

Svenska Akademien som en blandning av gammalt och nytt

Jakob Heidbrink

Inledning

Innan jag kommenterar argumenten från Gustafsson och Wenander & Sunnqvist bör jag klargöra vad jag här menar med begreppet *offentligrättsliga korporationer*. Begreppet är helt tydligt bildat i anslutning till det tyska begreppet *Körperschaft des öffentlichen Rechts*, och kärnan i detta begrepp är att det ska röra sig om en association av personer på grundval av stadgar över vilka dessa personer inte själva disponerar. Stadgarna ska vidare ha emanerat från den offentliga sfären. I det tyska sammanhanget är exempelvis universiteten ännu sådana *Köperschaften des öffentlichen Rechts*, sådana *offentligrättsliga korporationer*.

En offentligrättslig korporation agerar alltså självständigt på grundval av stadgar som det allmänna eller någon annan offentlig part givit den. Det innebär att konstruktionen omsluter både offentlig och privat rätt: själva stadgarna är offentligrättsliga, medan verksamheten genom korporationens medlemmar bedrivs så att säga privat, alltså enligt eget skön. Detta utesluter i och för sig inte att verksamheten som utövas i sin tur kan vara reglerad: när allt kommer omkring, är också en näringsidkares handlande i förhållande till konsumenter offentligrättsligt reglerat, utan att vi för den skull påstår att näringsidkaren agerar offentligrättsligt.

Alltså sammanfattningsvis: när jag här talar om en *offentligrättslig korporation*, talar jag om en sammanslutning av personer (vars närmare sammansättning självfallet kan växla över tid) på grundval av stadgar som härrör från den offentliga sfären och över vilka stadgar medlemmarna (eller ledamöterna, om man föredrar det begreppet) inte disponerar. Däremot agerar korporationen på det sätt vilket medlemmarna på grundval av stadgarna bestämmer. Detta agerande kan i sin tur vara påverkat av rättsliga normer, som dock då normalt följer av generell lag.

En boskillnad mellan offentlig och privat rätt?

Henrik Wenander och Martin Sunnqvist menar i sitt bidrag att nuvarande regeringsform utgår från en strikt boskillnad mellan offentlig och privat rätt. Håkan Strömberg, ett av den svenska offentliga rättens stora namn under 1900-talet, har framfört samma synsätt (Strömberg 1985: 49). Läger man en sådan boskillnad till grund för betraktelsesättet, är förstas företeelser som *offentligrättsliga korporationer* inte möjliga: offentligrättsliga korporationer utgör ju figurer som *både* tillhör den offentliga och den privata rätten. Privata medlemmar i en sådan korporation får basen för sitt gemensamma agerande i en offentligrättslig akt över vilken de inte disponerar. Strömberg konstaterar också lakoniskt: ”I nya RF:s begreppsschema finns inte utrymme för andra offentligrättsliga juridiska personer än staten och kommunerna” (Strömberg 1985: 56). Jag noterar detta med viss förvåning: vart har den skandinaviska rättsrealismen tagit vägen? Var finns inställningen att positiva rättsregler går före teoretiska konstruktioner? Från Georg Jellinek i Tyskland till Stig Jägerskiöld i Sverige har mera realistiskt inriktade jurister undersökt boskillnaden mellan offentlig och privat rätt och förklarat att någon sådan inte finns. Även Håkan Strömberg själv skriver i sin nyss citerade skrift att: ”[m]an kan fråga sig om denna skarpa gränsdragning överensstämmer med rättsordningen sådan den faktiskt gestaltar sig, eller om det är en konstruktion som inte ger rättvisa åt rättsordningens irrationella drag” (Strömberg 1985: 49). Oavsett vilka former det kan finnas enligt den föreställningsvärld som ligger till grund för regeringsformen, måste man konstatera att det bortom den strikta statsrätten inte finns någon klar gräns mellan offentlig och privat rätt. I sin i skrivande stund månadsgamla dom i mål T 2196-17 mellan Mälardalens högskola och en amerikansk student hade Högsta domstolen inga problem att inom den offentligrättsligt präglade utbildningsrätten ge en betalande student rätt till prisavdrag med två tredjedelar när utbildningen befunnits vara undermålig: Högsta domstolen tillämpade utan bekymmer en privaträttslig sanktion i en offentligrättslig kontext. Domstolen gjorde detta på ett sätt som närmast förefaller betrakta den offentliga rätten som ett slags *lex specialis*, som ett undantag från den eljest gällande privata rätten.¹

