

Vedtar Stortinget å grunnlovsfeste prøvingsretten, vedtar d

Demokrati eller



Alf-Inge Jansen og Atle Nyhagen
MED ANDRE ORD

Stortinget har utsatt behandlingen av viktige forslag om endringer av Grunnloven. Dette er en rimelig beslutning. Juristene har dominert i den offentlige debatten om endringsforslagene, såvel som i Lønning-utvalgets utredning som beredte grunnen for forslagene. Særlig gjelder dette forslagene om å grunnlovsfeste domstolens rett til å prøve lovers grunnlovmessighet (§ 114) og om å skrive flere «nye» menneskerettigheter inn i Grunnloven. Denne juristdominansen har vidtrekkende konsekvenser, og saksforhold som bidrar til slike konsekvenser bør derfor løftes fram i den offentlige debatten.

Debatten er i økende grad blitt preget av at flere av landets ledende jurister er delvis, halvveis eller helt enig med hverandre i forståelsen av forslaget til endring av § 114 og av virkningene som kan følge av en grunnlovsfesting av domstolens prøvingsrett. Det er de rettslærde ved UiO som har rådet grunnen, og ulik forståelse av Grunnlovens karakter og uenighet om forslag til endring av § 114 er blitt markert i en rekke innlegg.

Professor i rettsvitenskap Fredrik Sejersted har vært mest produktiv. Flere av innleggene har vært opplysende. Dem fortjener han honnør for. Han har også markert seg ved å hevde at det er en misforståelse «... å tro at de to foreslåtte §§ 114 og 115 vil føre til økt klarhet og til at Stortingets stilling svekkes» (Klassekampen, 8. april). Ifølge ham er 200-årsjubileet «... en gylden anledning til å ta seg sammen og gjøre noe som burde vært gjort for lengst» (Aftenposten, 30. april).

Seniører i juristmiljøet, professorene Inge Lorange Backer og Eivind Smith og sivilombudsmann Arne Fliflet har i innlegg, intervjuer og kronikker signalisert – med varierende klarhet og styrke – reserverasjoner mot å grunnlovsfeste domstolens prøvingsrett, dels fordi konsekvensene er uoversiktlige og dels fordi det vil

FAKTA

Prøvingsretten:

■ Domstolens mulighet til å prøve lovers grunnlovmessighet, den såkalte prøvingsretten, vokste fram i rettspraksisen fra 1820-åra, og er i dag ansett som konstitusjonell sedvanerett.

■ Stortinget vedtok flere endringer av Grunnloven i forrige uke, men utsatte behandlingen av grunnlovsfesting av prøvingsretten.

■ Forfatterne av denne kronikken mener debatten dette spørsmålet er smalsporet og juridisk, slik at viktige kjensgjerninger om hvilke konsekvenser grunnlovsfesting vil ha for demokratiet, har vært underkommunisert.

Forfatterne:

■ Alf-Inge Jansen er Professor emeritus ved Universitetet i Bergen (UiB), for tiden tilknyttet UiO.

■ Atle Nyhagen er doktorgradsstudent ved UiB.

kunne gi potensial for å svekke Stortingets stilling i landets styringsorden. Slik vi har forstått dem, råder de tre, i varsomme formuleringer, til forsiktighet og en viss tilbakeholdenhet overfor ambisiøse endringer av Grunnloven.

De rettslærde ved UiO fortjener honnør og takk for at de har vært så aktive i denne debatten, og det er godt at uenigheten blant dem kommer fram. Det som imidlertid også er en konsekvens av juristenes dominans i debatten, er at det er juristenes perspektiv, deres begreper og kategorier, og måten de anvendes på, som blir lagt til grunn for vurderingen av hva den foreslåtte § 114 gjelder.

Juristenes dominans har ført til at kjernen i spørsmålet om

«Juristdominansen i den offentlige debatten om dette spørsmålet har vidtrekkende konsekvenser»

grunnlovsfesting av prøvingsretten – forholdet mellom demokrati og domstolsmakt – er blitt underkommunisert.

Prinsipielt kan demokratiet forstås som å ha to særegne kjennetegn:

1. Det fastsetter maktforholdet mellom borgerne som jevnbyrdig i den forstand at alle er kvalifisert til å delta og oppfordres til å delta som myndige borgere og alle har én stemme, og at de slik teller likt.

2. Det fastsetter maktforholdet mellom styrene og styrte. Folkestyret er den styrende der de som styrer blir styrt av de styrte ved det prinsipp at de som styrer offentlig kan kritiseres og må stå til ansvar overfor de styrte. Gjennom hemmelige valg, som avholdes etter på forhånd bestemte perioder, velges de som skal styre av dem som blir styrt.

