on its activities.
 - b. In so far as any agreement setting up a specialised authority provides for a parliamentary body, this body may be invited to submit a periodical report to the Consultative Assembly of the Council of Europe.
- iv.
 - a. The conditions under which a specialised authority shall be brought into relationship with the Council may be determined by special agreements concluded between the Council and the specialised authority concerned. Such agreements may cover, in particular:

1. reciprocal representation and, if the question arises, appropriate forms of integration between the organs of the Council of Europe and those of the specialised authority;
 2. the exchange of information, documents and statistical data;
 3. the presentation of reports by the specialised authority to the Council of Europe and of recommendations of the Council of Europe to the specialised authority;
 4. arrangements concerning staff and administrative, technical, budgetary and financial services.
- b. Such agreements shall be negotiated and concluded on behalf of the Council of Europe by the Committee of Ministers after an opinion has been given by the Consultative Assembly.
- v. The Council of Europe may co-ordinate the work of the specialised authorities brought into relationship with the Council of Europe in accordance with the foregoing provisions by holding joint discussions and by submitting recommendations to them, as well as by submitting recommendations to member governments.

Relations with intergovernmental and non-governmental international organisations

- i. The Committee of Ministers may, on behalf of the Council of Europe, conclude with any intergovernmental organisation agreements on matters which are within the competence of the Council. These agreements shall, in particular, define the terms on which such an organisation shall be brought into relationship with the Council of Europe.
- ii. The Council of Europe, or any of its organs, shall be authorised to exercise any functions coming within the scope of the Council of Europe which may be entrusted to it by other European intergovernmental organisations. The Committee of Ministers shall conclude any agreements necessary for this purpose.
- iii. The agreement referred to in paragraph i may provide, in particular:
 - a. that the Council shall take appropriate steps to obtain from, and furnish to, the organisations in question regular reports and information, either in writing or orally;
 - b. that the Council shall give opinions and render such services as may be requested by these organisations.

- iv. The Committee of Ministers may, on behalf of the Council of Europe, make suitable arrangements for consultation with international non-governmental organisations which deal with matters that are within the competence of the Council of Europe.

BILAG 3: UN News Coverage

News Coverage

UN's Kosovo mission reorients field presence to non-Albanian ethnic communities

Lamberto Zannier, Head of UN Interim Administration Mission in Kosovo

26 November 2008 – The United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) is re-orienting its field presence to concentrate in areas occupied by ethnic non-Albanians following Kosovo's declaration of independence from Serbia, the top United Nations official there said today.

“The recent actions of the institutions of Kosovo have made it no longer possible or practicable for UNMIK to function as an administrator,” Secretary-General Ban Ki-moon's Special Representative Lamberto Zannier told an open Security Council session on Kosovo, which the UN has run since NATO forces drove out Yugoslav troops amid deadly fighting with the majority ethnic Albanian population in 1999.

“We need to be able to concentrate on the areas where we can still make a difference for good, rather than attempt to continue functions which are neither relevant nor needed,” he said, noting that UNMIK would monitor the interests of the non-Albanian communities and retain a support and mediation role.

The UN is neutral on the question of the status of Kosovo, which proclaimed independence in February in a move that Serbia rejects.

Presenting Mr. Ban's latest report on Kosovo, which outlines a reconfiguration of UNMIK, Mr. Zannier noted that the European Union (EU) was deploying its EULEX mission on the rule of law “at an increasingly accelerated rate” but for now the UN mission “remains the principal international guarantor of rule of law in Kosovo.”

UNMIK's role “is becoming much more political, for example providing an interface for the process of dialogue between Belgrade and Pristina,” he said, referring to the capitals of Serbia and Kosovo.

“Since it has not yet been possible to establish conditions for the two sides to talk to each other, UNMIK has a role as an interlocutor of both, although each side interprets this role in a different manner.”

Offering a personal observation, Mr. Zannier said Kosovo fundamentally remains an ethnically segregated society, though authorities in Pristina are firmly committed to a multi-ethnic society, including on the basis of their Constitution.