Högsta domstolens nyss omtalade dom står heller inte ensam, utan har föregångare i båda domstolsslagen sedan åtminstone 1982 (RÅ 1982 2:62).² Det finns mål om betalning, om utbildningssektorn och om vård där den sista instansens avgörande vilar på en blandning av privat och offentligt. Mot den bakgrunden verkar det i mina ögon vara fullständigt främmande att med våld försöka pressa in äldre, ännu kvarvarande företeelser i antingen den offentligrättsliga

1 Jfr min kommentar till domen, som i skrivande stund är under publicering och antagligen kommer att tryckas som Jakob Heidbrink, *Ett avtal i gränslandet mellan offentlig och privat rätt*, JT 2018/19 nr 1 s. 134 och tills vidare går att läsa på adressen http://www.jt.se/media/net/net_rattsfall_heidbrink.pdf.

2 Jfr om gränsdragningsproblemen under den gamla regeringsformen från 1809 också Stig Jägerskiölds *Om allmän förvaltningsrätt* (Jägerskiöld 1958).

eller den privata kategorin. 1974 års regeringsform till trots finns enligt min mening ingen som helst anledning att blunda för relevanta rättsliga drag när ett juridiskt fenomen ska klassificeras. Jag är helt beredd att acceptera att företeelser som har sitt ursprung i tiden före 1974 inte går att pressa in under regeringsformens rigida kategorisering.³

Rättsteori: en bekännelse

Till min syn att det visst kan finnas (kvar) företeelser som ligger tvärs över den stipulerade gränsen mellan offentlig och privat rätt bidrar också en allmän teoretisk hållning, nämligen den som tidigare kallades för *rättsgenetisk* och numera med en kanske mera rumsren term kan kallas för *rättsevolutionär*. Mycket kort uttryckt går denna hållning ut på att vi inte kan frigöra oss från historien. Historien är med oss, alldeles oavsett hur mycket vi försöker skaka av oss dess damm. Det innebär att det nya enligt min mening inte kan göra anspråk på att rättvisande kategorisera allt som föregått det: regeringsformens kategorisering kan inte göra anspråk på att passa hela historien. När vi tvingas hantera mycket gamla fenomen som Svenska Akademien är 1974 års regeringsform helt enkelt ingen särskilt lämplig måttstock. Också i nuet måste vi först söka förstå den föreställningsvärld i vilken Svenska Akademien tillkom, alltså historien. Om vi upplever att resultatet av ett sådant sätt att betrakta det gamla blir stötande, kan vi sedan göra något åt det: vi är inte de dödas slavar, men de döda är med oss.

Jag är helt medveten om att detta låter som en juridisk-teoretisk motsvarighet till den politiska konservatismen i den form som Edmund Burke formulerade den: "a partnership not only between those who are *living*, but between those who are *living*, those who are *dead*, and those who are to be born." Det är måhända olyckligt, dels för att jag själv inte uppfattar mig som särskilt konservativ, dels för att det kan tänkas provocera någon som annars kanske skulle lyssna till att stänga sina sinnen för ett rättsevolutionärt synsätt. Men på samma sätt som en modern människas matsmältning inte utan vidare kan hantera stora mängder protein- och kaloririk mat eftersom vår biologi bär på det förflutnas livsvillkor kan inte heller juridiska fenomen förstås endast med moderniteten framför ögonen. Juridiska institut utvecklas och anpassas till nya förhållanden, och en fullständig förståelse kräver att man följer reglernas utveckling över tid.

