

INTRODUKSJON TIL

# Rettsstaten

BJARNE KVAM

stipendiat, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen

februar 2009

*“Wherever law ends, tyranny begins.”*

JOHN LOCKE: SECOND TREATISE OF GOVERNMENT (1690)

## Innhold

- Prolog
- 1 Grunnleggende for vår samfunnsform
- 2 Drømmen om rettferdighet
- 3 Fire grunnprinsipper: oversikt
- 4 Staten skal være bundet av rettsregler
- 5 Maktfordelingsprinsippet
- 6 Folkesuverenitetsprinsippet
- 7 Staten må respektere og sikre grunnleggende rettigheter
- 8 Mange meninger om rettsstaten
- Litteratur

Gjengivelse av innholdet i dette skriftet er tillatt dersom kilde angis.

[bjarne.kvam@jur.uib.no](mailto:bjarne.kvam@jur.uib.no)

## Prolog

Danskekongen Knud den hellige ble i 1086 drept av opprørere anført av stormenn, fordi han var egenrådlig og krevde for høye skatter. Vi kan si at kongen hadde brutt en uskrevet avtale om rollebegrensning. Avtalen hadde åpenbart vært enklere å følge – både for konge og samfunnselite – dersom den hadde vært skriftlig. Begge parter hadde behov for å kunne forutberegne sin rettsstilling.

Maktkamp mellom konge og samfunnselite utspant seg i hele Europa på denne tiden. På 1200-tallet førte striden til at det ble utarbeidet skriftlige avtaler om rollefordeling og rollebegrensning i mange europeiske land.<sup>1</sup> Mest kjent er Magna Carta fra England i 1215.<sup>2</sup>

Dette var starten på rettsstaten.<sup>3</sup>

## 1. Grunnleggende for vår samfunnsform

– Det er i strid med rettsstaten! Slike utsagn hører vi jevnlig i samfunnsdebatten. Alle er enige om at det er et grunnleggende krav til vårt samfunn at det skal være en rettsstat – i likhet med at det skal være et demokrati. Av en rettsstat kreves det at staten gir borgerne rettssikkerhet, frihet og likhet. Rettsregler skal verne borgerne mot overgrep og vilkårlig maktbruk, både fra staten og fra andre borgere.

Men hva kreves av en rettsstat, *mer konkret*? Det er det flere meninger om. Det finnes ingen ”offisiell” definisjon. I og med at begrepet er uklart, blir rettsstaten påberopt ikke bare av vestlig-pregede demokratier – men av myndighetene i nær sagt alle typer regimer, som kommunistiske Kina, og til og med av Robert Mugabe i Zimbabwe.<sup>4</sup> Sikkert er det i alle fall at rettsstaten som konsept er en av de mest vellykkede formene for statsstyre gjennom tidene.

Denne oversikten over rettsstatsprinsipper og rettsstatstenkning er ment både som et bidrag til større klarhet, og en invitasjon til refleksjon rundt ulike sider ved konseptet. Mange svar på hva som kreves av en rettsstat kan gis, men det finnes også diskutabile spørsmål. Ambisjonen er ikke å gi en helt eksakt oversikt – da får man ty til spesiallitteraturen. En eksakt oversikt er det dessuten ikke enkelt å skrive, ikke bare fordi det er uenighet om hva en rettsstat egentlig er, men også fordi rettsstatsoppfatninger endrer seg i takt med samfunnsutviklingen.

## 2. Drømmen om rettferdighet

---

<sup>1</sup> Tamm 2005 s 143.

<sup>2</sup> England fortjener spesiell oppmerksomhet når det gjelder rettsstatens utvikling. Dette er staten der rettsstatsprinsipper lengst har vært sammenhengende praktisert, det var her John Locke levde, og det var fra England Montesquieu hentet sin modell for maktfordeling, jf Tamanaha 2004 s 47.

<sup>3</sup> Rettsstaten har også andre, viktige røtter: 1) Overfor pavemyndigheten hadde kongene i middelalderen gjennom århundrer forpliktet seg til å følge goddommelig rett, som var datidens naturrett. 2) Germansk sedvanelov innebar at kongen måtte handle i tråd med de uskrevne sedvanelovene, ellers hadde folket rett til å avsette ham. Mer om disse fenomenene se Caenegem 1995 s 34 flg og Tamanaha 2004 s 19-27.

<sup>4</sup> Tamanaha 2004 s 2, se nærmere om dette i avsnitt 8.

Vi kan sammenlikne rettstaten med flymaskinen.

Gjennom uminnelige tider har mennesket hatt en drøm om å kunne fly. Fra eldgammel gresk mytologi kjenner vi sagnet om Ikaros – en historie som har sin opprinnelse flere tusen år før Kristus. Leonardo da Vinci (1452-1519) hadde mange tanker om flyging, blant annet fabulerte han om å konstruere kunstige vinger.

Tilsvarende har mennesket siden tidenes morgen hatt tanker om at et samfunnsstyre bør behandle samfunnets innbyggere rettferdig. Men vi vet godt at rettferdighet, humanitet og likhet for loven i løpet av menneskenes historie ikke har vært hovedregelen. For eksempel var slavene i Romerriket helt uten rettsbeskyttelse. De var slaveeierens eiendom, han gjorde med dem som han ville.

Drømmen om å fly var lenge uopnåelig – helt til brødrene Wright i 1903 klarte å konstruere og fly den første flymaskinen. Men oppfylte brødrene Wrights maskin egentlig den gamle flydrømmen? I sitt første forsøk fløy de 36,5 meter, i de to neste ca 60 meter. Flyet var en skrøpelig farkost som er svært langt fra det vi i dag tenker på som et normalt og godt fly. Fra 1903 har det skjedd en enorm utvikling. Flyene er blitt større, mer solide, kraftigere, mer langtrekkende og langt mer avanserte. Det blir dermed bare delvis riktig å si at flyet – med de krav til sikkerhet, rekkevidde og teknologisk avansertethet vi krever *i dag* – ble oppfunnet av brødrene Wright. De var pionerer og sto for den fantastiske prestasjonen det var å vise at drømmen kunne bli virkelighet. Men først og fremst startet de, den 17. desember 1903, en utvikling som fortsatt – den dag i dag – langt fra er slutt. En flymaskin om 100 år vil være betydelig mer avansert enn dagens maskiner.

Tilsvarende som for flyet, var drømmen om rettferdighet – rettsikkerhet, frihet og likhet for loven – for den enkelte samfunnsborger lenge uopnåelig. Vanlige folk ble skaltet og valtet med og hadde få rettigheter. Men forholdene endret seg. I løpet av flere hundre år vokste det i Vest-Europa frem et statsstyre som bygget på at staten var bundet av regler. Kongene kunne ikke behandle folk vilkårlig. Lovene skulle følges, og lovene skulle gjelde enhver. I utmeislingen av det som vi i dag oppfatter som det teoretiske programmet for rettstaten var opplysningsfilosofene viktige, likevel begynte den faktiske utviklingen flere hundre år før dem. Røttene kan spores tilbake til 1100- og 1200-tallet.<sup>5</sup> Utviklingen har langt på vei vært særpreget for hver enkelt stat og har ikke vært bygget ikke på noen helhetlig plan eller et program, i hvert fall ikke før midten av 1700-tallet.<sup>6</sup> Det var først på slutten av 1700-tallet at man begynte å tenke virkelig helhetlig på denne formen for statsstyre, og begrepet ”rettsstat” ble lansert i 1813.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Tankene om rettstaten kan i sin *teoretiske* form spores tilbake til de klassiske grekerne Platon og Aristoteles. I praksis var det imidlertid ingen sammenheng av betydning mellom deres ideer og rettstatens utvikling i Vest-Europa fra 1100- og 1200-tallet. Platon og Aristoteles’ tanker fikk imidlertid større innflytelse i løpet av senmiddelalderen og i moderne tid. Det samme gjelder den romerske statsrettstenker Cicero. Hans verk ”Republikken” var ukjent i Europa helt til 1500-tallet, jf Tamanaha 2004 s 7 og s 12.

<sup>6</sup> Tamanaha 2004 s 15.

<sup>7</sup> Begrepet ”Rechtsstaat” ble benyttet første gang av den tyske rettsvitenskapsmannen C.T. Welcker i 1813, i boken *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*.

Det går et tidsskille ved de demokratiske omveltningene fra slutten av 1700-tallet. Den amerikanske uavhengighetserklæringen av 1776 og den franske revolusjonen i 1789 var starten på tiden med demokrati og ”ekte” rettsstat. For Norges del har vi 1814 og Grunnloven som merkesteinen for overgangen fra enevelde til demokrati. Men her må vi spørre, som for flyet: Innebar det norske statsstyret anno 1814 det vi i dag tenker på som en rettstat? Det var jo bare en liten andel av den mannlige befolkningen som hadde stemmerett. Jøder og jesuitter var nektet adgang til riket – i en rettsstat skal det være religionsfrihet og diskrimineringsforbud, jf EMK artikkel 9 og artikkel 14.<sup>8</sup> Et annet viktig rettsstatskrav er beskyttelse av minoriteter – men vi kjenner alle til hvordan vår egen urbefolkning, samene, er blitt undertrykt helt opp til vår egen tid. Det var ikke før i 1989 at samene fikk sitt eget ting, og først i 2006 overførte staten det meste av Finnmark til finnmarkingene selv.

1814-rettsstaten var et nytt statsrettslig konsept for Norge, og et gjennombrudd for demokratiet. Samtidig kan det i likhet med brødrene Wrights fly betraktes først og fremst som gjennombruddet for en idé, *starten på en ny utvikling*. Den norske rettsstaten har utviklet seg til en organisme som i dag på mange måter er svært annerledes enn 1814-rettsstaten. Og som for flyet vil rettstaten om 100 år ha utviklet seg videre fra dagens konsept.

Hvorfor kunne drømmene om rettferdighet, og drømmen om å kunne fly, bli realisert etter så mange hundre år?

For flyet er det ganske enkelt: det var kommet til et punkt i historien der den industrielle revolusjonen hadde fremskaffet så mange avanserte innretninger – blant annet den lette bensinmotoren – at det ble mulig å konstruere ting som tidligere var umulig. Orville og Wilbur Wright designet sine egne, effektive propeller og fant opp en treaksekontroll – en oppfinnelse som fortsatt benyttes i fly.

For rettstaten er bildet langt mer komplisert.

Vi kan si at selve det tankemessige grunnlaget bygger på det eldste rettslige prinsipp vi kjenner: Likhetsprinsippet.<sup>9</sup> Dette prinsippet finner vi igjen i mange varianter i løpet av menneskenes utvikling. I oldtidens Athen gjaldt det likhet for loven blant bystatens 30.000-40.000 ”fullborgere” av en befolkning på opptil 300.000.<sup>10</sup> Kristendommens budskap om at alle mennesker er like mye verdt har

---

<sup>8</sup> Forbudet mot jøders adgang til riket ble opphevet i 1851, forbudet mot jesuitter i 1956.

<sup>9</sup> Anners 1983 s 24 viser til ”ekvivalensprinsippet” i gamle Egypt. Dette er ikke nøyaktig det samme som likhetsprinsippet, men for vårt forhold settes det her likhetstegn. Se også Mæhle 2007 s 167-169, der det påpekes at de grunnleggende verdiene i en rettsstat er hensynet til menneskeverdets ukrenkelighet, frihet og likhet, og individenes autonomi. Likhetsprinsippet høres kanskje bedre ut enn det nødvendigvis er i praksis. Prinsippet i seg selv sier nemlig ikke noe om *hva* likhet innebærer. Skal det gjelde samme regler for fattig og rik? For rasister like mye som ikke-rasister? For mann og kvinne? For ung og gammel? Statsborger og utlending? Likhet i muligheter, eller likhet i resultat? Variasjoner i slik perspektivering gjør at likhetsprinsippet kan benyttes i svært mange sammenhenger, og kan legitimere mye urettferdighet. Et eksempel er USA, der det står uttrykkelig i uavhengighetserklæringen at ”all men are created equal”. Denne grunnverdien forhindret imidlertid ikke slaveriet frem til 1860-årene, og rasediskriminering helt til slutten av 1960-tallet. Mer om likhetsprinsippet se Bernt 2007 s 383-386.

<sup>10</sup> Malnes & Melgaard 2003 s 19, Tamanaha 2004 s 7.

historisk sett hatt stor betydning. Hvert enkelt menneskes verdi finner vi også som en bærebjelke i naturretten, der formuleringen "...all men are created equal..." i USAs uavhengighetserklæring er et typisk utslag.