“Kosovo's Albanians and Serbs live apart, in parallel worlds. To a certain extent, this takes place peacefully, but the potential for conflict is always there, and we have seen an intensification of small incidents in the north in recent times,” he added.

In a presidential statement read out later, the Council welcomed the positions of Belgrade and Pristina on Mr. Ban's report in which they declared their intentions to cooperate with the international community. It also welcomed the continuing EU efforts to “advance the European perspective of the whole of the Western Balkans, thereby making a decisive contribution to regional stability and prosperity.”

Challenges emerge for UN in Kosovo, nearly a year after independence declaration – Ban

25 November 2008 – The United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) has faced significant challenges over the past five months to its ability to perform the vast majority of its tasks after Kosovo's declaration of independence from Serbia, Secretary-General Ban Ki-moon said today.

“These challenges have underscored the need to move forward with the reconfiguration of UNMIK,” Mr. Ban told the Security Council in his latest report on Kosovo, which the UN took over in 1999 after NATO forces drove out Yugoslav troops amid deadly fighting with the majority ethnic Albanian population there.

The UN is neutral on the question of the status of Kosovo, which proclaimed independence in February this year in a move that Serbia rejects, and Mr. Ban has called for the reconfiguration in response to the “profoundly changed reality” on the ground.

“As anticipated, UNMIK has faced significant challenges to its ability to perform the vast majority of its tasks as an interim administration, including in the areas of civil administration and economic governance and in other areas where new institutions are being created and new roles assumed by the Kosovo authorities under the constitution [they adopted],” he writes.

“The reconfiguration is both timely and necessary and is being accelerated in order to adapt fully to the prevailing circumstances on the ground. It is taking place in a transparent manner with respect to all stakeholders and is consistent with the United Nations position of strict neutrality on the question of Kosovo’s status,” he adds.

He notes the European Union’s preparations to undertake an enhanced operational role with its EULEX mission on the rule of law, and says his Special Representative for Kosovo Lamberto Zannier is facilitating its deployment, which will be carried out in close consultation with relevant stakeholders and coordinated with UNMIK.

EULEX, which will report regularly to the UN, will operate under the overall authority and within the status-neutral framework of the UN, focusing particularly on the areas of international policing, justice and customs.

Mr. Zannier has been in regular contact with the Serbian Government which has accepted these arrangements, while the authorities in Pristina, Kosovo’s capital, reject them, favour the quick deployment of EULEX and pledge to cooperate with it in accordance with the mandate foreseen for it in Kosovo’s declaration of independence, its constitution and its legislation.

But Mr. Ban says he is “encouraged” by Pristina’s indication that “it is willing to cooperate with EULEX and, inter alia, the European Union and NATO.”

World Court tells UN members to state their views on Kosovo’s independence

21 October 2008 – The International Court of Justice (ICJ) has given United Nations Member States until April next year to submit written statements on the question of Kosovo’s unilateral declaration of independence, in an order made public today.

The decision follows the General Assembly’s vote earlier this month for an advisory opinion

from the ICJ, also known as the World Court, on the legality of Kosovo's declaration of independence from Serbia in February.

Based in The Hague and tasked with settling legal disputes between Member States and giving advisory opinions on legal questions, the ICJ has given States until 17 April 2009 to deliver their written statements and another three months to comment on statements written by other States.

Kosovo, where ethnic Albanians outnumber Serbs and other minorities by about nine to one, has also been invited to participate in the process. The UN Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) has been in place since NATO drove out Yugoslav forces amid inter-ethnic fighting in 1999.

At last month's annual high-level General Debate in the General Assembly, Serbian President Boris Tadić said that as a result of Kosovo's "unilateral, illegal illegitimate" move, "the very nature of the international system has been called into question."

UN World Court to give opinion on legality of Kosovo's independence

8 October 2008 – The General Assembly voted today to ask the International Court of Justice (ICJ) for a non-binding advisory opinion on the legality of Kosovo's declaration of independence from Serbia.

At UN Headquarters, 77 Member States voted in favour of the resolution – which was put forward by Serbia – and six voted against, with 74 abstentions.