Man kan också notera att även 1974 års regeringsform numera är snart ett halvsekel gammal. Den som insisterar på att lösa alla rättsliga problem som möter oss idag med regeringsformens numera gamla föreställningsvärld, och

3 En annan sak kan, men behöver inte, gälla avseende företeelser som har sin grund i tiden efter 1974. Även här torde dock den berömda nordiska pragmatism – som inte alltför sällan liknar principlöshet – kunna bjuda på överraskningar. Lagstiftaren är inte känd för att bry sig om teoretiska kategorier.

det dessutom enligt en ganska bokstavlig tolkning av grundlagen, kan dels också betecknas som *konservativ*, även om de normer som då försvaras är yngre än de normer som måhända gällde när Svenska Akademien grundades, och tycks dels förespråka en bokstavlig och oföränderlig tolkning av regeringsformen på samma sätt som dem som förespråkar en *literal interpretation* av den amerikanska konstitutionen. Saker och ting ändras, och även om regeringsformen skulle ha skrivits med en föreställning om att allt måste antingen vara privat eller offentligt, utan mellanformer, finns inget som hindrar oss att hantera materialet på ett annat sätt idag än man kanske hade gjort 1974.

Försöken att kategorisera Svenska Akademien

Nils Gustafsson argumenterar i sitt bidrag med åtskillig styrka för att rätten att ändra Svenska Akademiens stadgar tillkommer regeringen. Hans argumentation vilar dock åtminstone till viss del på att Svenska Akademien, på samma sätt som andra akademier, kan anses ha myndighetsliknande karaktär. Frågan är då vad man menar med *myndighetsliknande*. Veterligen har alla försök att juridiskt avgränsa vad som är en myndighet slagit fel, och är juridiken närmast hjälplös när definitioner i detta avseende ska tas fram. Det är lite som Potter Stewarts berömda uttalande om pornografi i målet *Jacobellis v. Ohio* 378 U.S. 184 (1964):

I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description; and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that.

Att fråga huruvida Svenska Akademien är "myndighetsliknande" ser alltså inte ut att vara särskilt lovande, åtminstone inte om man ska försöka arbeta med intellektuellt försvarbara kategorier. Försöket att med skohorn stoppa in Akademien i kategorin stiftelse eller privat förening är inte mycket bättre.⁴ Hur man än vrider och vänder på problemet, passar Svenska Akademien inte våra numera invanda kategorier, och då kanske måste man göra det obekväma och acceptera att Akademien inte omfattas av dessa kategorier, utan utgör något annat, något som man inom det svenska juridiska samfundet inte trodde längre fanns, nämligen just en offentlighetslig korporation.⁵

4 Också Nils Gustafsson avvisar ju den tanken.

5 Även Carl Hemström antyder en liknande tanke i ett promemoria från april 2001 som jag fick i samband med seminariet vid vilket detta och andra bidrag har sitt ursprung (Hemström 2001). På s. 4 i promemorian skriver han: "Sammanfattningsvis skulle således de lärda samfunden kunna tänkas vara föreningar eller stiftelser eller offentlighetsliga organisationer *sui generis*. [...] För offentlighetsliga organisationer *sui generis* saknas likaledes generella normer men man synes, då så behövs, i hög utsträckning kunna hämta ledning i näraliggande civilrättsliga modeller såsom föreningar eller eventuellt stiftelser." Sedan utgår Hemström i resten av sin text "som hypotes" ifrån att sådana samfund "om inte särskilda skäl talar

Konstitutionell praxis i vardande

Alldeles oavsett hur man ser på historien, på regeringsformen och hur det "egentligen" borde vara, är ett faktum att statschefen nu på eget bevåg ändrat stadgarna, och att den politiska sfären varit helt tyst om detta. Inte ens från de politiska partierna, än mindre från riksdag eller regering, har det hörts någon som helst protest. Statschefen har åtminstone *tagit* sig en rätt som han kanske inte borde ha haft, men som han nu utan protester utövat.

Till en del har detta säkerligen med tiden att göra: det är valår, och frågan om Svenska Akademien synnerligen mångfacetterad och svår. Det hela liknar en halvrutten och synnerligen het potatis, där en politiker som måste ta hänsyn till olika gruppers meningar och övertygelser riskerar att bränna sig ordentligt när han eller hon försöker ta tag i den. Jag är därför helt övertygad om att statschefens agerande informellt hade förankrats hos ledande politiker. Jag kan också närmast höra en lättnadens suck från Helgeandsholmen.