Av likhetsprinsippet kan vi fra dagens ståsted utlede at 1) siden menneskene er like mye verdt, skal alle også ha visse grunnleggende rettigheter, 2) når det er likeverdighet mellom samfunnsborgerne, kan ikke noen diktere regler overfor andre – det må altså utformes regler i et samarbeid, og reglene må gjelde likt for alle. 3) Slike regler gir forutberegnelighet og dermed rettssikkerhet. 4) Når menneskene kan bygge livene sine på forutberegnelige og rettferdige regler, får de i praksis en opplevelse av at deres *menneskeverd*<sup>11</sup> ivaretas, noe som er avgjørende for den enkeltes livskvalitet. Dette er i praksis frihet.<sup>12</sup> **Frihet, likhet og rettferdighet** nevnes ofte som grunnverdier i rettsstaten.

***Utviklingen av rettsstaten kan betraktes som en studie av hvordan det eldgamle likhetsprinsippet – inkludert verdiene rettferdighet og frihet – i økende grad er blitt realisert i løpet av historiens gang.***

Både sosiale og teknologiske prosesser har hatt avgjørende betydning ved realisering av likhetsidealet. For eksempel er det et av de mest grunnleggende kravene til rettsstaten at den enkelte samfunnsborger skal kunne *forutberegne sin rettsstilling*. Han skal ha valget mellom å handle lovlig eller ulovlig, basert på kunnskap. Dette forutsetter blant annet at borgerne (rettssubjektene) *kan lese*. Rundt år 1000 kunne imidlertid bare én til to prosent av Europas befolkning lese. På slutten av 1500-tallet er det antatt at drøyt 50 prosent av den voksne befolkningen i Europas byer kunne lese – men over 50 prosent av befolkningen på bygdene var analfabeter.<sup>13</sup> Vi snakker om så høye nivåer av analfabetisme at det spørres om den enkelte for alvor kunne forutberegne sin rettsstilling. En annen forutsetning for kravet er at lovene må være *tilgjengelige*. Det ble de ikke før lenge etter at boktrykkerkunsten ble oppfunnet i 1450.<sup>14</sup> Den første lovboken for Norge kom ikke før i 1687; Christian Vs Norske lov. Nok et eksempel på rettsstatsideens problematiske forhold til jordnære trivialiteter: Kravet om *likhet for loven* innebærer at domstolene innen en jurisdiksjon behandler like tilfeller likt. Det krever blant annet en utdannet og kvalifisert dommerstand, og en kommunikasjon internt mellom domstolene i jurisdiksjonen. Men juridisk embetseksamen for dommere i Danmark-Norge ble påbudt først i 1736.<sup>15</sup> Så sent som på 1730-tallet ble det meldt om dommere i Danmark som ikke kunne lese og skrive.<sup>16</sup> Og kommunikasjonen domstolene imellom befant seg ikke på et akseptabelt nivå før

---

<sup>11</sup> *Menneskeverdet* som grunnlag for menneskerettighetene finner vi uttrykt i FN's menneskerettighetserklæring fra 1948, fortalens første ledd: "Whereas recognition of *the inherent dignity* and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,..." (min uthevelse).

<sup>12</sup> Frihet kan defineres på mange måter. Tenker man på frihet som en rett til å gjøre nøyaktig som man selv vil, er det åpenbart en motsetning mellom frihet og likhet. Verdier som rikdom og talent er som hovedregel ulikt fordelt mellom samfunnsmedlemmene, og friheten må da jevnlig vike for at likhet skal kunne oppnås. Dette er et klassisk dilemma i liberale samfunn, jf Tamanaha 2004 s 38.

<sup>13</sup> Cipolla 1969 s 55 og s 60.

<sup>14</sup> Den gradvise avskaffelsen av analfabetismen må betraktes som et resultat av boktrykkerkunsten, som for første gang i verdens historie gjorde bøker tilgjengelige for enhver. Om trykkekunstens betydning for Europas og verdens utvikling, se Eisenstein 1979.

<sup>15</sup> Sunde 2006 s 21.

<sup>16</sup> Tamm 2005 s 262.

på slutten av 1700-tallet. Det er dermed ganske åpenbart at likhet for loven, slik vi *i dag* tenker på dette kravet, i praksis var vanskelig å oppnå før tidligst på slutten av 1700-tallet.

Rettsstaten bygger ikke på et ”definert program” eller en spesiell, konkret ”oppskrift”, gitt av opplysningsfilosofene. De rettsstater vi i dag har er resultatene av mange prosesser, der opplysningsfilosofene riktig nok har gitt viktige bidrag – men ingen av dem har laget *én, helhetlig, holdbar teori*.<sup>17</sup> For eksempel var Rousseau, som lanserte tanken om folkesuverenitet (se avsnitt 6), tilhenger av et ekstremt demokrati – men likevel *ikke tilhenger av rettsstaten*. Han mente at et demokratisk valgt samfunnsoverhode kunne sette seg over loven, for å gjennomføre allmennviljen.<sup>18</sup> Montesquieu, som har fått æren for maktfordelingsprinsippet (se avsnitt 5), var selv tilhenger av monarki og adelige privilegier. Det er altså ingen teoretikere som har klekket ut at en rettsstat bør være nøyaktig slik *vi* i dag oppfatter at en rettsstat skal være. Og *vår* rettsstat er til dels forskjellig fra hvordan rettsstatskonseptet er utformet i *andre land*. Rettsstaten er dermed ikke resultatet av et definert, konkret program.

Både flymaskinen og rettstaten er kanskje først og fremst *ideer under utvikling*. Derfor må de bedømmes ut fra de krav *samtiden* setter. Den svenske rettshistorikeren Erik Anners sier for eksempel at de nordiske landene har vært rettsstater helt siden de ble kristnet.<sup>19</sup> Men han har da selvsagt ”ur-rettsstaten” i tankene, og ikke en rettsstat slik vi dag definerer den.

Nok en likhet mellom rettsstaten og flyet er at det ikke er nok å betrakte disse fenomenene overfladisk, fra utsiden. Ser vi et fly stå på rullebanen så får vi nok klare tanker om at dette er en innretning som kan fly oss til Oslo eller hvor det måtte være. Men hvis flyet bare er et skall, uten motorer, uten elektronikk, uten indre mekanismer som står i et nøye avpasset forhold til hverandre, og uten utdannet personell, kan det likevel ikke fly. Tilsvarende må rettstaten ha en lang rekke ”indre egenskaper” og bli håndtert av kompetente mennesker for at det skal være en reell rettsstat. I likhet med flyet kan vi peke på en del ytre karakteristika for rettstaten – staten skal være bundet av rettsregler, det skal være demokrati osv – men hvis disse prinsippene ikke fylles med et konkret og detaljert innhold, er de ikke særlig mye verdt. Som vi etter hvert vil se, er rettsstatens ”indre egenskaper” antakelig vel så avanserte og kompliserte som innmaten i et fly.

Det er altså ikke helt enkelt å definere hva som skal til for at en stat skal kunne få hedersbetegnelsen rettsstat. På den annen side blir begrepet meningsløst dersom det *ikke* fylles med innhold. Derfor skal vi nå gå løs på en del karakteristika. ***Ståstedet er samfunnsborgerens rettsposisjon.*** Dette er liberalismens utgangspunkt: staten er jo til for borgerne, ikke motsatt. Sett fra dette perspektiver blir utviklingen av rettsstaten en fortelling om hvordan borgerne kontinuerlig har arbeidet for å høyne sin livskvalitet. Det sentrale er sikringen av og forbedringen av enkeltmenneskets rettslige posisjon. Vi tar utgangspunkt i dagens situasjon, og

---

<sup>17</sup> Tamanaha 2004 s 47 fremholder likevel at verkene *Second Treatise of Government* (John Locke 1690), *De L'Esprit des Lois* (Charles Montesquieu 1748) og *The Federalist Papers* (Alexander Hamilton, James Madison, John Jay 1787-88) har hatt større innflytelse på utviklingen av rettsstaten enn noen andre enkeltstående verk.

<sup>18</sup> Anners 1983 s 192.

<sup>19</sup> Anners 1983 s 341.

gjennomgår kravene til rettsstaten slik vi i dag oppfatter at den skal fungere. Samtidig ser vi bakover for å finne ut hvordan de ulike prinsippene er blitt en del av dagens konsept. Vi ser konkret på hvilke regler prinsippene har ført til i norsk rett, og i rettssystemet som bygger på Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK-rett).<sup>20</sup>

### 3. Fire grunnprinsipper: oversikt

Tidligere justisminister Odd Einar Dørum skriver i sin siste bok at statens primære ansvar er å beskytte borgerne.<sup>21</sup> Rettsstaten skal altså sørge for trygghet, i betydningen at borgerne ikke skal behøve å frykte å bli utsatt for kriminalitet. Dette er nok de aller fleste enig i. Likevel er kriteriet ikke et av de fire grunnleggende rettsstatsprinsippene. Dessuten vektlegges denne oppfatningen normalt lite innen rettsvitenskapen – som synes å være mest opptatt av hvilke forpliktelser rettsstaten har overfor lovbrutere, ikke overfor ofrene for lovbrudd. Dørums utsagn viser hvordan rettsstatsbegrepet ikke kan isoleres til visse klart definerte kriterier, men må være et begrep under debatt.

I Norge er det vanlig å definere rettsstaten ut fra fire grunnprinsipper:<sup>22</sup>

- **Staten skal være bundet av rettsregler.**
- **Maktfordelingsprinsippet.**
- **Folkesuverenitetsprinsippet.**
- **Staten må respektere og sikre grunnleggende rettigheter.**

Prinsippene kan betraktes som *fire friheter*. Tar man utgangspunkt i spørsmålet: ”Hvordan kan det hevdes at menneskene blir *frie* ved å underlegge seg samfunnets lover? Er ikke det en frihet som kan sammenliknes med å befinne seg i en fengselscelle?” vil en moderne liberaler svare med at rettsstaten ikke representerer tvang, men tilbyr frihet: Første prinsipp om at staten skal være styrt av rettsregler er *rettslig frihet*. Annet prinsipp om maktfordeling er *institusjonell frihet*. Tredje prinsipp om folkesuverenitet er *politisk frihet*. Og det siste prinsippet om grunnleggende rettigheter er *personlig frihet*.<sup>23</sup>

## 4. Staten skal være bundet av rettsregler

### 4.1

Rettsregler bestemmer ikke bare hva staten kan gjøre overfor borgerne, men også hvordan staten selv skal organiseres osv. Vi kan sondre mellom to sider av prinsippet, som her gjennomgås i avsnitt 4.2 og avsnitt 4.3.

---

<sup>20</sup> En konvensjon er en avtale mellom stater.

<sup>21</sup> Dørum 2008 s 208.

<sup>22</sup> Se for eksempel Mæhle 2007 s 146 flg.

<sup>23</sup> Tamanaha 2004 s 34-35.

Dette prinsippet er det mest fundamentale for rettsstaten. Det går an å hevde at det *kun* er dette som er selve prinsippet en rettsstat bygger på. I så fall kan man tenke seg en rettsstat uten verken maktfordeling, folkesuverenitet eller grunnleggende rettigheter. Dette er fjernt fra en norsk forståelse av begrepet. Likevel er slike tanker ikke ukjente innen internasjonal rettsteori.<sup>24</sup>

## 4.2 Statens myndighetsutøvelse overfor borgerne skal være basert på rettsregler

### 4.2.1 Hva prinsippet innebærer – betydning for rettsstaten

I en rettsstat er statens maktbruk styrt av rettsregler. Ethvert inngrep i en borgers rettsfære må ha en rettslig hjemmel – dette kalles *legalitetsprinsippet*. Det skal være *likhet for loven*; like tilfeller skal behandles likt. En ensartet praktisering av reglene forutsetter at det kun er staten, og ikke den enkelte borger eller grupper av borgere, som har rett til å håndheve rettsreglene. Dette krever at *staten har maktmonopol*.

Det underliggende hensynet bak prinsippet er at *borgeren skal kunne forutberegne sin rettsstilling*.<sup>25</sup> Han skal kunne velge å handle i tråd med loven – eller i strid med loven – basert på kunnskap. Dette krever at loven er både presis og tilgjengelig.<sup>26</sup> Men en ting er å *ha* rett, en annen ting er å *få* rett. For å sikre sine rettigheter må borgeren ha adgang til *upartiske domstoler* som ivaretar *en forsvarlig judisiell (rettslig) prosess*.

