

Grunnloven som lov og som symbol

Føroyskt úrtak

Sterk ímyndarmegi (symbolkraft) kann vera við til at gera eina stjórnarlóg sterka. Amerikanska samveldisstjórnarlógin og norska stjórnarlógin frá 1814 eru dømi um stjórnarlógir við sterkari ímyndarmegi. Umframt høga aldurin (sum bæði eru avleiðing av og orsök til ímyndarmegina) er ein orsøkin til hetta, at stjórnarlógin eisini er grundarlag undir einum ríki.

Í ríkjum, hvørs søguliga sjálvsfatan er merkt av framhaldi (kontinuiteti) er ímyndarmegin hjá stjórnarlógini vanliga veikari. Eitt nú fata hvørki Frankaríki ella Svøríki seg sum ríki orsakað av ávikavist "Regeringsformen" frá 1809 (ella 1974) ella stjórnarlógini frá 1958. Har eru aðrar tjóðarímyndir av størri týðningi enn stjórnarlógin. Alment ber til at siga, at søgulig brot gera tað lættari at gera eina á henda hátt væleydnaða stjórnarlóg

Sterk ímyndarmegi kann vera við til at gera stjórnarlógina eitt effektivt politiskt amboð, men tað er tó ikki altíð nóg mikið. Ein stjórnarlóg, ið einans verður mett sum politiskt amboð, missir stigvíst sín effektivitet. Hetta er m.a. tí, at tá fara politisku stovnarnir (serliga tingið) sjálvir at seta mørkini fyri sítt frælsi. Hetta hevur serliga verið europeisk siðvenja fram til okkara tíð.

Orsök er at halda, at effektiviteturin hjá eini stjórnarlóg økist, um træta um innihaldið í lógini kann verða lagt fyri óheftar dómstólar. Einans um dómstólarnir í ítøkiligum málum kunnu gera av, hvat stjórnarlógin merkir, kunnu vit meta stjórnarlógina sum "lóg" eins og aðrar lógir.

Stigið at meta stjórnarlógina sum positiva lóg varð tikið í USA longu í 1803 og í Noregi tíðliga í 19. øld. Ikki fyrr enn eftir 1945 hava flestu europeisku stjórnarlógir fingið somu støðu. Fleiri av dómstólunum, ið verja nýggju stjórnarlógirnar, eru nú eisini meira ídnir í stjórnarrættarlígum spurningum enn norðanlond.

Til ber at leggja eftirlitið við stjórnarlógini til vanligu dómstólarnæsum í Danmark, Noregi ella USA. Slík skipan hevur tann fyrimunin, at hon er einföld, men kann hinvegin hava við særat dómararnir fáa lítlar royndir við stjórnarlógarspurningum. Í slíkari skipan kann eisini ivi vera um rættin (legitimitetin) hjá dómarunum at taka avgerð í málum við greitt politiskum innihaldi.

Annar møguleiki er at seta á stovn serligar dómstólar til stjórnarrættarligar spurningar (stjórnarskipanardómstólar), ið hava annan arbeidshátt og ofta eisini meira politiskan samansetning. Fyrimunurin er, at ein fær fakliga betri egnaðar og eisini meira legitimar dómarar at taka sær av umstríddu stjórnarrættarligu spurningunum. Hinvegin kann slík eyka dómstólaskipan vera minni egnað í smærri samfeløgum, har trupulleikar frammanundan kunnu vera bæði við ø fáum fakliga kvalifiseraðum persónum og at fáa nóg tryggja persónliga og sosiala frástøðu millum dómarar og politikkarar.

Eisini millumstøður kunnu hugsast. Ein møguleiki er sum í Estlandi at nakrir limir í vanligu hægstarætti fáa stjórnarrættin sum serliga ábyrgd. Tá kunnu nakrir av fyrimununum við einum serligum stjórnarskipanardómstóli sameinast við tað einfaldni, sum eftirlit við vanligu dómstólarnar hevur við sær

Hugsa vit okkum at enda, at Føroyar (framhaldandi) verða partur av danska ríkinum, men skipaðar sambært einum slagi av samveldisskipan, verður ein spurningur, hvør skal hava seinasta orðið at siga í málum millum "partríkini" bæði. Í slíkum føri er ringt at hugsa sær, at "danskir" ella "føroyskir" dómstólar skulu avgera slíkar spurningar. Kanska ein eigur at hugsa móti eini skipan við einum serligum stjórnarskipanardómstóli ella einari blandaðari skipan (t.d.eitt "kamar" við dómarum útnevndir frá hvørjum "partríki"). Men hesar spurningar verður ikki gjørt meira við her

1) Grunnloven som symbol

Sterk symbolkraft kan bidra til å gjøre grunnloven sterk. Grunnlovene i USA (1787) og Norge (1814) gir eksempler på nasjonale grunnlover med sterk symbolkraft. Begge land dyrker det historiske bruddet som faller (omtrent) sammen med grunnlovens egen tilkomst. Deres høye alder er dels et produkt av symbolkraften, dels har den bidratt til den.

Både alder og symbolkraft har sammenheng med at grunnloven samtidig er statens grunnlag – i Norge er "uavhengighetserklæring" og grunnlov til og med kombinert (se § 1). Også senere begivenheter har bidratt – i Norge bl.a. stridene mellom Kongen og Stortinget under personalunionen med Sverige, unionsoppløsningen i 1905 og den tyske okkupasjonen, i USA ikke minst borgerkrigen.

I stater der kontinuiteten står sentralt i den historiske selvoppfatning, vil den nasjonale grunnlovens symbolkraft som regel være svakere. Hverken Frankrike eller Sverige ser på seg selv som stater som eksisterer på grunn av Regeringsformen av 1809 (eller 1974) eller Konstitusjonen av 1958. Det er 1789-revolusjonen, ikke den (nokså mislykte) 1791-konstitusjonen som dyrkes som nasjonalt symbol. Og i Sverige er midsommaraften langt viktigere som nasjonalt symbol.

Mellom disse ytterpunkter finnes det mange muligheter. Forbundsrepublikken Tyskland og postkommunistiske stater gir interessante eksempler. Allment kan vi nok si at historiske brudd gjør det lettere å etablere en konstitusjon som er "vellykket" i den forstand at den oppnår en posisjon som viktig nasjonalt symbol. Men varigheten er en viktig indikasjon for den som i ettertid vil si noe sikkert om hvor vellykket den ble.

"Grunnlov" eller "konstitusjon"

Nesten alle land i Europa har skrevet sentrale bestemmelser om statens styre inn i et samlet dokument. Dokumentets særlige status trer frem gjennom betegnelser som "grunnlov" eller "konstitusjon". Språklig antyder slike ord at staten (som her må skilles fra nasjonen) selv er "grunnlagt" eller "konstituert" gjennom dette dokumentet. Dette stemmer ikke alltid med landets historie eller med den måte dokumentet er fastsatt på (folkeavstemning, grunnlovgivende forsamling e.l.). Men i alle tilfelle må statens organer utlede sin eksistens og myndighet av vedkommende "konstitusjon".