Frågan är förstas vad detta betyder för Torekovskompromissen och för den svenska konstitutionen. Vad gäller den förra, vill jag notera att den kompromissen i huvudsak är politisk. Den utgör förvisso bakgrunden till nuvarande regeringsform, som bara kan förstås mot bakgrund av kompromissen. Själva kompromissen och de därav följande mera detaljerade reglerna för statschefens beteende i den offentliga sfären är dock inte lagfästa. Formellt sett har statschefen yttrandefrihet i alla frågor på samma sätt som vilken svensk som helst, bland annat, även om i kompromissen ingick att statschefen inte skulle yttra sig i känsliga frågor.⁶ Torekovskompromissen utgör förvisso konstitutionell *praxis*, men inte konstitutionell *lag*. Det fina – eller besvärliga – med *praxis* är att denna kan ändras. Alldeles oavsett vad som följer av Torekovskompromissen, och alldeles oavsett i vad mån Akademiens stadgar "egentligen" hade bort ändras av regeringen, har stadgarna nu ändrats av statschefen utan att någon annan relevant aktör protesterat.

I mina ögon utgör detta en ny form av konstitutionell *praxis*. Kungen har *de facto* normgivningsmakt åtminstone med avseende på Svenska Akademien. Vad detta sedan betyder för de övriga bärande elementen i Torekovskompromissen, får framtiden utvisa. Det är mycket möjligt att politiskt besvärliga problem i den mera perifera sektorn som kulturen nu kan få en lösning genom att statschefen uppmanas agera, eller genom att den helt enkelt agerar: det finns ju nu ett precedensfall att plocka fram om och när en liknande situation uppstår. Kanske kan också i skandalens följd statschefen få ett åtminstone begränsat utrymme att yttra sig i politiskt känsliga frågor. Det får framtiden utvisa.

i annan riktning" är privaträttsliga organisationer, men detta är alltså enbart en hypotes: Hemström tog inte klart ställning i frågan.

6 Till förebyggande av missförstånd vill jag påpeka att jag är stolt (om än enbart betalande) medlem i Republikanska föreningen. Mitt resonemang här är alltså inte resultatet av en monarkistisk grundhållning, utan enbart av en juridisk analys av situationen såsom den nu ter sig för mig.

Men att argumentera med ett ”egentligen” är nu för sent. Nu ligger landet som det ligger.

Man kan också undra vad de som nu ännu protesterar tänker sig åstadkomma. Vad skulle hända om nu någon med behörighet därtill skulle konstatera att statschefens agerande saknar juridiskt bindande verkan (hur det nu skulle gå till)? Ska de ledamöter som nu med slutlig verkan avgått återinsättas? Är alla beslut som Akademien framgent fattar ogiltiga till dess den uppfattade ordningen är återställd? Det kan väl knappast heller vara rationellt. Striden om vem som har makten att förändra Svenska Akademiens stadgar har enligt min mening avgjorts, och statschefen har vunnit.

Men frågorna är fortsatt många, och som jag försökt visa, sträcker de sig bortom Svenska Akademien. Kanske är det svenska samhället inte ens i sin juridiska dimension så genommodernt och rationellt som svenskar gärna får för sig. Kanske är också vårt ett samhälle som bär på en hel del bråte och minnesföremål från forna tider.

Jag skulle inte vara överraskad om det visade sig vara så.

Referenser

Hemström, Carl, 2001. *De regionala lärda samfundens rättsliga ställning*. Promemoria april 2001.⁷

Jacobellis v. Ohio 378 U.S. 184 (1964).

Jägerskiöld, Stig, 1958. *Om allmän förvaltningsrätt*. Uppsala: Almqvist & Wiksell.

RÅ 1982 2:62.

Strömberg, Håkan, 1985. ”’Allmänt’ och ’enskilt’ i den offentliga rätten”, *Förvaltningsrättslig tidskrift* (2), s. 49–63.

7 Vi vill tacka f.d. kammarrättspresidenten Nils-Olof Wentz som tillhandahållit oss denna promemoria.