Dersom staten ikke er forpliktet til å følge rettsregler er det stor fare for at borgerne blir behandlet ulikt, at staten for eksempel uten lov og dom fengsler eller henretter dem som sittende statsmakt misliker. Et eksempel er Russland på 1600-tallet, der straff kunne idømmes og eksekveres administrativt, dvs som en vilkårlig forvaltningshandling av tsaren mot sine undersåtter, eller av føydale godsherrer mot deres undergivne. Mektige politikere eller rikmenn kunne få det som de ville. For andre var det vanskelig, for ikke å si umulig, å verne om sin rett.<sup>27</sup>

Den såkalte "Five Knight's case" fra England i 1627 er et kjent eksempel på vilkårlig fengsling. Kong Charles I hadde behov for penger, og tvang undersåttene sine til å låne ham. Men de fem ridderne var ikke interessert i å betale kongen, og ble kastet i fengsel. Retten krevde imidlertid en fengslingsgrunn. Kongens råd svarte at fengslingsgrunnen var "his majesty's special commandment". Saken opprørte mange og var en av foranledningene til de store samfunnsomveltningene i England på 1600-tallet.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Tamanaha 2004 s 36-38, se avsnitt 8.

<sup>25</sup> Aall 2007 s 103, Tamanaha 2004 s 93-94. Dette var Montesquieus oppfattelse av frihet under loven: Frihet til å gjøre det loven tillater.

<sup>26</sup> Vilkårene om presisjon og tilgjengelighet understrekes spesielt i dommene fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), se for eksempel dommen Sunday Times mot United Kingdom (1979), avsnitt 49. Avgjørelsene fra Den europeiske menneskerettsdomstolen er tilgjengelig på <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. Domstolens hovedside er <http://www.echr.coe.int/echr/>.

<sup>27</sup> Anners 1983 s 223.

<sup>28</sup> Caenegem 1995 s 111, Tamanaha 2004 s 26-27, se også avsnitt 5.2.



#### 4.2.2 Bakgrunn

Kravet om at statens myndighetsutøvelse overfor borgerne skal være styrt av rettsregler er selve ”*urprinsippet*” for rettsstaten. Det springer ut fra maktkampen mellom konge og adel (”samfunnseliten”) som utspilte seg i middelalderen.

Når Dørum (og andre) påpeker at det mest grunnleggende for staten er å beskytte borgerne, så kan den begynnende lovgivningsaktivitet innen nasjonalstatene fra 1200-tallet betraktes nettopp i dette perspektivet.<sup>29</sup> For eksempel var Magnus Lagabøtes lovgivningsarbeid i Norge på slutten av 1200-tallet motivert ikke bare ut fra et ønske om å befeste og øke sin makt, men også ut fra et ønske om å skape fred og stabilitet – og dermed fremgang – i samfunnet. Norge hadde vært herjet av mange ødeleggende kriger.<sup>30</sup> Vi ser her at en av de mest grunnleggende funksjonene ved lovgivning er å skape fred. Lovgivning som fredsprosjekt og lovgivning som samfunnskontrakt er uløselig knyttet til hverandre. For å skape fred og fremgang var det nødvendig med en sterk statsmakt som kunne bestemme, og en institusjonalisering av konfliktløsning og straffesanksjonering – slik at privatpersoner ikke satte i gang egne hev- og opprettingsprosjekter.<sup>31</sup> Statens maktmonopol er nødvendig for å hindre vilkårlig maktutøvelse og overgrep blant private – kort sagt for å hindre anarki.

Når kongemakten styrket seg fra 1100- og 1200-tallet – og enda mer i moderne tid, fra 1500-tallet – ble det samtidig nødvendig for borgerne (i første omgang adelen) å kreve vern mot en *for* sterk og egenrådig kongemakt. Var kongen for stri, var adelen villig til å henrette ham. Kongene ble tvunget til å inngå avtaler med samfunnseliten for å kunne sitte trygt. Dermed fikk vi de første ”samfunnskontraktene”. I Magna Carta heter det for eksempel at ingen ”frie menn” skulle arresteres og straffes uten lov og dom, og enhver hadde rett til å bli dømt av sine likemenn (artikkel 39). Det er herfra prinsippet om ”fair trial kommer”: Alle ”frie personer” hadde krav på en rettergang bygget på ”due process”; altså en rettsak basert på et minimum av rettslig prosedyre – spesielt gjelder det retten til å få sin sak avgjort av en nøytral avgjørelsesmyndighet.<sup>32</sup>

*Legalitetsprinsippet* innebærer at ingen skal arresteres, dømmes eller straffes uten at det finnes en rettsregel som sier at det er tillatt. Det samme prinsippet gjelder for forvaltningens myndighetsutøvelse, for eksempel i byggesaker, barnevernsaker osv. Det er verdt å merke seg at de aller fleste rettsavgjørelser i vårt samfunn treffes av *forvaltningen*, enten det er på kommunalt, fylkeskommunalt eller statlig nivå. Avgjørelser av rettsspørsmål i forvaltningen betyr derfor i praksis mer for borgerne enn hva som skjer i rettsapparatet. Likevel er det gjerne straffesakene vi først og fremst tenker på i forbindelse med legalitetsprinsippet. Ingen skal dømmes og straffes uten at det han har gjort er forbudt ved lov.

<sup>29</sup> Begrepet ”stat” ble først benyttet på 1200-tallet, jf Caenegem 1995 s 5-6.

<sup>30</sup> Sunde 2005 s 38-39, 64-76, 124-135. Generelt har Europa i løpet av historiens gang vært preget av krig i langt større grad enn andre kontinenter.

<sup>31</sup> ”Med lov skal land bygges”, som det heter i Jyske lov fra Danmark. Jyske lov var en såkalt landskapslov, tilsvarende Gulatingsloven i Norge.

<sup>32</sup> Caenegem 1995 s 81 og s 114.

Borgernes tilgang til domstoler som ivaretar en forsvarlig saksbehandling er et viktig rettsstatskrav. Fra de primitive domstolene på ”tinget” ble sorenskriverembetet etablert i Norge i 1591. Domstolsvesenet utviklet seg videre og førte til større rettssikkerhet, selv under det beryktede eneveldet. I 1736 fikk vi loven om at alle dommere skulle ha juridisk embetseksamen. Domstolsvesenet er fortsatt under utvikling. Først i 2002 ble domstolsvirksomheten skilt ut fra å være administrert som en enhet under Justisdepartementet til å få sin egen administrasjon – Domstoladministrasjonen.<sup>33</sup>

#### 4.2.3 Prinsippet i norsk rett og EMK-rett

Legalitetsprinsippet er hjemlet i Grl § 96 for strafferettens del, og er et ulovfestet konstitusjonelt prinsipp på forvaltningsrettens område.<sup>34</sup> Også andre paragrafer i Grunnloven gir beskjed om at det kreves lov for inngrep: § 97 setter forbud mot at lover kan ha tilbakevirkende kraft. § 99 forbyr fengsling uten lovgrunnlag. § 100 annet ledd siste setning sier at inngrep i yttingsfriheten ”bør være foreskrevet i Lov”. § 102 sier at ”Hus-Inkvisisjoner maa ikke finde Sted, uden i kriminelle Tilfælde”, osv.

Domstolenes rolle er slått fast i Grl § 88. Kontradiksjon er ikke nevnt i Grunnloven, men fremgår av de tre rettspleielovene domstoloven, straffeprosessloven og tvisteloven.<sup>35</sup>

EMK er et eget, autonomt rettssystem der begreper ikke nødvendigvis har samme innhold som i norsk nasjonal rett. Også EMK krever at inngrep skal være hjemlet i nasjonal lov, men i motsetning til Norge godtar EMK også uskrevet lov, som i England (common law)<sup>36</sup>. I EMK finner vi lovskravet allerede i fortalens sjette ledd, der konvensjonsstatene forplikter seg til å bygge statsstyret på rettsstatsprinsipper. Artikkel 7 tilsvarende den norske § 96 og sier blant annet at ”ingen skal bli funnet skyldig i en straffbar handling (...) som ikke utgjorde en straffbar handling etter nasjonal eller internasjonal rett på den tid da den ble begått.” Også ellers i EMK og EMKs tilleggsprotokoller er det krav til at inngrep skal være hjemlet i lov, se for eksempel artikkel 5 nr 1.

Kravet om at borgeren skal kunne prøve forvaltningsvedtak og straffeanklager for en domstol er slått fast i EMK artikkel 6, der det heter i første ledd: ”For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid og ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov.” Kravet om kontradiksjon fremgår av ordene ”rettferdig (...) rettergang”, og for straffesaker dessuten av artikkel 6 nr 3 bokstav d.

#### 4.2.4 Vurderinger

<sup>33</sup> Om domstoladministrasjonen se domstoloven kap 1A, § 37 flg, se også <http://www.domstol.no/default.aspx?id=3104&epslanguage=NO>.

<sup>34</sup> Et ulovfestet konstitusjonelt prinsipp er en rettsregel som ikke er nedskrevet, men som likevel har like stor kraft som en grunnlovsbestemmelse (trinnhøyde som Grunnloven). En slik regel er blitt fastsatt ved langvarig og fast praksis.

<sup>35</sup> Lover av 13. august 1915 nr 5, 22. mai 1981 nr 25 og lov nr 90/2005.

<sup>36</sup> Jf for eksempel dommen Sunday Times mot United Kingdom (1979), avsnitt 47.

Det høres enkelt og greit ut at man skal kunne forutberegne sin rettsstilling. Men er det virkelig enkelt? Kan vi sette oss ned med Norges Lover på over 2000 tettekrevne sider, og ut fra tekstene finne ut hvordan vi skal handle? Det vil vi nok klare i de enkleste tilfellene – som forbudet mot drap, legemskrenkelser, tyveri og bedrageri – men hva med mer kompliserte spørsmål?

Det er opplagt at det ikke alltid er enkelt å forutberegne sin rettsstilling. Dette har Den europeiske menneskerettsdomstolen innsett. Den sier at det ikke kan kreves at enhver skal kunne forutbestemme sin stilling bare ved å lese lovteksten. Det må kunne kreves av borgeren at han om nødvendig søker adekvat hjelp for å forstå reglenes vilkår: "...a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – *if need be with appropriate advice* – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail" (min uthevelse).<sup>37</sup>

Det finnes mange eksempler på at mennesker *ikke* tar seg bryet med å forutberegne sin rettsstilling. Men i så fall – når en først er havnet i uføret og har begått en ulovlig handling eller to – så skal legalitetsprinsippet også sikre at *like tilfeller behandles likt*. En likeverdig behandling av borgerne gir rettssystemet legitimitet. Det er ikke enkelt å akseptere en dom for forhold X når man vet at andre som har gjort så å si det samme blir behandlet mye mildere. Dersom alle blir behandlet på samme måte blir straffen enklere å akseptere.

Legalitetsprinsippet kan bli utfordret når samfunnsutviklingen går foran lovgivningen – og det gjør den ofte. Hva skjer når en domstol må ta stilling til et rettsspørsmål som ikke uttrykkelig er løst i loven? På den ene siden er det imot rettsstatens prinsipper at en person skal dømmes for noe som ikke uttrykkelig er forbudt. Men på den annen side vil det svekke borgernes tillit til retten dersom åpenbart samfunnsskadelige handlinger skal være straffrie. To eksempler illustrerer dilemmaet:

I 1952 måtte Høyesterett ta stilling til om en mann som hadde drevet med telefonsjikane overfor en kvinne hadde forstyrret "den alminnelige fred og orden", som det sto i straffeloven § 390.<sup>38</sup> Byretten hadde dømt mannen etter denne paragrafen, som var den eneste som kunne tenkes å brukes i det aktuelle tilfellet. Høyesterett fant imidlertid ut at lovgiver med uttrykket "den alminnelige fred og orden" hadde ment fred og orden på offentlig sted, og ikke hjemme hos folk. Mannen ble frikjent. Det fantes rett og slett ikke noen lovbestemmelse som ga grunnlag for domfellelse. Den teknologiske utviklingen hadde løpt foran lovgiver – Stortinget hadde ikke tenkt på at en telefon kunne brukes til å forulempe personer. Dommen førte til at det ble vedtatt en ny lovparagraf for beskyttelse av privatlivets fred; straffeloven § 390a.

I 1973 måtte Høyesterett vurdere om en beruset 49-åring, som hadde kjørt i stor fart med en passbåt og hadde nesten kjørt på en annen båt, skulle straffes.<sup>39</sup> Det var snakk om svært farlig atferd. Mannen var tiltalt for promillekjøring med båt. Men

---

<sup>37</sup> Sitert fra dommen Sunday Times mot United Kingdom, avsnitt 49.

<sup>38</sup> Rt-1952-989.