Det er medlemmene av nasjonalforsamlingen, som har fått tillit ved valg, som representerer velgerne. Som det lyder i Grunnlovens § 49: «Folket udøver den lovgivende Magt ved Stortinget.»

Domstolens prøvingsrett har en helt annen begrunnelse: Den er basert på fagstyre. Den representerer et krav om at de fremste juristene skal ha rett til å prøve lovers grunnlovmessighet, og kunne dømme dem som grunnlovsstridige. Domstolene, som slik kan sette til side lover gitt av Stortinget, står ikke til ansvar overfor velgerne. Domstolene skal være selvstendige og upartiske. De skal ikke velges – de utnevnes til embeter som de kan inneha til de går av for aldersgrensen.

Prinsipielt er det derfor tale om to ulike styringsformer. Et kjernepunkt er at de i svært ulik grad gir vilkår for folkets og juristenes makt. Vi begynner med historien og Grunnloven.

I maktfordelingssteorien, så vel som i grunnlovene fra årene før 1814, spilte den dømmende makt en underordnet rolle, og på Eidsvoll var det ingen debatt om den dømmende funksjonen. Maktfordelingsprinsippet krevde imidlertid at den var atskilt fra den lovgivende og utøvende makt. Domstolene måtte være selvstendige.

Det var forholdet mellom den

lovgivende og den utøvende makt som var det sentrale, og som det i tiårene etter ble økende strid om. Som et tidsvitne for synet på forholdet mellom statsmakten referer Jens Arup Seip til Johan Sverdrup, som uttalte i en stortingsdebatt i 1869 om en sak som gjaldt Stortingets herredømme over embetsmennenes ansettelsesvilkår: «Skal en høyesterettsdom stå over Stortingets og regjeringens ... beslutninger? Er der noen der tør si at de syv skal ...



IKKE PRØV! Høyesterett må ikke gis større makt gjennom grunn-

sveve over oss som et forsyn som vi må bøye oss for. Det ville være galmannstale å si sådant» (Seip, Historisk Tidsskrift 1964).

Riksrettens dom i 1884 hadde konsekvenser. Den ble embetsmannsstatens bane, og den banet veien for parlamentarismen og politisk demokrati. Som Seip peker på, hadde konservativ politisk teori i 1870 og -80-årene heist regjeringen opp som et slags overhus som skulle ha som oppgave å vareta «minoritetens» interesse overfor en mektig stortingsmajoritet.

I debatten med Johs. Andenæs om Høyesterett som politisk organ skrev Seip: «Den tanke oppstod etter riksretten at det veto som var tapt på regjeringens hånd kunne gjenfinnes på høyesteretts, som en rett til å prøve om en lov var lovlig.» Seip pekte på den konservative politiker, jussprofessor Torkel H. Aschehoug: «Det var Aschehoug som i tredje bind av sin statsrett etablerte prøvingsretten som fast del av norsk statsrett.» I sin konklusjon på dette punkt pekte Seip også på Aschehougs kollega Bredo Morgenstierne: «Hjulpet til verden av Aschehoug og

e samtidig å gi fra seg makt til et ikke-demokratisk organ.

er domsmakt?



å grunnlovsfeste domstolenes makt – en markering av Høyesteretts makt og en beskjeiring av demokratiets, er vanskelig å forstå.

Lønning-utvalget hevder også at grunnlovsfesting av domstolenes prøvingsrett bare vil synliggjøre i Grunnloven den kompetanse domstolene allerede har. Er det rett? Vil ikke en slik grunnlovsfesting kunne innlede en ny fase i forholdet mellom den lovgivende og den dømmende makt? Vi skjønner alle at det er forskjell mellom – på den ene side – å kunne påberope seg en prøvingsrett som på grunnlovsmessig vis er fremsatt og vedtatt av Stortinget som del av Grunnloven og – på den annen side – å kunne påberope seg en rett som aldri har stått i Grunnloven, men som «... er oppfunnet og utformet av Høyesterett selv, som konstitusjonell sedvane.»

Skulle Stortinget komme til å vedta grunnlovsfesting av prøvingsretten, er det for Høyesterett opprettet en ny plattform innen landets styringsorden, en plattform som vil gi utvidete muligheter for Høyesterett til både å forsvare sin makt og potensial for å utvide den.

Forslaget om å grunnlovsfeste prøvingsretten er et forslag om at Stortinget skal vedta å gi fra seg makt og handlingsrom for å gi ny grunnlovsfestet rett og makt til et ikke-demokratiske organ. Et slikt forslag ville normalt stå svakt. Det er sammenkoblingen med forslaget om å grunnlovsfeste pakken av menneskerettigheter som ga «en gyllen anledning». Lønning-utvalget grep den. Bevegelsen for å fremme menneskerettighetene har gjennomført en storstilt mobilisering, og på den bevegelsens frakkeskjøter skulle juristene seile fram for å få grunnlovsfeste prøvingsretten. Dristig, men neppe djervt.