Today's meeting heard from nearly two dozen speakers, including Serbian Foreign Minister Vuk Jeremic.

Kosovo, which has been administered by the UN since Western forces drove out Yugoslav forces amid inter-ethnic fighting in 1999, declared its independence in February.

At last month's annual high-level General Debate, Serbian President Boris Tadic said that as a result of Kosovo's "unilateral, illegal illegitimate" move, "the very nature of the international system has been called into question."

UN mission in Kosovo reopens court at centre of dispute

3 October 2008 – The United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) today reopened the courthouse in north Mitrovica, which ceased operations after it was stormed and occupied on 14 March by a mob of opponents to Kosovo’s independence.

Nearly seven months since the attack, the courthouse will reopen to be staffed with UNMIK international personnel, including two judges, two prosecutors, legal officers and administrative assistance.

“The reopening of the court in north Mitrovica is a first step to ensure that rule of law is provided to everyone in Kosovo,” said Special Representative of the UN Secretary-General Lamberto Zannier. “I am pleased that Belgrade and Pristina are supporting this pragmatic development, which is in everyone’s interest.” The reopening of the court in north Mitrovica is a first step to ensure that rule of law is provided to everyone in Kosovo

The UN envoy also acknowledged the need for regional participation in the court’s effective implementation.

“A court – like all rule of law institutions – does not stand in a vacuum. The Court’s success will require continued constructive actions by all sides and the support of the communities that it serves,” stated Mr. Zannier.

After it was occupied in March by some 40 people, including officers of the Serbian Ministry of the Interior, UN forces attempted to reestablish control of the courthouse on 17 March which triggered violent attacks on UN police officers – resulting in one death and 42 officers sustaining injuries – and the task force redeploying to outside of the city.

In the initial phase of reopening, the prosecutors and international judges will be dealing only with urgent criminal cases, and implementing UNMIK law and procedure. Local judicial workers and court staff will be introduced in the following phase, which will increase the court’s capacity to handle more cases.

UNMIK was established in 1999 following a Security Council resolution that authorized an international civil and military presence in the region as part of a settlement to the ethnic conflict in Kosovo, which has a predominantly ethnic Albanian population.

In February this year, the Assembly of Kosovo's Provisional Institutions of Self-Government declared independence from Serbia, sparking some protests from Kosovo's ethnic Serbian population.

This week at the General Assembly's annual high-level debate, many European officials – including Hungarian, Czech and Albanian representatives – reiterated the ongoing need for the presence of UN and its international partners in Kosovo.

UN tribunal temporarily releases former top Yugoslav official from jail

2 October 2008 – The United Nations war crimes tribunal set up in the wake of the Balkan conflicts of the 1990s has granted temporary release to a former senior Yugoslav government figure facing trial over an alleged campaign of terror and violence against Kosovo Albanians and other non-Serbs in 1999.

Nikola Šainovic, a former deputy prime minister of the Federal Republic of Yugoslavia, has been allowed by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), which is based in The Hague, to return to Serbia from today until 17 October to seek medical treatment.

Announcing the decision today, the ICTY trial chamber said Mr. Šainovic's temporary release was subject to several strict conditions, including 24-hour surveillance of the accused by Serbian authorities.

Mr. Šainovic is on trial with five others – Milan Milutinovic, Nebojša Pavkovic, Dragoljub Ojdanic, Vladimir Lazarevic and Sreten Lukic – over an alleged campaign of terror and violence directed against Kosovo Albanians and other non-Serbs living in Kosovo in 1999. All six men face charges of murder, deportation, forcible transfer and the persecution of thousands of Kosovo Albanians and other non-Serbs.

Mr. Lazarevic was also granted provisional release by the ICTY, in his case from today until 27 October, but the decision was stayed after prosecutors filed an appeal. Applications for provisional release by Mr. Pavkovic and Mr. Lukic were denied.

The trial of the six men began in July 2006, and closing arguments in the case concluded on 27 August this year.

Kilde: <http://www.unmikonline.org/news.htm#2110>