<sup>39</sup> Rt-1973-433.

den eneste lovbestemmelsen som kunne tenkes å brukes, satte forbud mot å føre ”skip” under ”tjeneste”, jf straffeloven § 422 annet ledd (som nå er opphevet). Var en 17 fots passbåt et ”skip”? Og var 49-åringen i ”tjeneste” – dette skjedde jo på fritiden. Høyesterett svarte ja på begge spørsmålene, og domfelte mannen. Det kan vel hevdes at straffebestemmelsen her neppe passet bedre på mannens handling enn straffeloven § 390 passet på mannen som drev telefonsjikane. Men vi kan ikke se bort fra at Høyesterett mente det var viktigere å straffe båtførerens atferd, enn sjikanemannens – og derfor var villig til å ”tøye” lovregelen.

Det er lite trolig at telefonsjikanemannen eller båtpromillemannen hadde prøvd å forutberegne sin rettsstilling. Båtføreren, som ble dømt, kan likevel trøste seg med at etterfølgende, tilsvarende handlinger ble straffet på samme måte. Flere ble dømt for å ha ført ”skip” under ”tjeneste” i beruset tilstand, selv om de hadde kjørt en liten passbåt på fritiden. Slik ble det i det minste likhet for loven.

### **4.3 Statsmakten skal være bygget på rettsregler og bundet av rettsregler**

#### **4.3.1 Hva prinsippet innebærer – betydning for rettsstaten**

Det må foreligge et kompetansegrunnlag for staten; en rettskilde som styrer statsmakten. Dette rettslige grunnlaget skal sikre at staten ikke gjør som den vil, men følger reglene som er satt opp for den.

Prinsippet skal fungere stabiliserende for staten. Det gir forutberegnelighet og dermed rettssikkerhet. Vanlige lover skal ikke stride mot grunnlovsbestemmelser, og forskrifter skal ikke stride mot (de vanlige) lovene. Denne hierarkiske ordningen av rettsreglene kalles *lex superior-prinsippet* og skal gi et forutsigbart statsstyre.

Prinsippet er en variant av prinsippet omtalt i avsnittet foran – her ser vi imidlertid ikke på statens myndighetsutøvelse overfor borgerne, men den myndighet staten selv er bundet av.

#### **4.3.2 Bakgrunn**

Gjennom middelalderen, men også i moderne tid, var det et stadig tilbakevendende spørsmål om kongen (= staten) var bundet av rettsregler, eller om kongen sto over loven. Det var ulike meninger om dette blant intellektuelle. ”Fakta på bakken” varierte avhengig av om kongen var sterk eller svak i forhold til adelen. Kongene måtte – uansett hvor eneveldige de var – være observant på at dersom de misbrakte sin makt, risikerte de i ytterste konsekvens å bli henrettet. Det skjedde i England i 1649 med kong Charles I. Til tross for at kongene på denne tiden var ”eneveldige” kunne de altså ikke gjøre absolutt hva de ville. Likevel er det normalt å si at staten var kongens ”eiendom” under det ”gamle regimet”. Det var først ved de demokratiske revolusjonene fra slutten av 1700-tallet at kongen ble et redskap for staten, og ikke motsatt.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Caenegem 1995 s 6.

Når staten skal være bundet av et rettsgrunnlag er det opplagt at et slikt rettsgrunnlag må være preget av stabilitet for å kunne være effektivt. Poenget er jo at rettsgrunnlaget skal *binde* staten, og dermed hindre at borgerne blir utsatt for ubehagelige overraskelser.

### 4.3.3 Prinsippet i norsk rett og i EMK-rett

Prinsippet er ikke direkte uttrykt i Grunnloven, men Grunnlovens eksistens som høyeste rettskilde i Norge viser i seg selv at prinsippet om at staten er bundet av rettsregler er grunnlaget for vårt statsstyre. Hos oss er det (først og fremst) Grunnloven som er statens kompetansegrunnlag. Men også uskrevne regler kan ha konstitusjonell rang, som regelen om at legalitetsprinsippet gjelder på forvaltningsrettens område (se avsnitt 4.2.3).

EMKs fortale sjette ledd sier at konvensjonsstaten skal bygge på rettsstatsprinsipper: "...idet de som regjerer i likesinnede europeiske stater med en felles arv av politiske tradisjoner, idealer, frihet og *rettsstatsprinsipper*, ..."

(min uthevelse).

### 4.3.4 Vurderinger

Den norske Grunnloven er det nest eldste skrevne konstitusjonelle grunnlag i verden – etter USAs Constitution. Grunnloven er vanskelig å endre. Likevel er ca to tredeler av paragrafene endret innholdsmessig siden 1814.<sup>41</sup> *Det er altså ikke så enkelt som at en rettsstats kompetansegrunnlag er et evigvarende fundament.* Dette kan høres paradoksalt ut, men det er helt avgjørende at kompetansegrunnlaget er mulig å justere. Ellers ville staten stivne i en form som etter få år ville vise seg å være uhensiktsmessig. USAs konstitusjon er i praksis umulig å endre. Der har man løst problemet ved å vedta tillegg (amendments) til The Constitution, samt ved at USAs høyesterett har fått en langt større politisk rolle enn det som er vanlig i andre stater. Dermed finnes det dynamiske elementer også ved USAs konstitusjon.

Hvis det er viktig å kunne *endre* statens kompetansegrunnlag, hvor ble det da av den rettssikkerheten som skal foreligge i form av at staten er *bundet* av konstitusjonen? Dersom staten ("folket") kan endre sin egen konstitusjon, kan man da overhodet snakke om at staten er bundet? Her, som i så mange andre tilfeller innenfor rettens verden, er det ikke et spørsmål om enten-eller, men både-og. Staten er *både* bundet *og* samtidig fri til å endre sin egen binding. Men endring av grunnlovsbestemmelser *tar mye lengre tid* enn å vedta en vanlig lov. Det kreves at det avholdes et stortingsvalg mellom fremsettelsen av et forslag, og vedtakelsen av det, jf GrL § 112. Tanken er at velgerne skal kunne ta stilling til endringsforslaget. Tregheten i systemet gjør at Grunnloven fungerer *stabiliserende*. Staten kan ikke endre spillereglene over natten. Likevel er det her et spenningsforhold som krever en balansert løsning. Problemet er like gammelt som lovgivning i seg selv.<sup>42</sup>

Det faktum at Grunnlovens regler faktisk *kan* endres, gjør det naturlig å spørre om *i hvor stor grad* reglene kan endres. Kan Stortinget på nytt vedta regler om at jøder

<sup>41</sup> Smith 2008 s 92.

<sup>42</sup> Tamanaha 2004 s 10 og s 14.

og jesuitter ikke har adgang til riket? Kan Stortinget avskaffe den private eiendomsretten og vedta at all eiendom på norsk territorium skal være eid av staten? Kan Stortinget fjerne § 96 som sier at ingen kan dømmes uten lov eller straffes uten dom?

Problemstillingen aktualiserer minst to spørsmål. For det første om det er nok at statsmakten er *bundet av rettsregler*,<sup>43</sup> for å kunne kalles en rettsstat. Må det ikke i tillegg settes krav til reglens *materielle kvalitet* – altså hva reglene faktisk medfører for borgerne? Kan for eksempel en stat uten en vid yringsfrihet være en rettsstat? Hvis en stat bygger sin makt på et kompetansegrunnlag som tillater tortur – er dette da en rettsstat, fordi staten holder seg innenfor sitt kompetansegrunnlag? I så fall vil jo også et diktatur kunne være en rettsstat. I Norge vil vi helt klart si at det må settes materielle krav til statens kompetansegrunnlag. Vi krevder altså *noe mer* for at en stat kan kalles rettsstat, enn at staten er bundet av regler. Staten må for eksempel også respektere grunnleggende rettigheter (avsnitt 7).

Det andre spørsmålet er om det da kan hevdes at rettsstaten faktisk ikke egentlig bygger på konstitusjonelle *rettsregler*, men kun på *politisk vilje*. Grunnloven har en regel i § 112 første ledd tredje setning som sier at den ikke kan endres i strid med dens egne prinsipper og ånd:

*”Dog maa saadan Forandring aldrig modsige denne Grundlovs Principer, men alene angaa Modifikasjoner i enkelte Bestemmelser, der ikke forandre denne Konstitutions Aand,…”*

I en ekstrem politisk situasjon spør det likevel hvor stor motstand denne regelen vil gi. Realiteten er nok at statsstyret til syvende og sist bygger på at den norske befolkningen, og staten, *aksepterer* Grunnloven.<sup>44</sup> Den dagen det ikke lenger foreligger aksept for Grunnloven, står det norske statsstyret slik vi kjenner det i dag, i fare. Men det vil i så fall ganske sikkert være snakk om en helt annen politisk virkelighet enn vi har i dag, og da vil det kan hende være *riktig* å endre konstitusjonen. Den er tross alt et redskap for statens innbyggere, ikke motsatt. For eksempel har Frankrike vedtatt ny konstitusjon flere ganger, sist så sent som i 1958 (den femte republikk).<sup>45</sup>

## 5. Maktfordelingsprinsippet

### 5.1 Hva prinsippet innebærer – betydning for rettsstaten

I sin rene form innebærer maktfordelingslæren at statsmakten skal være delt i tre: lovgivende, utøvende og dømmende makt. Denne tredelingen anses i dag likevel ikke for å være tilstrekkelig for å oppnå en balanse. Makten må også *kontrolleres*, for at kompetansene ikke skal overskrides. Her har domstolene en viktig rolle.<sup>46</sup> Men heller ikke domstolskontroll er nok for at maktfordeling skal oppfattes som reell, i vårt opplyste samfunn. I virkeligheten er myndighet de senere tiårene blitt

<sup>43</sup> Rettslig positivisme, jf Tamanaha 2004 s 108.

<sup>44</sup> Fleischer 1998 s 59: ”Til sjuende og sist finner vi den høyeste kompetanseregelen i det norske rettssystemet i Grunnloven, *kombinert med lang tids sedvane basert på prinsippet om Grunnlovens rettslige gyldighet*” (min uthevelse). En stats forpliktelse til å være styrt av rettsregler er i seg selv ikke en rettsregel, men et politisk valg, basert på befolkningens aksept, se Tamanaha 2004 s 58. Se også Smith 2008 s 90.

<sup>45</sup> Smith 2008 s 46.

<sup>46</sup> Mæhle 2007 s 112.

spredt på en lang rekke uavhengige eller delvis uavhengige organer og institusjoner.

Begrunnelsen for prinsippet er at statsmakten blir for sterk dersom den samles på én hånd (hos en eneveldig konge, slik det vanlige var i Europa på 1600- og 1700-tallet). Fordeling av statsmakten skal hindre myndighetsmisbruk. For den enkelte borger (og samfunnet) kan det betraktes slik at *maktfordeling både er et middel for å få utformet best mulige regler*, og dessuten et *middel for at praktiseringen av reglene skal bli best mulig*. Prinsippet innebærer et mer balansert statsstyre enn et styre som utelukkende bygger på at statens myndighet skal være bundet av rettsregler. Men maktfordeling krever i seg selv ikke *demokrati*. På den tiden maktfordelingstankegangen ble utmeislet var da heller ikke folkelig deltakelse i statsstyret særlig aktuelt.

## 5.2 Bakgrunn

Da urprinsippet om at statsmakten skal bygge på rettsregler og være bundet av disse vokste frem fra 1200-tallet var statsmaktene enkle konstruksjoner og besto i hovedsak kun av kongen og hans nærmeste. Etter hvert som de vesteuropeiske samfunnene utviklet seg og ble mer velstående, ble statsmyndighetene mer komplekse. Fra 1500-tallet ble dessuten statsmyndighetene stadig sterkere, og vi fikk enevoldstiden fra sent på 1500-tallet. Fremveksten av den sterke staten førte til at det etter hvert vokste frem krav om maktfordeling. Maktfordelingslæren tillegges franskmannen Charles Montesquieu. Hans storverk *De L'Esprit des Lois* (31 bøker, utgitt i 1748) kan neppe overvurderes. Hans omtale av maktfordelingsprinsippet bygget på en beskrivelse av det engelske statsstyret.

I løpet av 1600-tallet utviklet striden mellom kongen og samfunnseliten seg dramatisk i England. Det mest oppsiktsvekkende var at Parliament dømte kong Charles I til døden i 1649, og fikk ham henrettet. Den utløsende årsaken var at kongen forlangte for høye skatter – i likhet med Knud den hellige i Danmark i 1089, og Ludvik XVI i Frankrike i 1789.