I enkelte land – slik som Sverige – må landets *författning* leses ut av mer enn ett autoritativt fastsatt dokument med samme rang i hierarkiet av rettsregler. Men om "den høyeste lov" i et land fremtrer av ett eller flere dokumenter er uten betydning for det videre resonnement – der jeg for enkelthets skyld taler om grunnloven eller konstitusjonen som én.

Det forekommer også at de sentrale reglene er fordelt på en slik måte at noen finnes i den egentlige grunnloven, andre i dokumenter som er underordnet grunnloven selv, men som rangerer høyere enn ordinære lover. Eksempler gir den svenske Riksdagsordningen, "organiske lover" etter art. 46 i Frankrikes konstitusjon og (på visse vilkår) traktater etter art. 55 samme sted; her kan vi snakke om lover av semi-konstitusjonell karakter. Et slikt mellomnivå kan være praktisk som ledd i det samlede regelverk om statens styre. Men det faller utenfor vårt emne å gå nærmere inn på slike mellomløsninger.

Praktisk beslektet med – men i prinsippet skarpt adskilt fra – slike regler av semi-konstitusjonell karakter er regler som er "konstitusjonelle" etter et materielt kriterium: Alle rettsregler om visse spørsmål, f.eks. de øverste statsorganer, skal regnes med. Den praktiske nytte av en slik, *materiell definisjon*

ligger naturligvis i dens påpekning av at statsstyret ikke kan forstås alene i lys av reglene i den formelle konstitusjonen; lovgivningen om valg gir ett av svært mange eksempler. Men bare regler som er en del av *den formelle konstitusjonen* gir jo det vern mot raske, hyppige eller svært omstridte beslutninger som følger av slike krav om kvalifisert flertall, treghet o.l. som gjerne stilles for grunnlovsendringer.

Grunnlov og nasjonalstat

Historisk sett er ord som ”grunnlov” eller ”konstitusjon” først og fremst knyttet til nasjonalstatene (og til delstatene innenfor rammen av føderalt organiserte stater som Tyskland og USA).

I alle land har den konstitusjonelle utviklingen nasjonale røtter. Sverige og Norge kan tjene som eksempler: En viktig del av svensk selvforståelse ligger nok i synet på dagens stat som produkt av et historisk kontinuum; en serie skiftende ”grunnlover” (regeringsformer o.a.) oppfattes ikke som et tilsvarende antall brudd i landets historie, men snarere som uttrykk for skrittvis endringer innenfor en og samme stat.¹

I motsetning til dette ligger en viktig del av norsk selvforståelse i dyrkelsen av bruddet i 1814. Også Norge har vel hatt sin storhetstid (”Norges-veldet” – der også Færøyene har sin plass), men *dagens* stat oppsto med grunnloven av 1814. Diskusjonen om statens kontinuitet gjennom dansketiden er primært av historisk interesse. Grunnlovens rolle som nasjonalt symbol ble aksentuert gjennom stadige stridigheter mellom de ”norske” myndighetene og kongen, som samtidig var konge av Sverige – og som i ettertid først og fremst er blitt oppfattet nettopp som dét.

Det er liten grunn til å undre seg over at vårt syn på grunnloven preges av vårt bilde av den nasjonale historien. Tilsvarende lett blir det å forklare hvorfor Norges grunnlov har hatt langt større betydning som symbol enn de skiftende regeringsformer i Sverige. I et slikt perspektiv er Finlands konstitusjon – som siden 2000 også bærer navnet ”grundlag”² – kanskje den av de nordiske som ligger

¹ Fransk historiesyn rommer trekk av et tilsvarende syn på kriser (og revolusjoner) som skritt på veien til dagens sekskantede territorium (”hexagone”) under en nasjonal (og nokså sterkt sentralisert) ledelse.

² Navneskiftet henger bl.a. sammen med at Finland gjennom denne reformen gikk bort fra det tidligere system (som tilsvarte det svenske) med flere separate ”grundlagar” på samme rettslige nivå. Et navneskifte virker ganske naturlig siden betegnelsen ”Regeringsformen” ble brukt bare om én av de fire eldre tekstene; til dette kommer at Finland (før 1995) heller ikke hadde noen egen menneskerettighetskatalog av konstitusjonell karakter, slik vi finner i den nye. Men noen mer dyptgående begrunnelse for navneskiftet har jeg derimot ikke kunnet se. I denne sammenheng er det også verdt å merke seg at endringen kom først under sakens behandling i Riksdagen.

den norske nærmest. Danmark og Island er vanskeligere å plassere inn i et slikt skjema.

I nyere debatt har *betegnelsen* konstitusjon i en viss utstrekning blitt tatt i bruk også utenfor nasjonalstatens rammer. For tiden pågår det et ”konvent” om en ”konstitusjon” for Den europeiske union (EU). Det er ennå for tidlig hvilken betegnelse på det reviderte traktatverket som den politiske behandlingen av det kommende utkastet vil føre frem til (”konstitusjon”, ”konstitusjonell traktat” eller noe annet). Men uten hensyn til valg av navn, synes det klart at arbeidet vil munne ut i en eller flere – formodentlig forenklede – traktater. Enkelte av de trekk som tradisjonelt karakteriserer en ”konstitusjon” (ikke minst regler om endringer i konstitusjonen selv uten krav om enstemmighet), vil sikkert mangle.

På denne måten illustrerer diskusjonen om en ”konstitusjon” for Europa at samme ord – her som ellers – kan skjule svært ulike fenomener. Dermed bidrar den også til å illustrere at det ikke er noe i veien for å bruke ord som ”grunnlov” eller ”konstitusjon” som navn på andre slags tekster om hvordan politiske enheter som ikke (eller ennå ikke) kan hevdes å være en nasjonalstat, skal styres: EU og de rettslig bindende tekster som samarbeidet hviler på, inneholder forlengst mange bestemmelser om hvordan beslutninger kan tas, konflikter løses osv. I *denne* forstand kan vi altså si at EU allerede har en ”konstitusjon”.

På samme måte har Færøyene lenge hatt en rekke regler om hvordan territoriet og den befolkning som lever der, skal styres. De viktigste finner vi i den lagtingslov som ble vedtatt i 1994. Det er ikke lett å se noe rettslig hinder for å gi et nytt og mer fullstendig sett av regler om slike spørsmål til erstatning for den nåværende ”Lagtingslov om styrisskipan Føroya”, en betegnelse som f.eks. ”Lagtingslov om Grunnlov for Færøyene” (eller simpelthen ”Grunnlov for Færøyene” – formen (lagtingslov) vil jo være den samme uansett).³

Hvis innholdet får bred støtte, den blir forankret i befolkningen (f.eks. gjennom en folkeavstemning) og den styringsordning som den konstituerer, blir akseptert som god, vil en slik ”grunnlov” kunne bidra vesentlig til nasjonal enhet også om andre nasjonale stridsspørsmål.⁴ Det ingen grunn til å undervurdere det potensiale for symbolkraft og samling som ligger i en vellykket nasjonal ”konstitusjon”.

³ Både innenfor den danske grunnlovens rammer og utenfor den må det vel antas at de lokale myndigheter – og den lokale befolkning – er herre over navnet på sine beslutninger. Men den mulighet ligger selvsagt nær å knytte an til de termer som foreskrives av dansk rett (”lagtingslov om ...”).