Den menneskelige skrøpeligheit er jevnt fordelt, både blant politikere og jurister og oss andre. Vi har også det til felles at vi alle har interesser i og eier Grunnloven. Den er vår viktigste redskap for å holde fast på demokratiet som styringsform. Prinsipper gir styringskurs, men norsk tradisjon er også å finne fram til løsninger som kommer de fleste interesser i møte, og som gir levedyktige kompromisser.

Forkaster Stortinget forslaget om å grunnlovsfeste prøvingsretten, markerer Stortinget at den lovgivende makt er det øverste statsorgan. Det ville være et klart datum for oss alle, og vi må kunne anta også for Høyesteretts fremtidige praktisering av prøvingsretten.

Alf-Inge Jansen og
Atle Nyhagen

lovsfesting av prøvingsretten, skriver forfatterne. Her avgir Høyesterett dom i en krigsforbrytersak.

FOTO: ALEKSANDER ANDERSEN, SCANPIX

konfirmert av Morgenstjerne, slo prøvingsretten sterkt igjennom i rettsvitenskapen, til tross for at den manglet hjemmel i grunnloven selv ...»

Disse norske jussprofessorene var på linje med både tidligere og senere utenlandske kolleger. I Sverige reiste statsrettsprofessoren Carl-Axel Reuterskiöld denne fanen særlig offensivt i en artikkel i «Statsvetenskaplig tidsskrift» i 1918. Det gjaldt «... i denne yttersta timma søka dämna upp den demokratiska flodvågen ... Den enda makt som här kan komma i fråga, är just domstolarna» (B. Holmström, 1998: 13)

Professor Fredrik Sejersted peker også på de fremste juristene:

«... 'prøvelsesretten' har ikke stått i Grunnloven, men er oppfunnet og utformet av Høyesterett selv, som konstitusjonell sedvane-rett.» (Klassekampen 1. april) Han peker på at den gikk ut av bruk i mellomkrigstiden, og «... ble først gjenopplivet i Kløftasaken i 1976. Senere er læren videreutviklet i rettspraksis. De siste årene har et flertall i Høyesterett intensivert prøvingen ganske kraftig, og senket terskelen for overprøving av Stortingets lover.»

Det er rimelig å oppfatte

forslaget til ny § 114 om grunnlovsfesting av prøvingsretten som ledd i denne utviklingen. Lønning-utvalgets utredning var her avgjørende. Av denne utredningen fremgår det at utvalgets kontakt og samarbeid med faglige miljøer i all hovedsak har vært innrettet mot juridiske miljøer. Utvalget har ved sitt perspektiv, sin omtale, sin begrunnelse, og særlig ved å underkommunisere hvilke demokratiske verdier som her står på spill, levert en lite opplysende innstilling når det gjelder forslaget om å grunnlovsfeste domstolenes prøvingsrett.

Under overskriften «Demokrati og domstolskontroll» argumenterer utvalget for at domstolenes prøvingsrett hører med og har en balanserende funksjon innen demokratiet. Utvalget degraderer her dem som roper *Ul v* på vegne av demokratiet til «kritiske røster».

Det avgjørende er imidlertid utvalgets unnlattessynd: Det tar ikke på alvor opp det som er bakgrunnen for de «kritiske røster». Utvalget forblir innenfor det som fremstår som juristenes diskurs om hva disse spørsmålene dreier seg om, og unnlater dermed å redegjøre for, og selv tydelig forholde seg til, hvorfor det fra et demokratisk ståsted er

en grunnleggende forskjell mellom Stortinget og domstolene – mellom demokrati og domstolsmakt.

Denne svakheten understrekes når utvalget begrunner sitt forslag om at domstolenes prøvingsrett inntas i Grunnloven. Utvalget skriver: «De senere årene har Stortinget grunnlovsfestet tidligere konstitusjonell sedvanerett som parlamentarisme og regjeringens opplysningsplikt. I likhet med domstolenes prøvingsrett er dette ordninger som regulerer sentrale forhold mellom statsmaktene. ... I likhet med parlamentarismen og regjeringens opplysningsplikt bør tiden nå være moden for å skrive prøvingsretten inn i Grunnloven. Utvalget vil derfor finne det naturlig at også domstolenes prøvingsrett med lovers grunnlovsmessighet grunnlovsfestes.»

Lønning-utvalgets sidestilling av parlamentarismen og regjeringens opplysningsplikt med domstolenes prøvingsrett er påfallende. Med hensyn til innholdet, er parallelliteten fraværende. De to første gjelder forholdet mellom den lovgivende og den utøvende makt, og grunnlovsfesting av disse markerer Stortingets makt. At det derfor skulle være «naturlig»