Etter henrettelsen av Charles I ble det innført republikk i 11 år. Forsøket var ikke vellykket. England gikk i 1660 tilbake til monarkiet – men denne gang fikk monarken langt mindre makt enn tidligere. I løpet av 1600-tallet styrket Parliament sin rolle ytterligere. I 1689 måtte kong William III og dronning Mary akseptere ”Bill of Rights” for å få bestige tronen. Denne konstitusjonelle teksten garanterer borgerne en rekke grunnleggende friheter. Dokumentet er et viktig steg på veien fra Magna Carta til dagens moderne rettighetserklæringer. ”Bill of Rights” slo fast at ingen regjering er over loven, og ingen regent kan sette loven til side. I praksis hadde Parliament fått full kontroll. Artikkel 8 og 9 garanterte frie valg til Parliament, og garanterte ytringsfrihet innen Parlaments fire vegger. I 1695 ble all forhåndssensur i England avviklet (likevel var publiseringsreglene strenge, blant annet var det strengt forbudt å kritisere kongen og Parliament). I 1701 ble den konstitusjonelle teksten ”Act of Settlement” vedtatt. Her ble domstolenes uavhengighet slått fast. Uavhengigheten gjaldt kun de øverste dommerne i landet (ca 150 personer fikk uavsettelige posisjoner), men var likevel en viktig

nyvinning.<sup>47</sup> Dermed gikk England inn i det 18. århundre med et statsstyre der makten var fordelt og balansert. Statsstyret var blitt til et konstitusjonelt monarki bygget på parlamentarisme. Ikke et demokrati, men et oligarki; samfunnseliten hadde delt makten mellom seg.<sup>48</sup>

I ettertid er historikere enige i at Montesquieu ikke beskrev maktfordelingen i England helt korrekt – han overdrev – men hans beskrivelse av maktfordeling som prinsipp, og særlig domstolenes rolle som uavhengige voktere av loven, har fått enorm betydning.<sup>49</sup>

Når maktfordeling betraktes fra et rettslig synspunkt er domstolenes prøvningsrett av særlig interesse. Norske domstoler har kompetanse til å prøve både lover og forvaltningsvedtak. Lover kan settes til side dersom de strider mot vår konstitusjon. Forvaltningsvedtak kan bli erklært ugyldige dersom de er i strid med lover og forskrifter, eller har mangler av andre grunner (for eksempel dersom et forvaltningsinngrep er uproporsjonalt med begrunnelsen for inngrepet).<sup>50</sup> Kompetanse til å føre kontroll med forvaltningens vedtak ble utviklet allerede tidlig på 1800-tallet.<sup>51</sup>

Domstolskontroll er ingen selvfølge. I mange stater ble det tidligere ansett som tilstrekkelig at lovene ble fastsatt av folket ved parlamentet; dette skulle være garantien for at lovene var rettferdige. Det er først etter annen verdenskrig at domstolskontroll er blitt vanlig i internasjonal sammenheng.

### 5.3 Prinsippet i norsk rett og i EMK-rett

Grunnloven har ingen eksplisitt bestemmelse om maktfordeling, men Grunnlovens struktur viser at prinsippet er viktig for utformingen av konstitusjonen. Den utøvende makten er hos ”kongen” (regjeringen/forvaltningen), jf § 3. Stortinget har den lovgivende makten, jf § 49 og § 75a. Høyesterett dømmer i siste instans, jf § 88.

EMK har i likhet med Grunnloven ingen eksplisitt bestemmelse om maktfordeling. Prinsippet fremkommer likevel gjennom EMK artikkel 6, som garanterer borgere en rettferdig rettergang. Artikkelen setter krav til at domstolene skal være ”uavhengig og upartisk” og ”opprettet ved lov”. Dessuten kan formuleringene i fortalens femte og sjette ledd om at konvensjonsstatene forplikter seg til å bygge statsstyret på demokrati og rettsstatsprinsipper implisitt sies å inneholde et krav til maktfordeling.

### 5.4 Vurderinger

---

<sup>47</sup> John Locke, som utga *Second Treatise of Government* i 1690, argumenterte *ikke* for at domstolene skulle være uavhengige. Dette illustrerer hvordan utviklingen av rettsstatsprinsipper ikke baserte seg (kun) på opplysningsfilosofenes tanker.

<sup>48</sup> Omtalen av utviklingen i England bygger på Caenegem 1995 s 109-125.

<sup>49</sup> Tamanaha 2004 s 53.

<sup>50</sup> Jf Rt-1981-745, Isene-dommen.

<sup>51</sup> Historisk sett er den norske prøvningsretten fra begynnelsen av 1800-tallet spesiell. Kun USA har hatt en slik rett (minst) like lenge som oss. I USA ble domstolenes prøvningsrett første gang fastslått av Høyesterett i 1803, i saken *Marbury vs. Madison*.



Ingen stater kan fullt ut sies å bygge på maktfordelingsteorien. I England er for eksempel Parliament lovgiver – men likevel er House of Lords, som er en av avdelingene i Parliament, landets øverste domstol.

Dersom de tre statsmaktene virkelig skal være tre autonome maktsentra vil de kunne blokkere hverandre, slik at staten blir ineffektiv og i verste fall handlingslammet. Utøvende makt (forvaltningen) trenger for eksempel penger for å drive sin virksomhet – men hvis lovgivende makt nekter å bevilge penger, er situasjonen plutselig låst. Denne maktposisjonen til lovgivende forsamling var en viktig årsak til at det norske stortinget gradvis styrket sin posisjon overfor den svensk-norske kongen i løpet av 1800-tallet. I Norge kan det hevdes at maktfordelingsprinsippet ble satt til side (i det minste delvis) da parlamentarismen ble innført i 1884.<sup>52</sup> Parlamentarismen innebærer jo at regjeringen baserer seg på at Stortinget ikke vedtar mistillit, jf Grl § 15. I praksis kontrollerer dermed lovgiver den utøvende makten, i hvert fall langt på vei.

Hvorfor er maktfordeling så viktig? Betyr det egentlig så mye for enkeltmennesket, som jo bare er ”mottaker” av reglene? *Uavhengige domstoler* gir selvsagt domsavgjørelser større legitimitet enn dersom domstolene hadde vært direkte underlagt regjeringens instruksjonsrett. Men hva innebærer det egentlig i praksis at en domstol skal være uavhengig? Skal domstolene kunne gjøre akkurat som de vil, uavhengig av ”folkeviljen” i nasjonalforsamlingen? Et eller annet sted går det antakelig en grense for uavhengigheten. I USA nektet Høyesterett på 1930-tallet å anerkjenne president Franklin D. Roosevelts sosiallovgivning. Roosevelt prøvde da å endre sammensetningen av Høyesterett, ved å få oppnevnt flere dommere. Presidentens forsøk mislyktes på grunn av motstand i Kongressen, men Høyesterett tok signalet og stoppet sin obstruerende praksis.<sup>53</sup> Eksempelet viser at domstolene neppe kan leve sine ”egne liv” fullt ut. De er del av en samfunnsprosess der nasjonalforsamlingen til syvende og sist er hovedmotor og kommandobro.

Inntil 2002 var det norske domstolsvesenet administrert direkte av Justisdepartementet – var domstolene likevel uavhengige? Fortsatt har vi flere domstolliknende organer som virkelig er en del av forvaltningen, for eksempel fylkesnemnda og trygderetten. Vi forventer likevel at disse tar uavhengige avgjørelser, basert på en korrekt anvendelse av loven.

Om samfunnseliten er et enhodet troll eller et trehodet troll (oligarki) betyr kanskje ikke all verden for den jevne borger. Det kan godt tenkes at en ”ren” tredeling av makten ikke ville hatt all verden å bety for den vanlige kvinne og mann. Men vårt samfunn er langt fra konstruert ut fra en slik ”ren” tredeling. Den faktiske situasjonen er at vi i dag krever ***en langt mer omfattende maktfordeling***. For eksempel er norsk påtalemyndighet en del av den utøvende makten. Dersom den utøvende makten betraktes som én enhet, kan man da tenke seg at regjeringen – øverste sjef for utøvende makt – skal kunne ha instruksjonsrett overfor påtalemyndigheten. Men det motsatte er jo tilfellet: I Norge mener vi at det er viktig for rettssikkerheten at påtalemyndigheten er *selvstendig og ikke er underlagt*

---

<sup>52</sup> Parlamentarismen er i dag hjemlet i Grl § 15.

<sup>53</sup> Tamanaha 2004 s 111.

*regjeringens instruksjonsrett.*<sup>54</sup> Tilsvarende kan vi ta for oss en lang rekke organer i norsk forvaltning, hvor det er viktig at organet har en autonom status for at vi skal kunne ha tillit til avgjørelsene. Eksempler er kontrollkomiteer, kommunerevisjoner osv. Også innen lovgivende og dømmende makt er det en rekke uavhengige organer, for eksempel Stortingets ombudsmann for forvaltningen og domstolenes disiplinærorgan. Vi forventer av sakkyndige i retten at de skal uttale seg på uavhengig grunnlag, og vi venter at et klageutvalg for studentsaker skal ta stilling til påstander om fusk på et uavhengig og objektivt grunnlag. Med andre ord finner vi kravet om uavhengige organer og uavhengige avgjørelser over alt i samfunnet. Det er ikke snakk om en tredeling av makt, men en ”pulverisering” i den forstand at vi forventer at svært mange organer og personer skal opptre objektivt og uavhengig. Vi har også en vertikal maktfordeling, ved at det norske samfunnet er delt i en statsmakt, flere fylkeskommuner og enda flere kommuner. Denne kompleksiteten når det gjelder maktutøvelse kan sies å være en videreføring av en omfattende ”utporsjonering” av makt som James Madison og de andre grunnlovsfedrene i USA så som nødvendig for å hindre at USA skulle kunne bli ”kuppet” av et flertallstyranni:

*”The society itself will be broken in so many parts, interests and classes of citizens, that the right of individuals, or of the minority, will be in little danger from interested combinations of the majority.”*<sup>55</sup>

Retorikken om **tredeling av makten** kan altså sies å være villedende. Antakelig er den så villedende at den bidrar til en direkte feilaktig oppfatning av hvilke krav som i dag settes til en institusjonell organisering av samfunnet. Et forhold er at ”tredelingen” i utgangspunktet er svekket i og med parlamentarismen. Et annet forhold er at en ”ren tredeling” i dag ikke ville vært i nærheten av de krav vi setter til selvstendige og upartiske avgjørelser i svært mange organer i samfunnet. Maktfordeling i dag er langt mer finmasket og sofistikert utviklet enn en ren tredeling.

En (vanligvis ikke-uttalt) forutsetning for enhver rettsstat er at det fines et robust, velutdannet og tradisjonsrikt juridisk miljø. Et slikt stabiliserende og kunnskapsrikt element kan betraktes som en viktig del av maktfordelingen i samfunnet.<sup>56</sup>

Nok et aspekt som det er grunn til å problematisere er hvilken rolle den jevne borger skal ha, ut over å legge stemmeseddelen i en valgurne med noen års mellomrom. Enkelte mener at *den offentlige debatten* – det vi kan kalle en opplyst og deltakende offentlighet – er noe av det aller viktigste for rettsstaten.<sup>57</sup> Uten en våken og deltakende befolkning – her må også nevnes en fri og uavhengig presse – er det vanskelig å tenke seg en reell rettsstat. Tradisjonelle teorier om

---

<sup>54</sup> Motsatt i USA, der justisministeren er øverste sjef for påtalemyndigheten. USA baserer seg på en mye mer rendyrket form for maktfordeling enn vi har i Norge.

<sup>55</sup> James Madison, *The Federalist Papers*, sitert fra Tamanaha 2004 s 55.

<sup>56</sup> Tamanaha 2004 s 58-59.

<sup>57</sup> Ifølge Habermas kan politisk makt og loven innen de moderne samfunns strukturer bare ”legitimere seg ved å vise at den er i overensstemmelse med en *fri kommunikasjonsprosess*” (min uthevelse), jf Eriksen/Weigård 1999 s 212. Se også Tamanaha 2004 s 112.

maktfordeling har ikke rom for slike mer kompliserte samfunnsmessige sammenhenger.

## 6. Folkesuverenitetsprinsippet

### 6.1 Hva prinsippet innebærer – betydning for rettsstaten

En stats befolkning skal selv bestemme sitt statsstyre. For oss i Vesten er dette selvsagt, og vi setter likhetstegn mellom folkesuverenitetsprinsippet og *demokrati*.

Innbyggerne skal *selv* – i praksis ved den lovgivende forsamlingen, som skal være demokratisk valgt – være de eneste som kan pålegge seg selv byrder, som skatter og nye lover. Kun på denne måten kan lover og skattlegging ha *legitimitet* i befolkningen.