⁴ Ett slik spørsmål er naturligvis hvordan forholdet mellom Færøyene og Danmark bør organiseres i fremtiden. En senere nyordning av dette forholdet vil lett kunne få uttrykk gjennom de nødvendige endringer i ”grunnlovens” tekst, se straks nedenfor om den norske grunnlovens rolle i forbindelse med innføring (høsten 1814) og oppløsning (1905) av personalunionen med Sverige.

Personalunionen mellom Sverige og Norge i årene 1814-1905 var meget begrenset. Men den norske grunnlovens rolle som nasjonalt samlingsmerke under stridighetene med Sverige i denne perioden gir likevel en ikke helt irrelevant parallell til Færøyenes situasjon i dag. Det er også verdt å nevne at den grunnlov som ble vedtatt i frigjøringsrusen 17. mai 1814, i alle hovedtrekk ble stående uendret etter de påtvungne endringene om høsten samme år. Bare bestemmelser som sto i veien for at samme person kunne være konge i begge land, ble endret. Da personalunionen var oppløst i 1905, ble grunnloven stort sett bare endret på den måte at de sistnevnte endringene ble reversert. En "grunnlov" kan altså bevares stort sett uendret selv om forholdet til andre land skifter over tid!

Uten hensyn til om ordet brukes innenfor rammen av en nasjonalstat eller tar sikte på andre politiske enheter, kan "grunnlov" eller "konstitusjon" bety svært ulike ting. Hverken et politisk eller et rettslig perspektiv strekker til for å forstå den skrevne konstitusjonens betydning i våre samfunn. Et langt mer realistisk og interessant bilde trer frem dersom vi tar inn over oss at grunnloven må forstås *både* som politisk *og* som rettslig fenomen.

Grunnloven som politisk redskap og som rettslig norm

Som vi har sett, må den enkelte "grunnlov" forstås i sin nasjonale – og dermed ikke minst historiske – kontekst. Men samtidig må den forstås som utslag av en bredere konstitusjonell tradisjon i Europa.

I denne tradisjonen er det ingen selvfølge at grunnloven har betydning som positiv rett.⁵ Hvis vi med dette uttrykket sikter til at tvister om hva som er grunnlovens innhold i siste instans kan bringes frem for og avgjøres av en domstol, er det historiske utgangspunkt snarere det motsatte: Grunnloven er et politisk redskap, ingen samling av rettslige normer. Ingen domstol har rett til å prøve om vanlige lover står i strid med grunnloven. De politiske myndigheter avgjør selv hvilke krav konstitusjonen stiller og hvilke grenser den setter for hva som kan bestemmes ved vanlig lov: Når loven er gitt, er det altså definitivt avgjort hvilke rettsregler som skal gjelde i landet (se nærmere nedenfor).

Spørsmålet om grunnlovens status som positiv rett og – dermed – om dens forrang over vanlige lover, har krav på stor prinsipiell interesse. Men den som er interessert i grunnlovens *praktiske* betydning i våre samfunn, kan altså ikke stirre seg blind på det tilhørende spørsmål om domstolenes rolle i saker av konstitusjonell karakter.

⁵ Se nærmere i f.eks. min artikkel "Loven som det høyeste uttrykk for almenviljen – eller konstitusjonelt demokrati?", i: *Smith: Stat og rett* (Oslo, 2002: Universitetsforlaget) s. 75 flg. samt i del 2 nedenfor.

En sentral rolle for domstoler i arbeidet med å påse at lovgivningen holder seg innenfor de grenser som grunnloven må antas å trekke opp, er altså *ikke* en del av den europeiske konstitusjonelle tradisjon. Av dette faktum alene følger at domstolskontroll med lovgivning heller ikke er noen nødvendig følge av tanken om en konstitusjon.⁶ Blant annet i denne forstand kan vi altså si at grunnloven *primært* er et politisk fenomen.

Det juridiske perspektiv på grunnloven og dens rolle er altså bare et enkelt blant mange ledd i et større bilde. Dette skyldes allerede at enhver tekst som teller som grunnlov, er fastsatt gjennom politiske prosesser og vedtak; vi taler ofte om *den konstituerende makt*. Dessuten kan den symbolske ladning som grunnloven nyter godt av, ikke sees adskilt fra statens egen eksistens og virksomhet; også i denne forstand er grunnloven politisk.

Hvis grunnloven er fastsatt av en konstituerende makt, må de statsmakter som er satt til å styre vår hverdag, være *konstituerte makter*: I et konstitusjonelt perspektiv bygger parlament, eksekutiv- og domsmakt på grunnloven. Sentrale trekk av statsorganenes sammensetning og organisering er regulert der, og det er i grunnloven de må hente oppskriften på hvordan de skal gå frem for å fastsette ny lovgivning m.v. Vi ser altså at grunnloven setter de grunnleggende *spillereglene* for det politiske styringssystemet i et land. Hvilken funksjon er mer politisk?

Det som nettopp er sagt, bringer oss frem til spørsmålet om grunnlovens funksjon som *grense* for hva politiske myndigheter kan bestemme på *annen* måte enn gjennom endring i grunnloven selv. I denne forstand kan grunnloven ses på som et *bånd* på politikken. Det er ingen tilfeldighet at uttrykk som ”konstitusjonell binding” spiller en viktig rolle i den del av debatten som er oppmerksom på disse spørsmål.

Spørsmålet om *hvilke* bånd grunnloven bør legge på handlefriheten til lovgivningsdyktige politiske flertall, er av utpreget politisk natur. Det samme gjelder spørsmålet om hvordan vi bør avveie hensynet til politisk handlefrihet og til de interesser som grunnloven skal beskytte i situasjoner der de kan komme i konflikt med hverandre.

En annen side av spørsmålet om konstitusjonell binding som ofte synes å bli oversett i den nordiske debatten om slike spørsmål, er bindingens *positive* side: ”Grunnloven” er som regel vanskeligere å endre enn vanlig lov. Hvis det ikke

oppnås tilstrekkelig flertall for grunnlovsendring eller andre krav til prosedyren ikke blir fulgt, blir konstitusjonen altså stående slik den er. Det er dette som gjør den egnet som redskap til å binde de konstituerte makter (parlament, regjering, domstoler ...). Av dette følger at visse formål bare lar seg realisere dersom grunnloven selv blir endret (eller forslag om å endre den nåværende grunnlov *ikke* fører frem).

Dette er grunnlovens bindende – konserverende – kraft. Men nettopp i denne ligger frøet til bindingens positive effekt: Det faktum at en grunnlov er vanskeligere å endre enn vanlig lov, innebærer at den kan benyttes til å realisere formål som ikke kan settes ut i livet på annen måte (eller ikke kan realiseres like godt). Dermed blir grunnloven et særlig potent *redskap for politisk handling*.

Det er selvsagt enkelte forbehold å ta. For det første: Noen grunnlover er svært vanskelig å endre – dette gjelder (av ulike årsaker) f.eks. den danske og den i USA. I så fall kan den ikke meningsfylt tjene som redskap for den makt som i prinsippet kan endre den opprinnelige grunnlov. Hvis den derimot er svært enkel å endre – slik som (under gitte forutsetninger) den svenske – står den i fare for å miste sin normerende kraft. Målet må altså være å finne frem til en passende blanding av rigiditet og fleksibilitet i grunnlovsprosedyren.