Prinsippet føyer demokratiet til rettsstatskonseptet. Vi sa at maktfordeling bidro til både bedre utforming av regler, og en bedre anvendelse av dem.

Folkesuverenitetsprinsippet er en ytterligere kvalitetssikring. Tanken er at når folket selv fastsetter reglene, blir de bedre og får en langt større legitimitet enn om kun en eneveddig konge (eller en tredelt samfunnselite) står bak. Vi kan betrakte både maktfordelingsprinsippet og folkesuverenitetsprinsippet som ”hjelpemotorer” for å få ”urprinsippet” til å fungere best mulig.

Det er tvilsomt om en mulighet til å stemme ved valg i dag kan betraktes som nok til at et samfunn skal kunne betraktes som et reelt demokrati. Det settes også krav til at en demokratisk styreform skal omfatte en kontinuerlig interaksjon mellom borgere og statsstyre.<sup>58</sup> Det kreves en rett til å danne partier, dessuten et høyt nivå av informasjon, og transparens.

### 6.2 Bakgrunn

Lenge var det en helt urealistisk tanke at folket selv skulle ha kontroll over statsstyret. ”Vanlige folk” kunne i middelalderen verken lese eller skrive, og var som hovedregel kunnskapsløse i spørsmål som var relevante for statsstyret. Folkesuverenitetsprinsippet har dermed en klar sammenheng med avvikling av analfabetisme og fremveksten av et kunnskapsamfunn basert på bøker og utdanning. Her ser vi at boktrykkerkunsten har vært en avgjørende teknologisk forutsetning for endringer i konstitusjonell rett.

Tenkerne Jean Bodin (1530-1596), Thomas Hobbes (1588-1679) og John Locke (1632-1704) hadde ikke tro på at folket skulle kunne være i stand til å styre staten. Dette reflekterte nok den reelle situasjonen på tidspunktene for deres verker: Folket var fortsatt en forholdsvis kunnskapsløs masse. Oliver Cromwell, som styrte i England på 1650-tallet, argumenterte mot ekstreme demokrater ved å si at det ville være uansvarlig å gi stemmerett til eiendomsløse, som ikke hadde noen

---

<sup>58</sup> Borgere skal ha rett til å delta i prosesser av betydning for den enkelte, jf forvaltningslovens regler om uttalerett i lovens § 16. Også andre lover gir rett til å delta i beslutningsprosesser, som lov om rett til miljøinformasjon (lov nr 31/2003).

større andel i nasjonen enn luften de pustet i.<sup>59</sup> Locke mente at landeierne burde styre England – disse utgjorde ca 3 prosent av befolkningen.<sup>60</sup> Heller ikke Montesquieu (*De L'Esprit des Lois*, 1748) hadde særlig tro på demokratiet. Personlig var han for monarki og adelige privilegier.<sup>61</sup> Men få år etter Montesquieu kom Jean-Jacques Rousseau med *Du contrat social* i 1762. Her lanserte han *allmennviljen* som den eneste legitime kraft for et statsstyre. Folkets selvbestemmelsesrett skulle være avgjørende for hele samfunnsordningen. Ideen tente en gnist som vokste til et voldsomt bål, og Frankrike opplevde så den store revolusjonen i 1789. Hendelsene i Frankrike var langt på vei en kopi av det som skjedde i England nesten 150 år tidligere.<sup>62</sup> Likevel var det en fundamental forskjell: Stridighetene i England sto mellom kongen og adelen, mens ”hele folket” var med på samfunnsomveltningene i Frankrike. Dermed fikk oppbygningen av rettsstaten nok et nytt element: Den folkelige deltakelsen.

Demokratiet forutsetter at alle statens borgere kan delta i beslutningsprosesser samtidig. Alle har krav på informasjon om det forestående valget, hva som er stridsspørsmålene og hva kandidatene står for. Ytringsfriheten er dermed en frihet med en helt spesiell rettsstatlig og demokratisk funksjon. Dette er påpekt av EMD i mange dommer.<sup>63</sup>

Et demokrati innen en nasjonalstatsramme ikke er tenkelig uten massemedier. Også her ser vi at trykkekunsten er en avgjørende teknologisk forutsetning for endringer i statsstyret.

#### 6.4 Prinsippet i norsk rett og i EMK-rett

I Grunnloven § 49 er det fastsatt at Norge skal være et demokrati: ”Folket udøver den lovgivende Magt...”. Hvem som har stemmerett er regulert i § 50 flg. De nærmere reglene for valg er fastsatt i valgloven, lov nr 57/2002.

Ytringsfriheten er vernet i Grl § 100. Offentleglova (lov nr 16/2006) gir borgerne et generelt innsyn i forvaltningens saker. Kommuneloven (lov nr 107/1992) § 31 sier at møter i kommunale og fylkeskommunale folkevalgte organer skal holdes for åpne dører.

I EMKs fortale femte ledd forplikter konvensjonsstatene seg til et demokratisk styresett: ”Undertegnende regjeringer, medlemmer av Europarådet, (...) som på ny bekrefter sin oppriktige tro på disse grunnleggende friheter, som danner grunnlaget for rettferdighet og fred i verden, og **som best kan opprettholdes gjennom et effektivt politisk demokrati**, ...” (min uthevelse). Ytringsfriheten er vernet i EMK artikkel 10, retten til å danne partier er fastslått i EMK artikkel 11.

#### 6.4 Vurderinger

---

<sup>59</sup> Caenegem 1995 s 120.

<sup>60</sup> Tamanaha 2004 s 50.

<sup>61</sup> Tamm 2005 s 239. Montesquieu mente at å likestille frihet og demokrati var en feil der “folkets makt er blitt forvekslet med dets frihet”, jf Tamanaha 2004 s 52.

<sup>62</sup> Caenegem 1995 s 119.

<sup>63</sup> For eksempel Sunday Times mot United Kingdom, avsnitt 65.

Selv om folkesuverenitetsprinsippet i dag regnes som et grunnprinsipp for rettsstaten, står dette (delvis) i motstrid til maktfordelingsprinsippet. Skal folket bestemme alt, blir det jo ingen maktfordeling – for eksempel ingen uavhengige domstoler. Folkesuverenitetsprinsippet kan ikke gjennomføres fullt ut. Det må etableres en balanse i det konkrete statsstyret, der det tas hensyn til begge prinsipper. Dette har gitt seg ulike utslag i ulike stater. I Norge er utviklingen av parlamentarismen, fra 1884, et eksempel på at folkesuvereniteten styrket sin stilling på bekostning av maktfordelingsprinsippet.

Det er vanlig å si at styreformen i en rettsstat *må* være demokratisk.<sup>64</sup> Dette lyder umiddelbart riktig. Demokrati er et krav ifølge både Grunnloven og EMK. Den tyske filosofen Jürgen Habermas er en av talsmennene for dette synet: Han sier at demokrati og rettsstat ikke kan tenkes uten hverandre – de er gjensidig avhengige av hverandre, og betinger hverandre gjensidig.<sup>65</sup> Likevel er det internasjonalt ulike meninger om dette. Enkelte rettsfilosofer mener at ikke-demokratiske stater som Iran også må kunne betraktes som rettsstater, fordi de bygger på rettsregler.<sup>66</sup> Det er global enighet om at enhver stat bør tilstrebe et styre basert på rettsstatsprinsipper, men det er ikke enighet om at alle stater bør være demokratiske.<sup>67</sup>

Folkesuverenitetsprinsippet kan også sies å stå i motsetning til både regelen om at staten skal være bundet av regler, og prinsippet om at grunnleggende rettigheter skal respekteres og sikres. I sin rene form innebærer nemlig folkesuverenitetsprinsippet at folket skal kunne bestemme hva som helst, når som helst. Og da vil skranker som legalitet og grunnleggende rettigheter stå i veien for et ”virkelig” folkestyre. Sett i dette perspektivet er det logisk at Rousseau mente at statens demokratisk valgte leder ikke burde være bundet av loven.<sup>68</sup>

Slik folkesuverenitetsprinsippet normalt blir fremstilt, er det snakk om at lovene må være bestemt av den lovgivende forsamlingen *i den enkelte nasjonalstat*, for at det kan være snakk om rettsstatsregler. Det gir grunn til ettertanke. I dag blir store deler av norsk lovgivning i realiteten bestemt av EU, eller av andre internasjonale organer. Det er snakk om beslutningssystemer der Norge som stat har liten eller ingen innflytelse – og der Stortinget ikke har noen avgjørende beslutningsmyndighet. Reglene blir i stort omfang importert til Norge og implementert i norsk lovgivning nærmest uendret – som for eksempel EMK og flere andre konvensjoner.<sup>69</sup> Kan man da hevde at dette *ikke* er *rettsstatsregler*,

---

<sup>64</sup> Mæhle 2007 s 157: ”I en rettsstat må styreformen være demokratisk”. På s 160: ”Folkesuverenitetsprinsippet er altså et grunnprinsipp som sikrer rettsstaten et demokratisk fundament. I sin kjerne er det et forholdsvis enkelt prinsipp. Det betyr som utgangspunkt at den lovgivende forsamlingen skal være folkevalgt.”

<sup>65</sup> Eriksen/Weigård 1999 s 171, Tamanaha 2004 s 99-100.

<sup>66</sup> Mæhle 2007 s 159, Tamanaha 2004 s 37 med videre henvisninger, se også avsnitt 8.

<sup>67</sup> Tamanaha 2004 s 3.

<sup>68</sup> James Madison gjorde seg disse tankene om demokratiets lunefullhet, under arbeidet med USAs Constitution: ”...such [direct] democracies have ever been spectacles of turbulence and contention; have ever been found incompatible with personal security or the rights of property; and have generally been as short in their lives as they have been violent in their deaths”, sitert fra Tamanaha 2004 s 54.

<sup>69</sup> EMK er implementert i norsk rett i sin helhet ved menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr 30. *Formelt* har Stortinget adgang til å si nei til reglene som importeres, men *reelt* har Stortinget i mange tilfeller neppe noe annet valg enn å si ja.

fordi det ikke er Stortinget som har utformet reglene? Er dette regler som dermed *ikke har legitimitet*, i og med at de *ikke er blitt til ved anvendelse av folkesuverenitetsprinsippet*?

Følger vi ”oppskriften” om at regler må utformes og vedtas av den nasjonale lovgiveren, så er regler fastsatt ved såkalt multilevel governance (MLG) åpenbart tvilsomme.<sup>70</sup> Men her er det flere argumenter som må tas i betraktning.

For det første lever vi i dag i en helt annen virkelighet enn da teoriene om rettsstaten ble utmeislet. Dagens høye kommunikasjonsnivå medfører at nasjonalstatenes grenser ikke lenger utgjør like naturlige geografiske barrierer som tidligere. Vi handler og reiser internasjonalt i et omfang verden aldri tidligere har opplevd. Vi har TV, internett og andre medier som holder oss orientert om hva som skjer i verden, uansett hvor. Vi ringer, sender e-post og kommuniserer stort sett like greit med slektninger og bekjente i USA, som slektninger og venner i Norge. Med en så omfattende kommunikasjon er det naturlig og nødvendig at det utvikles internasjonale regelverk som skal gjelde for alle. Det nytter for eksempel ikke at hvert enkelt land skal ha sine egne regler for flytrafikk. Den gamle nasjonalstatstankegangen – vi tenker oss her en sterk utøvelse av nasjonal suverenitet – vil i dag fungere hemmende på normal livsutfoldelse. Internett og elektroniske søk har gjort at all verdens rettskilder i dag er tilgjengelige for enhver. Det ligger til rette for en rettsorden som i langt større grad enn tidligere er internasjonal.

For det andre er det *for borgerne* ikke bare et spørsmål om *hvilken prosedyre* som skal følges ved regelfastsetting, men også *hvilken kvalitet* reglene har. Det har vist seg gang på gang at regler som blir ”pådyttet” oss utenfra, faktisk kan høyne borgernes livskvalitet. Da ville det være litt av et paradoks å si nei til slike regler, med den begrunnelse at det ikke er Stortinget som står bak dem. Et av de siste eksemplene er 21-åringen Marthe Madsen Hestetraet fra Askøy. Hun ble tilkjent erstatning av EFTA-domstolen etter en trafikkulykke – selv om det norske lovverket i utgangspunktet ikke ga henne noen slik rett.<sup>71</sup> I praksis har det vist seg at overnasjonale rettssystemer som EMK i hovedsak har hatt en positiv betydning for livskvaliteten til konvensjonsstatenes borgere.

Regler skapt ved multilevel governance gjør at tradisjonell rettsstatsteori om folkesuverenitetsprinsippet ikke er like treffende som før. Det er på tide å revurdere teorier og begreper. Dette er et arbeid rettsvitenskapen er i gang med i mange land.<sup>72</sup> Det må spørres om det skal holdes fast på en teori der folkesuverenitet utelukkende er knyttet til den enkelte nasjonalstats lovgivende forsamling. I en tid med effektive kommunikasjoner som internett, og et generelt høyt kunnskapsnivå i befolkningen, er de nasjonale parlamentene kanskje ikke lenger det eneste som bør kunne fungere som garantist for utarbeidelse av best mulige regler.

---

<sup>70</sup> Om multilevel governance se for eksempel Breitmeier 2008 og Follesdal/Wessel/Wouters 2008.

<sup>71</sup> BT 2. januar 2009, les kommentar om saken på <<http://www.bt.no/meninger/kommentar/article683369.ece>>.

<sup>72</sup> Se for eksempel artikkelen ”Grunderna för europeisk rätt och politisk gemenskap” i tidsskriftet Retfærd nr 1 2008 s 82-91.

## 7. Staten må respektere og sikre grunnleggende rettigheter

### 7.1 Hva prinsippet innebærer – betydning for rettsstaten

Et statsstyre må respektere og sikre grunnleggende rettigheter; det vi normalt kaller menneskerettigheter.

De tre første rettsstatsprinsippene – at staten skal være styrt av rettsregler, at makten skal fordeles og at staten skal bygge på folkesuverenitetsprinsippet – er *prosessuelle* prinsipper. De bestemmer hvilke *fremgangsmåter* som skal benyttes ved oppbygningen av en rettstat, og *hvordan* lover skal *vedtas* og *anvendes*. Dette er viktig, men prinsippene gir i seg selv ingen garanti mot at et flertall i lovgivende forsamling vedtar inhumane lover rettet mot et mindretall i staten.<sup>73</sup> ***De grunnleggende rettighetene sikrer den materielle siden ved rettsstaten:*** Retten til liv, retten til vern mot tortur, retten til en rettferdig rettergang, retten til ytringsfrihet osv. Disse ***reglene er rettslige***; det vil si at den enkelte borger kan gå til domstolen for å få gjennomført sin rett.

### 7.2 Bakgrunn

Da eneveldet – ”le Ancient Régime” – ble kastet på historiens skraphaug fra slutten av 1700-tallet og fremover, var en fundamental drivkraft bak endringene en forestilling om at *alle mennesker har visse iboende og ufortapelige rettigheter*. Som det står i den amerikanske uavhengighetserklæringen: ”We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with *certain unalienable rights* ...” (min uthevelse). Flere av opplysningsfilosofene på 1600- og 1700-tallet hadde skrevet om dette, først og fremst John Locke. Den rådende tankegangen i Europa den gang var at *eneveldet* var årsaken til at enkeltmenneskenes rettigheter ikke ble respektert. Når statsstyret ble endret til demokrati ville *nasjonalforsamlingen* (den lovgivende forsamling) være selve garantisten for at menneskenes grunnleggende rettigheter ble respektert av staten. Dette var en av grunnene til at hovedregelen i Europa var at domstolene *ikke* hadde prøvningsrett overfor nye lover. Systemet ble annerledes i USA og Norge, der domstolene har hatt rett til å sette til side både forvaltningsvedtak og lover.<sup>74</sup>

Det var således allerede på slutten av 1700-tallet en rådende oppfatning at en legitim stat måtte respektere grunnleggende rettigheter. En del rettigheter ble skrevet inn i statenes konstitusjoner – som retten til ytringsfrihet, i Grunnloven § 100. Det var imidlertid ingen grundig systematikk over dette. Det er typisk at Grunnloven av 1814 i kapittel E bare i begrenset grad har regler som verner grunnleggende rettigheter.

Historien har vist at troen på nasjonalforsamlingen som garantist for grunnleggende rettigheter ikke har slått til. Et statsstyre kan ha lett for å neglisjere enkeltmennesket, på bekostning av storsamfunnet. Dette er det mange eksempler

<sup>73</sup> Tamanaha 2004 s 99.

<sup>74</sup> Nærmere om utviklingen av domstolenes prøvningsrett i Norge se Holmøyvik 2007.

på, også fra Norge. For eksempel skrev Ragnar Knoph, en av Norges aller mest innflytelsesrike jurister, på 1930-tallet: ”I våre dager vil en appell til medfødte menneskerettigheter lyde for døve ører.”<sup>75</sup> ”Hjelpemotorene” maktfordeling og folkesuverenitet var ikke nok til å garantere en reell rettsstat. Nazi-Tyskland viste at et demokrati faktisk kan fungere som et despoti.<sup>76</sup> Det er ikke er nok med regler alene. Reglene må ha en viss materiell kvalitet. Under Hitler endret den tyske Riksdagen tysk lovgivning, slik at overgrepene mot jødene og andre minoriteter ble legale ifølge tysk lov. Etter krigen ble en rekke tyske myndighetspersoner dømt fordi overgrepene var i strid folkeretten, selv om de var tillatt etter tysk internt rett. Dette var første gang i verdenshistorien at et slikt rettsoppgjør fant sted. Men i tiden etter annen verdenskrig har ideen om universelle rettigheter fått en voldsom oppblomstring, og i dag er det i langt større grad enn tidligere akseptert at en stat ikke kan kalles en rettsstat uten at grunnleggende rettigheter respekteres.

Etter annen verdenskrig ble derfor satt i gang et arbeid for å definere og gjennomføre grunnleggende rettigheter, som skulle gjelde for enhver. Starten var FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 1948. Europarådet utformet en variant av rettighetene i form av Den europeiske menneskerettighetserklæring (EMK) fra 1950. Denne er rettslig bindende for statene som slutter seg til erklæringen (konvensjonsstatene). Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) ble etablert for å overvåke at konvensjonsstatene virkelig overholder EMKs regler. Det finnes også ytterligere regler (protokoller) til EMK. Samlet fungerer reglene og domstolskontrollen som en effektiv mekanisme for å fremme de grunnleggende rettighetene i Europa. Håndhevingen av rettighetene er et nasjonalt ansvar – EMK/EMD har ingen fysiske maktmidler.

I dag er menneskerettigheter noe av det mest aktuelle innen den internasjonale jussen. Rettighetsvernet er blitt styrket over hele verden. Men det er altså først de siste 60 årene dette virkelig er blitt tatt på alvor. For Norges del var tilslutningen til EMK lenge uten nevneverdig betydning, men fra slutten av 1980-tallet økte bevisstheten blant norske borgere om EMKs betydning. Staten måtte da ta rettighetsvernet mer alvorlig, og vi fikk menneskerettsloven av 1999 som gjør EMK og flere andre rettighetskonvensjoner til norsk rett, med trinnhøyde over vanlig lov (”forkjørsrett”) – men med ”vikeplikt” for Grunnloven.

Menneskerettighetene inndeles ofte i grupper. Den innerste kjernen av rettigheter kalles *jus cogens*. Dette er rettigheter som ifølge folkerettslig sedvanerett gjelder for alle, i alle stater. De er så grunnleggende at de gjelder også i stater som ikke har sluttet seg til noen av menneskerettskonvensjonene. Det er her blant annet snakk om er retten til liv samt forbud mot folkemord og apartheid.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Knoph 1934 s 23. Konflikten mellom enkeltmennesket og storsamfunnet er klassisk. Her står liberalisme mot kommunitarisme. Fremveksten av grunnleggende rettigheter og friheter som rettslige privilegier er således en sier for liberalismen.

<sup>76</sup> Dette burde ikke komme som noen overraskelse på noen. Allerede Platon og Aristoteles påpekte at et demokrati kan fungere som et tyranni, jf Tamanaha 2004 s 8. Som en reaksjon på den verditomme rettslige positivismen som hadde rådet i Tyskland fra midt på 1800-tallet, fikk ”nye” Tyskland en sterk verdiforankring i sin nye grunnlov av 1949, artikkel 1 nr 1: ”Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

<sup>77</sup> Mæhle 2007 s 163-164.



*Sivile og politiske rettigheter* kalles ofte for første generasjons rettigheter. Dette er retten til liv, frihet fra tortur, rett til privatliv, trosfrihet og ytringsfrihet med mer. Disse rettighetene forbinder vi med den såkalte ”vekterstaten”: Staten skulle ikke gripe inn i borgernes liv, men kun garantere den sikkerhet og fravær av urettferdighet de trengte for å få frihet til å utvikle seg og å kunne utnytte sine muligheter. Det var samfunn bygget på *sjanselighet* (“...the pursuit of happiness”, som det står i USAs uavhengighetserklæring). Poenget kan illustreres med lønnsforskjeller før og nå: Lønnsforskjellen mellom en oberst og en kaptein kunne på 1600- og 1700-tallet være 20:1, og hele 200:1 mellom en oberst og en menig. De demokratiske revolusjonene endret ikke bildet. Likhetskravet i den franske revolusjonen gjaldt ikke inntekts- og formuesforskjellene. Det gikk ut på å skape *like muligheter* til å oppnå høyere stillinger og inntekter – ikke en faktisk inntektsutjevning. De revolusjonære grafset faktisk til seg så godt de kunne.<sup>78</sup>

*Økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter* kalles gjerne annen generasjons rettigheter. Dette er retten til valg og valgbarhet, foreningsfrihet, forsamlingsfrihet, trygghet for egen eiendom og sosial sikkerhet, samt rett til helse, mat og bolig, dessuten rett til å uttrykke sin kultur og sitt språk.<sup>79</sup> Disse verdiene avspeiler den velferdsstatlige rettsstaten som for eksempel Norge har utviklet seg til å bli. Her legges det i langt større vekt på *resultatlighet* som ideal, enn i de tidligere rettsstatene.

### 7.3 Prinsippet i norsk rett og i EMK-rett

Opprinnelig ble grunnleggende rettigheter bare delvis vernet, ved spredte bestemmelser i Grunnloven. I 1994 ble det vedtatt en generell bestemmelse i § 110c som sier at ”Det påligger Statens Myndigheter at respektere og sikre menneskerettighetene.” Denne bestemmelsen er så generell at den neppe kan anvendes direkte i retten. Andre grunnlovsbestemmelser kan imidlertid anvendes direkte – som § 2 (fri religionsutøvelse), § 96 (ingen dom uten lov, forbud mot tortur), § 97 (forbud mot lover med tilbakevirkende kraft), § 99 (ingen fengsling uten rettslig grunnlag), § 100 (ytringsfrihet) og § 105 (full erstatning ved ekspropriasjon).

Den europeiske menneskerettskonvensjon er gjort til norsk lov ved menneskerettsloven av 1999 (lov nr 30/1999). Lovens § 3 sier at reglene i denne konvensjonen (og andre konvensjoner inkorporert ved menneskerettsloven) ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Dermed er de grunnleggende rettighetene og frihetene som er vernet av EMK gitt en spesiell stilling i norsk internrett, en såkalt ”semikonstitusjonell” stilling.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Anners 1983 s 183.

<sup>79</sup> Høstmølingen 2005 s 12 flg.

<sup>80</sup> Ordbruken ”semikonstitusjonell” kan sies å være misvisende fordi den gir inntrykk av at EMK og de andre konvensjonene som er inkorporert ved menneskerettsloven *på varig grunnlag* er gitt rang over vanlig norsk lov, men dette er ikke tilfelle. Menneskerettsloven kan settes til side ved ordinær lovgivning og har således ikke noen overordnet status i regelhierarkiet. Dersom menneskerettene skulle hatt et virkelig bedre vern, måtte det vært bestemt i Grunnloven. Frankrike har en mellomløsning, der konvensjoner Frankrike slutter seg til automatisk har rang over vanlig lov, men under konstitusjonen, se Smith 2008 s 162.

Ut over disse skrevne konstitusjonelle og semikonstitusjonelle reglene finnes det også uskrevne regler, som retten til liv.<sup>81</sup> Det finnes også regler på vanlig lovsnivå som verner grunnleggende rettigheter.

Når det gjelder EMK, så er prinsippet om at staten skal respektere og sikre grunnleggende rettigheter selve fundamentet for hele EMK. Hele konvensjonen inkludert tilleggsprotokoller er et uttrykk for vern om disse rettighetene.