Løsningen etter § 57 i “Lagtingslov om Færøernes styrelsesordning” av 1994 er interessant i denne sammenheng: Kravet om uendret vedtak før og etter et valg bidrar til en viss ”selvbinding” i den tradisjon som de fleste nasjonale konstitusjoner befinner seg i: På denne måten skal styrelsesloven binde i sterkere grad enn andre lagtingslover. På den annen side ligger fraværet av et krav om kvalifisert flertall (se § 18, stk. 2) at ordningen ligger nært opp til den svenske, som vanskelig kan sies å ha gitt ”Regeringsformen” noen sterk posisjon som nasjonal ”grunnlov”.

Til dette kommer at Lagtinget ikke uten videre vil kunne binde seg sterkere innenfor den nå gjeldende statsorden: En lagtingslov som fastsettes med simpelt flertall vil jo kunne endres eller oppheves ved senere beslutning i samme form – selv om den selv fastsetter at den bare kan endres etter strengere regler (ventetid, kvalifisert flertall eller annet). Trygg rettslig grunn for forsterket konstitusjonell binding oppstår først innenfor rammene av en endret statsorden – som viser seg faktisk å bli respektert over tid på en slik måte at den formelle legitimitet av senere politiske beslutninger må utledes av den nye ”grunnlov”.

⁶ Se nærmere min artikkel “Er domstolskontroll med lover «logisk nødvendig»? I: *Doublet, Krüger og Strandbakken* (red.): *Stat, politikk og folkestyre*. Festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen 19. februar 1998 (Bergen, 1998: Alma Mater) s. 155-163.

For det andre: Hvis det utvikler seg en tradisjon for å tolke grunnloven slik at innholdet passer til tidens politiske "behov" – slik det er sterke tendenser til (iallfall) i Norge⁷ – vil dens potensiale som redskap for politisk handling bli tilsvarende svekket. Eller sagt på en annen måte: Grunnloven rolle som redskap for den *konstituerende* makt blir svekket. I stedet kan den bli et virkemiddel i hendene på de personer og organer som i praksis bestemmer hva som er grunnlovens innhold til enhver tid (flertallet i parlamentet, embetsmenn i departementene, dommerne eller andre).

Gjennomslagskraften av et lands grunnlov kan ikke bedømmes i lys av én faktor alene. I praksis er bildet vesentlig mer komplisert (og interessant).

Momenter til å forstå grunnlovens (mangel på) gjennomslagskraft

Spørsmålet om grunnlovens status som rettslig norm og om eksistens og omfang av domstolskontroll med lovgivning (se nedenfor) er klart nok av interesse for den som vil danne seg et bilde av gjennomslagskraften av en eksisterende eller påtenkt grunnlov. Men hverken domstolenes rolle eller noen annen faktor vil *alene* kunne forklare grunnlovens praktiske betydning i et samfunn.

En lang rekke momenter må trekkes inn for å forstå grunnlovens rolle som redskap for politisk handling: I hvilken grad blir den tatt på alvor som ramme for den løpende utøvelse av politisk makt? Hvilken vekt blir lagt på argumenter om grunnlovens nærmere innhold i spørsmål som ikke vil bli avgjort av en domstol?, osv. Vekten av det enkelte moment vil kunne variere med hvilke andre momenter som gjør seg gjeldende, og med deres innbyrdes vekt. Sammenfatningsvis kan vi tale om den *konstitusjonelle kultur* som råder i vedkommende samfunn.⁸

Tolkningstradisjonen utgjør et viktig moment til å forstå grunnlovens betydning i et land. Men tradisjonen har vokst frem som funksjon av en lang rekke andre forhold (noen skal vi kommentere i det følgende). Som et ledd i det større bildet kan også filosofiske impulser være av betydning; hva har f.eks. "skandinavisk rettsrealisme" slik den er formet av blant annet Alf Ross, betydd (særlig i de vestnordiske land) for vårt syn på grunnlovens rolle?⁹ Og hva betyr slike mer eller

⁷ For et utpreget eksempel av ny dato, se min artikkel "Grunnlovstolkning – opportunistisk eller lojal?", i: E. Smith (red.): *Grundlagens makt. Konstitusjonen som politisk redskap och som rättslig norm* (Stockholm: 2002: SNS Förlag) s. 119 flg.

⁸ Se nærmere min artikkel "Constitutional Cultures: The Constitution between Politics and Law", i: E. Smith (ed.): *The Constitution as an Instrument of Change* (Stockholm, 2003: SNS Förlag) s. 21 flg.

⁹ En del av denne tematikken er behandlet i *Strømholm*: *Uppsalaskolan och konstitusjonens normativitet*, i: E. Smith (red.): *Grundlagens makt. Konstitusjonen som politisk redskap och som rättslig norm*, op.cit. s. 25 flg.

mindre uutsagte ”politiske” programmer som nå og da besjeler ”rettsteoretiske” doktriner, i denne sammenheng?¹⁰

Et neste spørsmål gjelder grunnlovens *alder*: En gammel grunnlov har hatt tid til å bygge opp en sterk stilling som referansepunkt i politisk og juridisk debatt. Høy alder kan også bidra til å gi grunnloven en sterkere symbolske ladning. På begge punkter gir USA's grunnlov et talende eksempel. Men høy alder kan også bidra til å bryte ned tekstens autoritet. I denne retning gir både den norske grunnloven (1814) og den forrige svenske regeringsformen (1809) gode eksempler.¹¹

Et neste element som kan nevnes, er grunnlovens status som (positivt) *symbol*. Her møter vi ikke minst det ovenfor nevnte poenget om nasjonens selvforståelse: Grunnlovene i USA og Norge er blant de beste eksempler på tekster som er konstitusjoner i ordets sentrale betydning: De forstås best som både grunnlov og som skapelsesakt for vedkommende stat. Deres høye alder trekker i samme retning.

Sterk symbolsk ladning gir imidlertid ingen sikkerhet for en tilsvarende sterk rolle som politisk og rettslig instrument. I begge land har grunnloven i større grad blitt et redskap for de som *tolker* den enn for de som kan endre grunnlovens tekst. Det norske eksempel illustrerer dessuten at en grunnlov kan ha sterk symbolkraft og likevel miste mye av sin kraft som referansepunkt for den politiske og rettslige debatt: På sin sokkel kan bronsekongen hverken slå eller sparke!

Et fjerde moment med presumptivt stor betydning er fremgangsmåten ved grunnlovsendring: Hvor lett eller vanskelig er det å endre grunnlovens tekst? Utgangspunktet er naturligvis at en tekst som er vanskelig å endre, vil binde sterkere – og dermed være mer egnet som politisk redskap – enn en tekst som er lettere å endre. Både reglene om hvordan endringer kommer i stand og ulike tradisjoner for hvordan reglene brukes, vil kunne ha betydning. I begge relasjoner representerer Danmark og Sverige de klare ytterpunkter i Norden.¹²

Tanken om nær sammenheng mellom endringsregler og bindende kraft gjelder imidlertid bare som et utgangspunkt. (Antatt) formell rigiditet vil også kunne

¹⁰ For en interessant studie av Ross i et ideologisk perspektiv, se *Blandhol*: Juridisk ideologi. Alf Ross' kritikk av naturretten (København, 1999: Jurist- og økonomforbundets forlag).