#### 7.4 Vurderinger

Vi har sett at folkesuverenitetsprinsippet introduksjon førte til at maktfordelingsprinsippet ble svekket. Fremveksten av prinsippet om at staten skal respektere grunnleggende rettigheter har i sin tur gått på bekostning av folkesuverenitetsprinsippet. Maktutredningen fra 2003<sup>82</sup> påpekte at økningen i borgernes (rettslige) rettigheter går på bekostning av Stortingets styringsmuligheter, og dermed også på bekostning av demokratiet: ”Rettsliggjøring innebærer at domstoler og andre rettsorganer får økende betydning på bekostning av folkevalgt myndighet, og at skillet mellom lovgivning og lovanvendelse blir visket ut.”<sup>83</sup> Dersom rettsliggjøring skyldes regler som blir ”importert”, for eksempel ved at Norge slutter seg til en konvensjon, avgir Norge dessuten selvråderett på det konkrete området.

En del jurister har kritisert Maktutredningens synspunkter som for enkle.<sup>84</sup> Det er for eksempel hevdet at selv om Stortingets makt isolert sett er svekket, så innebærer fremveksten av rettigheter og internasjonale rettssystemer i realiteten en styrking av statsstyrets legitimitet. Årsaken er at mange utfordringer ikke blir løst tilfredsstillende på nasjonalt plan. Det er altså ikke bare et spørsmål om den nasjonale prosedyren for demokratistyre er oppfylt, men også et spørsmål om statsstyret kan levere borgerne tilfredsstillende resultater.<sup>85</sup> Perspektivet til de franske revolusjonære på slutten av 1700-tallet var at «Målet for en politisk sammenslutning er å bevare menneskets naturlige og ufortapelige rettigheter» (sitat fra den franske rettighetserklæringen 1789). Her er selve begrunnelsen for demokratiet at det skal realisere et best mulig liv. Denne tanken er også perspektivet i dette skriftstykkets fremstilling av rettsstaten: Det er en kontinuerlig prosess for å realisere menneskets eldgamle drøm om et best mulig liv for den enkelte. Sett i et slikt liberalistisk perspektiv behøver det ikke være noen svekkelse av vår samfunnsform at det i større grad blir rettighetsbasert. Tvert om kan det betraktes som en styrking av rettsstaten.<sup>86</sup>

I denne fremstillingen av rettsstaten gir den historiske innfallsvinkelen et inntrykk av at det ene rettsstatselementet er blitt føyd til det andre, i løpet av århundrene. Men det går også an å betrakte rettsstaten ut fra et *statisk* perspektiv, og vurdere de fire prinsippene og deres forhold til hverandre uavhengig av historien. Uansett innfallsvinkel vil man likevel konkludere med at det er spenninger mellom

---

<sup>81</sup> Slått fast i Rt-1983-1005 (Børre Knudsen-dommen).

<sup>82</sup> NOU 2003:19 Makt og demokrati. Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen.

<sup>83</sup> NOU 2003:19 s 58 v sp.

<sup>84</sup> Se Kinander 2005, Ulfstein 2005, Embersland 2005.

<sup>85</sup> Se for eksempel Eriksen 2005.

<sup>86</sup> Tilsvarende Høstmælingen 2005 s 21.

prinsippene, og at hver enkelt stat må finne sin egen måte å balansere de interne motsetningene.<sup>87</sup>

Det er grunn til å sette spørsmålstegn ved selve ordet ”menneskerettigheter”. Det gir inntrykk av at rettighetene er evige og ukrenkelige. Dette er nok tilfellet for de mest grunnleggende rettighetene – første generasjons menneskerettigheter. Men for mange av rettighetene har statene lov til å gjøre betydelige inngrep uten at det er i strid med EMK. Vernet om eiendomsretten er for eksempel langt svakere enn vernet om ytringsfriheten eller privatlivets fred. For inngrep i noen av de to sistnevnte rettighetene kreves det at inngrepet er ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, jf artikkel 8 annet ledd og artikkel 10 annet ledd. For inngrep i eiendomsretten kreves det bare at det er i ”det offentliges interesse”, jf første tilleggsprotokoll artikkel 1 første ledd.

Ordrbruken kan også sies å være villedende fordi den er så positivt ladet at det kan være vanskelig å være kritisk – selv om også regler som kommer i menneskerettighetenes navn trenger diskusjon og kritikk.<sup>88</sup>

Likevel, det er naturlig at reglene får et navn, og om de kalles ”grunnleggende rettigheter” eller ”menneskerettigheter” er neppe noe stort problem. Vi ønsker jo gjerne å bruke store ord for å understreke noe viktig. For eksempel heter det i Englands ”Bill of Rights” fra 1689 at rettighetene og frihetene som der er listet opp er ”true, ancient and indubitable rights and liberties of the people of this kingdom.”<sup>89</sup>

Er det gått inflasjon i menneskerettigheter? Ifølge menneskerettsloven fra 1999 er fire rettighetskonvensjoner inkorporert i sin helhet i norsk rett.<sup>90</sup> Det finnes imidlertid langt flere rettighetskonvensjoner. Et stridstema i senere tid har knyttet seg til FNs rasediskrimineringskonvensjon fra 1965 og kvinnekonvensjon fra 1979. Det har vært krevd at også disse skal tas inn i menneskerettsloven, og dermed få en ”semikonstitusjonell” rang. Men hva så med de rettighetskonvensjonene som fortsatt ikke er med i menneskerettsloven? Skal de i så fall ha en svakere gjennomslagskraft? Og hvor går grensen for hva som skal kalles ”menneskerettigheter”? Jussprofessor Eivind Smith har tatt til orde for at de aller mest grunnleggende rettighetene bør vernes ved egne regler i Grunnloven – og så får andre rettigheter nøye seg med å være vernet ved vanlig lov.<sup>91</sup>

Som omtalt i forrige avsnitt er grunnleggende rettigheter ikke særlig godt vernet av Grunnloven. Retten til liv er et av mange eksempler på rettigheter som ikke er nevnt. Det har på denne bakgrunn i lengre tid pågått en debatt om individenes grunnlovsværn bør styrkes.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> Tamanaha 2004 s 38.

<sup>88</sup> Ulfstein 2005, Embersland 2005.

<sup>89</sup> Sitert fra Caenegem 1995 s 116.

<sup>90</sup> Dette er EMK inkludert protokoller (jf Mrl § 2 nr 1), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (jf mrl § 2 nr 2), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter inkludert tilleggsprotokoller (jf mrl § 2 nr 3), samt FNs barnekonvensjon inkludert tilleggsprotokoller (jf mrl § 2 nr 4).

<sup>91</sup> ”Sentrale rettigheter inn i grunnlov!”, innlegg i Aftenposten 15.06.2007.

<sup>92</sup> Aall 2007 s 33-34 med videre henvisninger.

## 8. Mange meninger om rettsstaten <sup>93</sup>

De mange ulike oppfatningene om rettstaten kan fremstilles på en glideskala. Den mest minimalistiske oppfatningen er at en rettsstat kun er en stat som benytter rettsregler *for* å styre, men der staten ikke selv er *styrt* av rettsregler (nr 1). Den neste varianten (nr 2) er at staten skal være styrt av rettsregler (formell legalitet), uten at det ut over dette kreves demokrati eller individuelle rettigheter. Tredje variant er formell legalitet inkludert demokrati. Disse tre variantene kalles formelle rettsstatsteorier. Det er også tre varianter av såkalte substansielle rettsstatsteorier, der den enkleste ugjøres av formell legalitet, demokrati og individuelle rettigheter (nr 4). Versjon nr 5 omfatter i tillegg også en beskyttelse av menneskelig verdighet. Den mest omfattende versjonen (nr 6) omfatter i tillegg til versjon nr 5 også sosiale rettigheter som velferd, materiell likhet mellom samfunnsborgere, med mer.

Blant rettsteoretikere internasjonalt finnes det representanter for alle variantene nevnt over. Den mest ekstreme minimalistiske modellen kan sies å være direkte i strid med hele den historisk forankrede rettsstatsideen – nemlig at statsmakten skal være bundet av rettsregler, for å gi borgerne forutberegnelighet. Denne versjonen forsvares av blant andre Kina og andre asiatiske stater.

Versjonen de fleste rettsteoretikere internasjonalt støtter, er versjon nr. 2. Årsaken er at modellen kan anvendes uavhengig av politiske prioriteringer av hva som er ”godt” for samfunnet og borgerne. Blant folk flest er det nok langt større støtte for versjon nr. 4, som også omfatter individuelle rettigheter. Versjon nr 6 kan sies å være den ”norske” versjonen. Fra internasjonalt rettsteoretisk hold er denne blitt kritisert for å være for altomfattende, og egentlig mer et uttrykk for politiske prioriteringer enn for rettslige prinsipper. Det hevdes at begrepet ”rettsstat”, som rettslig begrep, ifølge versjon nr 6 blir meningsløst.

---

<sup>93</sup> Avsnittet er basert på Tamanaha 2004 s 91-113.

# Litteratur, forslag til videre lesing

Anners 1983: Erik Anners: Den europeiske rettens historie. Oslo 1983.

Bernt 2007: Jan Fridtjof Bernt: Rettssikkerhet – den grunnleggende verdi i den liberale rettsstaten. Kapittel 19 i boken “Rett. Samfunn og demokrati”, innledning til juss-studiet ved Bernt og Mæhle. Oslo 2007.

Breitmeier 2008: Helmut Breitmeier: The Legitimacy of International regimes. Surrey 2008.

Caenegem 1995: R. C. van Caenegem: An historical introduction to Western constitutional law. Cambridge 1995.

Cipolla 1969: Carlo M. Cipolla: Literacy and Development in the West. Harmondsworth 1969.

Dørum 2008: Odd Einar Dørum og Marit Meyer: Ombudsmann på jobb. Sandnes 2008.

Eisenstein 1979: Elizabeth L. Eisenstein: The printing press as an agent for change. Cambridge 1979.

Embersland 2005: Marius Embersland: Menneskerettighetene er ingen trussel mot rettssikkerheten. Artikkel i tidsskriftet Lov og Rett, nr 5-6 2005, s 313-315.

Eriksen 2005: Christoffer C. Eriksen: Folkerett – en trussel mot folkestyret? Artikkel i: Kinander 2005.

Eriksen/Weigård 1999: Erik Oddvar Eriksen og Jarle Weigård: Kommunikativ handling og deliberativt demokrati. Jürgen Habermas’ teori om politikk og samfunn. Bergen 1999.

Fleischer 1998: Carl August Fleischer: Rettskilder og juridisk metode. Oslo 1998.

Follesdal/Wessel/Wouters 2008: Andreas Follesdal, Ramses A. Wessel & Jan Wouters (eds): Multilevel Regulation and the EU: Leiden/Boston 2008.

Holmøyvik 2007: Eirik Holmøyvik: Årsaker til utviklinga av prøvningsretten i Noreg og Danmark. Artikkel i Tidsskrift for Rettsvitenskap nr 5/2007.

Holt 1992: J. C. Holt: Magna Carta. Second edition. Cambridge 1992.

Høstmølingen 2005: Njål Høstmølingen: Hva er menneskerettigheter? Oslo 2005.

Jacobsen 2008: Jørn Jacobsen: Rettsteoretiske utgangspunkt for rettsstatsargumentasjon i strafferetten. Kapittel 3 i Jacobsens PhD-avhandling ”Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten”, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen 2008.

Kinander 2005: Morten Kinander (red): Makt og rett. Om Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring. Oslo 2005.

Knoph 1934: Ragnar Knoph: Utviklingslinjer i moderne formuerett. Oslo 1934.

Malnes & Melgaard 2003: Raino Malnes & Knut Midgaard: Politisk tenkning. Oslo 2003.

Mæhle 2007: Synne Sæther Mæhle: Rettsstaten. Kapittel 7 i boken “Rett. Samfunn og demokrati”, innledning til juss-studiet ved Bernt og Mæhle. Oslo 2007.

Smith 2008: Eivind Smith: Konstitusjonelt demokrati. Bergen 2008.

Sunde 2005: Jørn Øyrehagen Sunde: Speculum legale – rettsspegelen. Bergen 2005.

Sunde 2007: Jørn Øyrehagen Sunde: "Fornuft og Erfarenhed" – Framveksten av metodisk medvit i dansknorsk rett på 1700-talet. Doktoravhandling, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen 2006.

Tamanaha 2004: Brian Z. Tamanaha: On the Rule of Law. History, Politics, Theory. Cambridge 2004.

Tamm 2005: Ditlev Tamm: Retshistorie. Danmark-Europa-globale perspektiver. 2. udgave. København 2005.

Ulfstein 2005: Geir Ulfstein: Internasjonale menneskerettigheter – er det gått for langt? Lederartikkel i tidsskriftet Lov og Rett, nr 5-6 2005, s 257-258.

Aall 2007: Rettsstat og menneskerettigheter. 2. utgave. Bergen 2007.