¹¹ For Sveriges del, se bl.a. *Sterzel*: Ett kvartsekel efter “det författningslösa halvseket”: Har Sverige nu en författning?, i: E. Smith (red.): *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm*, op.cit. s. 25 flg.

¹² Den danske grunnloven har ikke vært endret siden 1953, mens Sverige ligger i toppskiftet blant de land som hyppig endrer sin skrevne konstitusjon, jfr. *Rasch*: *Rigidity in Constitutional Amendment Procedures*, i: E. Smith (ed.): *The Constitution as an Instrument of Change* (Stockholm, 2003: SNS Förlag) s. 111 flg.

bidra til høyere toleranse for ”kreativ tolkning”. I stedet for å nøye seg med *status quo* eller avvente de nødvendige endringer i grunnlovens tekst, vil det kunne bli akseptert at grunnloven må tolkes ”på bakgrunn av den utvikling vårt samfunn har gjennomgått» siden den ble fastsatt.¹³ Hvis en slik utvikling griper om seg, vil grunnlovens rolle som redskap for den grunnlovgivende makt blir tilsvarende svekket.

Ikke bare regler og praksis, men også *subjektiv tro* på hvor vanskelig det er (eller bør være) å få til endringer i grunnlovens tekst kan bidra til å forklare tendenser til ”kreativ” grunnlovstolkning: I sentrale lærebøker (og i politikken) er det mange uttrykk for at den norske grunnloven er svært vanskelig å endre og at det følgelig er «tradisjon ... å røre minst mulig ved den skrevne grunnlov».¹⁴ Slike oppfatninger lever videre på tross av at den norske grunnloven *ikke* er særlig vanskelig å endre og i praksis blir endret et par ganger i hver eneste valgperiode.¹⁵ Det kan se ut til at det gjengse syn på hvor vanskelig det er, i seg selv bidrar til å forklare den norske tendens til å ”tolke seg rundt” grunnlovens ordlyd i stedet for å prøve å få den endret.

Rigiditet *behøver* likevel ikke å føre til illojal tolkning av grunnloven.¹⁶ Omvendt kan det hevdes at den svenske grunnloven endres hyppig nettopp fordi den blir tatt på alvor: På denne måten oppnås en høy (men ikke absolutt) grad av samsvar mellom grunnlovens innhold (slik det fremtrer ved relativt usofistikert lesning av dens tekst), og statsapparatets bruk av den. Men det er altså den forholdsvis lave grad av rigiditet (simpelt flertall før og etter et valg er som regel nok) som gjør det mulig å endre den så hyppig som tilfellet er. Og når den – som nevnt – i praksis blir endret langt oftere enn grunnlovene i de fleste andre land, kan det nok hevdes at endringsreglene svekker dens bindende kraft og gjør den tilsvarende lite egnet som politisk redskap.

Andre viktige momenter til å forklare grunnlovens (mangel på) gjennomslagskraft ligger i grunnlovstekstens *lengde* og i *mengden av detaljer* som den tar opp. Mellom disse faktorene er det forøvrig ofte en sammenheng. Jo mer detaljert en tekst er, jo mer sannsynlig er det at den gir en nokså presis regulering av de

¹³ Sitatet er hentet fra votumet til flertallet i den norske høyesteretts i Norsk Retstidende 1997 s. 1821 (Kjuus). Saken gjaldt kjernen i vernet for politisk ytringsfrihet etter grunnloven § 100 tredje pkt.

¹⁴ Andenæs: *Statsforfatningen i Norge*, 8. utg. (Oslo, 1998: Tano Aschehoug) s. 13.

¹⁵ Se også min artikkel ”Kongen og masten”. I: *Nytt Norsk Tidsskrift* I-1999 s. 53-66 samt den ovenfor nevnte artikkelen av Rasch.

¹⁶ Min ovenfor nevnte artikkel ”Grunnlovstolkning – opportunistisk eller lojal?” gir et eksempel på at den danske grunnloven blir tolket mer lojalt enn den norske – til tross for at den er vesentlig vanskeligere å endre og derfor kunne gitt et motiv for større ”kreativitet”.

spørsmål som tas opp. Iallfall når de opptrer i en slik kombinasjon, må grunnloven antas å ha større gjennomslagskraft jo mer detaljert den er.

Mange eksempler viser at det nok også er slik: Hvis grunnloven f.eks. bestemmer at det skal holdes valg ”hvert fjerde år”, *betyr* det hvert *fjerde* år; enhver utsettelse av noen betydning vil fremtre som en form for statskupp snarere enn som et resultat av at de aktuelle grunnlovsbestemmelser blir ”omtolket”. Og så lenge grunnloven bestemmer at fire medlemmer av det norske Stortinget skal velges fra Finnmark (§ 58), er det ingen som går inn for å velge bare tre. Dette gjelder selv om en slik endring etter deres syn ville passe bedre ”på bakgrunn av den utvikling vårt samfunn har gjennomgått» eller stemme bedre med ”prinsippet” om at hver stemme i stortingsvalget bør veie likt. Det enkelte går inn for, er derimot å *endre* grunnlovens tekst i den retning de ønsker seg.

Det enkle – men viktige – poeng er at mange grunnlovsbestemmelser er slik formet at vi lett glemmer at de i prinsippet må tolkes – *interpretatio cessat in claris*, heter det visst på latin. Den utvilsomme makt som ligger i denne form for automatikk i grunnlovens anvendelse, må ikke glemmes midt oppe i politiske og/eller lærde diskusjonen om hva vage og skjønnsmessige ord og uttrykk skal bety. I *denne* forstand har iallfall deler av grunnlovene stor gjennomslagskraft i alle de nordiske land.

I samme forstand skulle de omfangsrike svenske grunnlovstekstene være vesentlige mer potente redskaper for politisk handling enn de kortere grunnlovene som vi finner i andre nordiske land. Men som vi har sett, blir Regeringsformens gjennomslagskraft svekket av det vanlige motstykket til mange detaljer: Det faktum at den er nokså enkel å endre – og at endring i praksis skjer nokså ofte.

I motsatt retning kan det tenkes at grunnlover som lar et større antall spørsmål stå åpne for regulering ved lov eller for utvikling i politisk praksis – slik som den danske, finske eller norske – er sterkere på de punkter de tross alt regulerer. Få politikere vil åpent hevde det standpunkt at grunnloven ikke skal tas alvorlig. Dermed blir det lett avgjørende hvordan vagt formulerte grunnlovsbestemmelser blir *tolket*. Men om grunnlovens tolkning er det i praksis gjerne regjeringen (embetsverket), parlamentet og – unntaksvis – domstolene som har det siste ord.

2) Grunnloven som positiv rett

Sterk symbolkraft kan bidra til å gjøre konstitusjonen til et effektivt redskap for politisk handling. Men symbolkraft er ingen tilstrekkelig betingelse for et slikt resultat: En grunnlov som utelukkende blir ansett som et politisk redskap, vil gradvis kunne miste sin effektivitet. Dette gjelder bl.a. fordi de politiske organer

(særlig parlamentet) selv bestemmer grensene for sin handlefrihet, slik som i den europeiske tradisjon frem til vår egen tid (med enkelte unntak).

Under ellers like forhold er det rimelig å tro at grunnlovens gjennomslagskraft vil bli forsterket hvis strid om hva den egentlig inneholder, kan bringes inn for uavhengige domstoler (men også kontrollmekanismer nærmere den politiske sfære, slik som i Finland, kan gi god hjelp).

Bare hvis domstolene i den enkelte sak kan bestemme hva grunnloven betyr, kan vi se på den som en "lov" på linje med andre lover (men med den særlige gjennomslagskraft som følger av endringsprosedyren, m.a.o. av den formelle status som "grunnlov"). Men prisen å betale kan være at forfatningsdommerne tiltar seg større frihet i grunnlovstolkningen enn ønskelig i et demokratisk perspektiv.

Det skritt å se på grunnloven som positiv rett ble tatt i USA allerede i 1803 (den føderale høyesteretts dom i saken *Marbury vs. Madison*) og i Norge tidlig på 1800-tallet (gjennom praksis av Høyesterett). Ikke før etter 1945 har de fleste grunnlover i Europa fått en tilsvarende status. Mange av de domstoler som har vokst frem for å behandle slike spørsmål, er langt mer aktive i konstitusjonelle saker enn domstolene i de nordiske land (derunder Norge). På dette punkt henger Norden etter den allmenne hovedtendensen i Europa.

Hvem er konstitusjonens voktere?

Utgangspunktet er altså at statens makt er begrenset av konstitusjonen.¹⁷ En annen måte å si det samme på, er at statsmakten må utøves i de former som konstitusjonen foreskriver – derunder slik at grunnlovsendring noen ganger vil være nødvendig for å nå det ønskede mål.

Neste spørsmål blir da hvordan de grenser som konstitusjonen setter, kan håndheves mot statens egne organer? Her konsentrerer vi oss om den del av spørsmålet som gjelder håndheving av konstitusjonelle grenser mot den *lovgivende* myndighet.

I størstedelen av vestens konstitusjonelle historie har man søkt svaret i institusjonelle ordninger for *maktdeling* – innenfor den lovgivende makt og mellom de lovgivende og utøvende organer. Hovedtrekkene er godt kjent – vi møter bl.a. nasjonalforsamlinger med to kamre og rett for kongen til å nedlegge veto mot parlamentets beslutninger.¹⁸ Det var i slike ordninger f.eks. den franske revolusjon

¹⁷ Konstitusjonen selv kan i prinsippet endres i de former den selv foreskriver. Det kan riktignok hevdes at såkalte "supra-konstitusjonelle" normer, det vil si normer som setter grenser for hva som kan bestemmes gjennom endringer i grunnlovens tekst, begrenser statens frihet selv på dette punkt. Men de spørsmål som henger sammen med dette, ser jeg her bort fra.

forsøkte å finne svaret på hvordan man kunne sikre seg mot flertallstyranni – en mulighet som de ledende menn var klar over og opptatt av.

Selv om akkurat det nevnte eksemplet viste seg lite vellykket, er det ikke grunnlag for å si at konstitusjonelle systemer som legger liten eller ingen vekt på domstolene for å påse at loven holder seg innenfor konstitusjonens grenser, i seg selv er dårlig egnet til å holde konstitusjonen i hevd. Politisk blir spørsmålet snarere om slike ordninger er *tilstrekkelige* til å sikre grunnloven den gjennomslagskraft vi ønsker at den skal ha.

I praksis kan andre mekanismer enn domstolskontroll være vel så viktige for å sikre at den lovgivende makt (stort sett) holder seg innenfor grunnlovens grenser. Dette gjelder ikke minst slik preventiv kontroll som blir utøvet under lovforberedelsen – i departementer og i andre, mer spesialiserte organer. Intet er i og for seg bedre enn at feiltrinn blir oppdaget mens det ennå er tid – det kan ikke være et mål i seg selv at lover ofte blir satt til side på grunn av grunnlovsstrid.

Betydningen av *forhåndskontroll* med lovgivning m.v. kommer bl.a. an på hvem som utøver den: Det beste nordiske eksempel på preventiv kontroll som skjer uavhengig av både eksekutivmakt og politikk gir nok det svenske Lagrådet.¹⁹ Men den sterke tradisjonen for forhåndskontroll gjennom den finske riksdagens komité (utskott) for konstitusjonelle spørsmål gir et interessant og viktig eksempel på at kontroll kan finne sted også innenfor (det politiske) lovgivningsapparatet egne rammer.²⁰ Det er verdt å merke seg at dette skjer til tross for parlamentets utvilsomt legitime status som politisk organ *par excellence*. Det er ikke noe galt i å drive ”politikk”. Men utfordringen blir da å utvikle en kultur for kontroll etter konstitusjonelle og andre kriterier som ikke er politiske i samme forstand.

I de vestnordiske land finner vi ikke tilsvarende former for (mer eller mindre) uavhengig forhåndskontroll. Det synes klart at dette kan være av stor betydning for grunnlovens gjennomslagskraft.

Til dette kommer at intet preventivt system vil være perfekt. I tilfelle av konflikt kan slike systemer heller ikke erstatte adgang til kontroll gjennom uavhengige domstoler. Utviklingen i de rettslige og politiske systemer i vår del av verden i

¹⁸ Jfr. bl.a. *Elster*: Limiting majority rule. Alternatives to judicial review in the revolutionary epoch, in *E. Smith* (ed.): *Constitutional Justice under Old Constitutions* (the Hague, 1995: Kluwer Law International) s. 3 flg.

¹⁹ Et fremtredende eksempel utenfor Norden er det franske Conseil d'Etat.

²⁰ Det er tegn som tyder på at det svenske søsterorganet (KU) utvikler seg i en tilsvarende retning, jfr. *Bull*: Riksdagen som grundlagstolkare, i *E. Smith* (red.): *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm*, op.cit. s. 164 flg.

årene etter 1945 gir derfor grunn til å løfte frem og belyse noen fordeler og ulemper ved domstolskontroll med lovgivning.

Det er grunn til å være oppmerksom på diskusjonen om disse spørsmål har en tendens til å gå utenom et annet og mer grunnleggende spørsmål: Domstolskontroll betyr at bestemmelser i ordinær lov blir prøvet mot høyere rangerte rettsnormer. Slik kontroll kan bare finne sted hvis iallfall noen rettslige normer faktisk inntar en plass som *lex superior* i forhold til den øvrige lovgivning. Slike normer kalles her konstitusjonelle.

Det er imidlertid ikke så enkelt å si hva det nærmere bestemt skal bety at en rettsnorm er «overordnet» en annen. Dette skyldes bl.a. at både den «høyere» og den «lavere» norm må tolkes før vi kan vite om de står i strid med hverandre. Men disse komplikasjoner er uten interesse hvis vi ikke kan legge til grunn at de aktuelle deler av konstitusjonen skal regnes som *positiv rett* i vedkommende rettssystem. I et videre perspektiv er det sistnevnte spørsmålet det mest grunnleggende.

Fra absolutt monarki til konstitusjonelt demokrati

Et av de sentrale trekk ved de store borgerlige revolusjoner var innkapslingen av den mer eller mindre absolutte monark i statssystemer bygget på skrevne konstitusjoner. Alle tekster som i dag går under slike navn har sine røtter i denne epoken.

Men tanken om domstolskontroll med lover har ingen fremtredende plass i denne tradisjonen. I de grunnleggende debatter i Philadelphia og Paris var oppfatningen snarere at konstitusjonen *ikke* kunne binde den lovgivende makt. Det måtte overlates til den lovgivende myndighet selv å fastlegge konstitusjonens nærmere innhold. De elementer av *checks and balances* som man likevel så på som nødvendig, måtte – som vi har sett – etableres gjennom ordninger for institusjonell deling av statens makt.

Et dramatisk utslag av dette tankesett kan vi hente fra unionstidens Norge: Utgangspunktet for systemskiftet i retning av et parlamentarisk styresett ble tvunget frem gjennom Stortingets bruk av Riksretten som redskap mot medlemmene av den sittende regjering (i 1884). Regjeringens brøde var at den ikke hadde gått imot kongens nektelse av å sanksjonere Stortingets beslutning om å gi statsrådene adgang til Stortinget. Rettslig lå stridens kjerne i behovet for å få avklart omfanget av kongens vetorett overfor grunnlovsendringer. Den ble utkjempet i rettslige former; i vår tids terminologi kan vi si at Riksretten – med medlemmer fra både Lagtinget og Høyesterett, med de førstnevnte i flertall – ble brukt som forfatningsdomstol. Det er også rimelig å si at muligheten for å bruke den fremgangsmåte som grunnloven selv anviste, gjorde det lettere å avslutte en bitter

politisk strid uten å spille blod. Men den grunnleggende konflikten var utvilsomt av politisk karakter.

Eksemplet illustrerer at institusjonelle ordninger for deling av makt mellom ulike deler av det lovgivende og utøvende maktapparat, som regel vil bli brukt for aktørenes egne formål. Men da vil de ikke kunne utgjøre noen effektiv motvekt i en situasjon der de involverte statsmakter er enige om resultatet. Og de gir ingen garanti for at andre typer av interesser – f.eks. interessene til mindre grupper av borgere eller den mer abstrakte interesse det representerer å vokte konstitusjonen – kommer til orde.

Disse trekk blir særlig påfallende fordi de fleste konstitusjoner i vår tid også tar opp andre spørsmål enn de primært institusjonelle. Det vanlige er at konstitusjonen gir bestemmelser som etter ordlyden skal sette grenser for de politiske organenes handlefrihet overfor borgerne. Men proklamasjoner i den høytidelige form som grunnloven representerer, er ikke i seg selv nok til å sikre menneskerettighetene gjennomslagskraft overfor den lovgivende makt.

Det tradisjonelle tenkesett i Europa på dette punkt kan illustreres i tilknytning til utviklingen i Frankrike, som er et kjerneland for å forstå det konstitusjonelle fenomen. 1789-erklæringen om menneskets og om borgerens rettigheter er et av de mest innflytelsesrike ledd i menneskerettighetenes historie. Den skulle også tjene som preambel (*préambule*) til den konstitusjon som det var meningen å utarbeide (og som faktisk ble vedtatt i 1791). På den annen side er en *erklæring* (*déclaration*) som utgangspunkt indikativ, ikke normerende.²¹ Heller ikke den rettslige status til en ”preamble” er klar, teksten ble iallfall ikke tatt inn i konstitusjonens «egentlige» *corpus*, og under enhver omstendighet hadde ikke konstitusjonen selv noen plass i den positive rett som domstolene kunne anvende. Og endelig: 1791-konstitusjonen ble snart innhentet av de voldsomme begivenhetene i denne fasen av fransk historie og fikk et – selv til franske konstitusjoner å være – meget kortvarig liv.

På denne bakgrunn blir det klart at 1789-erklæringen kan takke sin historiske og ideologiske betydning for at den likevel ikke falt helt ut av den konstitusjonelle historien. Således utviklet den særskilte domstol for kontroll med forvaltningen (*Conseil d'Etat*) som etterhvert vokste frem, et sett av generelle rettsprinsipper (*principes généraux*) som i stor grad hentet sin inspirasjon nettopp derfra. Dessuten ble erklæringen i visse perioder slått opp i alle offentlige skoler! Men dette er jo ganske magert i forhold til spørsmålet om grenser for den politiske handlefrihet.²²

²¹ Jfr. bl.a. *Troper*, Hva er menneskerettighetserklæringen av 1789?, Tidsskrift for rettsvitenskap (TfR) 1990 s. 15 flg.

²² Om denne fasen, se *Rivero*: Menneskerettighetenes stilling i fransk rett fra 1789 til 1971, TfR 1990 s. 60 flg.

Konstitusjonen for den tredje republikk (1875) – som er det hittil mest langvarige regime i Frankrike siden 1789 – ga ikke plass for noen preambel om menneskets rettigheter. Dette ble rettet opp etter annen verdenskrig: Preambelen til 1946-konstitusjonen erklærer «høytidelig» at den «bekrefter ... de rettigheter og friheter for mennesket og for borgeren som er slått fast gjennom rettighetserklæringen av 1789». I preambelen til den nå gjeldende konstitusjonen av 1958 «erklærer» det franske folk «høytidelig ... sin tilslutning til menneskerettighetene ... slik de er fastsatt gjennom erklæringen av 1789», supplert gjennom preambelen av 1946. Men fortsatt savnet grunnloven selv en klar status som del av den positive rett: I linjen fra revolusjonstidens kamp mot de regionale «parlamerter» hadde uavhengige domstoler ingen plass i arbeidet med å påse at lovgivningen holdt seg innenfor grunnlovens grenser.

På dette punkt er situasjonen fortsatt den samme – i prinsippet gjelder dette selv når domstolene blir bedt om å legge lovbestemmelser som de fleste vil anse som grunnlovsstridige, til grunn for sine avgjørelser. Hverken ved de alminnelige domstoler eller ved forvaltningsdomstolene er konstitusjonen altså en relevant kilde til argumentasjon om lovers gyldighet.

Tradisjonen for å dyrke loven som det høyeste uttrykk for «almenviljen» (*expression de la volonté générale*) har vært sterk i Europa. I Frankrike er den fortsatt for sterk. Viljen til å legge de bånd på flertallsstyret som tilsynelatende følger av konstitusjonen – og særlig av de normer som preambelen av 1958 viser til – er ennå for svak til å endre på dette.

Grunnloven som deklarasjon og som positiv rett

På det punkt som nå er belyst, var fransk rett representativ for situasjonen i de fleste land i Europa helt frem til årene etter 1945. Blant de demokratiske regimer som i prinsippet var bygget på skrevne grunnlover, fantes det lenge bare to unntak. Det ene – som alle de som er interessert i disse spørsmål kjenner til – var U.S.A. Det andre – som unektelig er langt mer diskret på den internasjonale scene – var Norge.

Det har ofte vært sagt at domstolskontroll med lovgivning ikke er noen «logisk nødvendighet» i rettssystemer som bygger på en skreven grunnlov. Som bl.a. Ross har påpekt, er det i og for seg ikke nødvendig at kompetansen til å avgjøre om en lov er grunnlovsstridig, ligger hos domstolene: «Den kan også tenkes placeret hos lovgiveren selv således at denne, samtidig med at give en lov, definitivt har avgjort spørsmålet om dens gyldighed».²³

Dette synspunkt er utvilsomt korrekt. Det stemmer også med historisk erfaring.

²³ Ross: Dansk Statsforfatningsret, 2. utg. (København: Nyt Nordisk Forlag, 1966) I s. 182-183.

Som vi har sett, har det – selv i land med en skreven konstitusjon – *ikke* vært det normale å sette dommere til å vokte grunnlovsbestemte grenser overfor lovgiverne. Det normale har vært å la den lovgivende myndighet være sin egen ”dommer” i slike spørsmål.

Men synspunktets rekkevidde er ikke så stor som man umiddelbart kan tro. For problemstillingen er feil stilt: Det gir liten selvstendig mening å spørre om det «logisk nødvendige» i å la domstolene sette til side lover som de ser på som grunnlovsstridige. Spørsmålet får mening først etter at et annet er besvart: Har domstolene rett (og plikt) til å bygge på grunnloven når de avgjør rettsspørsmål som de får seg forelagt? Hvis svaret er negativt, vil spørsmålet om rettslig prøving av lovbestemmelers forhold til grunnloven overhodet ikke komme opp. Det kommer først opp hvis domstolene *kan* ta de konstitusjonelle normer som loven skal måles mot, i betraktning.²⁴

La oss nå gå tilbake til spørsmålet om hvorvidt domstolskontroll med lovgivning er «logisk nødvendig». Hvis vi først legger til grunn at de aktuelle domstolene *har kompetanse* til å trekke konstitusjonelle normer inn blant de normer som de bygger sine avgjørelser på, er det mye som taler for at svaret må bli positivt: Hvis grunnloven teller med som del av den positive rett som (også) domstolene anender, er det ikke lett å komme unna at den må gå foran normer av lavere rang som den etter domstolenes syn kommer i strid med. En forutsetning om grunnloven som del av den positive rett må jo bety at den logikk som springer ut av reglene om hvordan rettsregler i grunnlov, lov osv. endres gjennom endring i deres tekst, kommer inn med full tyngde.

Grunnlover er som regel vanskeligere å endre enn andre «lover» – i de fleste land er f.eks. større flertall nødvendig enn for å endre bestemmelser i den ordinære lovgivning. Ulikheten i endringsregler ligger til grunn for den hierarkiske organisering av rettsreglene som vi finner i ethvert utviklet rettssystem. Hierarkiet gir bare mening hvis normer som det er lettere å endre, må stå tilbake for normer som vanskeligere lar seg endre: Da – og først da – kan grunnloven bli *lex superior* i dommerens rettslige univers.

... to implement the idea that the constitution was law

Dermed står vi ved kjernen i den typen *raisonnement* som ligger til grunn for fremveksten av domstolskontroll med lovgivning i både U.S.A. og Norge. I Chief Justice *Marshall's* berømte votum i *Marbury v Madison* – som nettopp i 2003 er 200 år gammelt – heter det bl.a.:

«It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rules to particular cases, must of necessity

²⁴ Se nærmere min artikkel nevnt i note 6 ovenfor.

expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.

So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules govern the case. This is the very essence of judicial duty.»

Ifølge justitiarius *Lasson* berodde avgjørelsen av en sak i Norges høyesterett i 1866 «kun på det statsrettslige spørsmål: Hva har Høyesterett å avgjøre, når den samtidig får seg forelagt grunnlov og ordinær lov?»²⁵ *Lasson* ga følgende svar:

«Da har det, såvidt jeg kjenner statsrettslæren, alminnelig vært vedtatt, at for såvidt man ikke kan pålegge domstolene å dømme etter begge lover på en gang, så må de nødvendigvis foretrekke grunnloven ...»²⁶

Dette var første gang den norske høyesterett offentlig begrunnet den rett den lenge hadde gjort bruk av til å prøve lovgivningens forhold til grunnloven; i denne forstand kan vi si at *Peder Lasson* er den norske *John Marshall*. Men vi kan ikke si at saken fra 1866 er den norske pendant til *Marbury v Madison*. Dette skyldes for det første at Høyesteretts domsgrunner og voteringer ikke var offentlige før etter 1863; dermed kunne ikke tilsvarende domspremisser ha blitt skrevet mer enn et år eller to tidligere. For det andre – og viktigere – er det nå dokumentert at den norske grunnloven iallfall fra 1820-årene telte som positiv rett i Høyesteretts praksis.²⁷ Og når dette, mest grunnleggende skritt først var tatt, var det – som vi har sett – en naturlig følge at grunnloven om nødvendig måtte settes foran loven.

Noe annet er at argumentet om rettssystemets hierarkiske struktur ikke *alene* strekker til for å begrunne domstolskontrollens legitimitet i demokratiske samfunn.²⁸ Men denne side av saken skal jeg her la ligge.

De uttrykk for betydningen av rettssystemets hierarkiske struktur som vi finner i de nevnte vota, har noen ganger blitt møtt med ironi. Ironien henger nok sammen med at utgangspunktet om grunnloven som del av den positive rett, har blitt oversett. I stedet har man gått direkte til angrep på tanken om grunnloven som *lex superior* og om domstolskontroll med lovgivning som «logisk» naturlig følge av dette.

²⁵ Ugeblad for Lovkyndighed (UfL) VI s. 168. – I sitatene fra *Lasson* er språket modernisert. I min bok «Høyesterett og folkestyret» (1993) s. 146 flg. er uttalelsene gjengitt i *Lassons* eget språk.

²⁶ UfL VI s. 172. – Saken omtales nærmere i «Høyesterett og folkestyret» s. 141 flg.

²⁷ Se nærmere i «Høyesterett og folkestyret» del IV og V.

²⁸ Om domstolskontrollens legitimitet, se nærmere i «Høyesterett og folkestyret» kap. 22.

Om utviklingen på dette punkt i U.S.A. sier *Henry Paul Monaghan* bl.a.:

«The emphasis, I think, should not be on higher but on «law» – because the great American contribution to «the universal history of law» was, if not to originate, to implement the idea that the constitution was law within the cognizance of the judges. The idea of a constitution as a «fundamental» law has been around long before the founding of the American Republic.»²⁹

Dette synet er like dekkende for norsk rett som for amerikansk: Domstolene kan først ha en rolle i håndhevelsen av grunnlovsbestemte grenser for den politiske handlefrihet i den grad grunnloven i det hele tatt kan trekkes inn i argumentasjon om og som del av begrunnelsen for rettslige avgjørelser.

Europas transformasjon

I de to land som vi nå har betraktet, er det fortsatt på det rene at grunnloven som utgangspunkt *teller* med som del av den positive rett som kan anvendes (også) ved domstolene. Det er også ubestridt at domstolene – i tilfelle motstrid – kan sette grunnloven foran loven.³⁰

I de senere år har en utvikling i tilsvarende retning skutt fart også i mange andre land i den europeiske kulturkrets. Om én person skal trekkes frem i denne sammenheng, må det bli den østerrikske juristen og filosofen *Hans Kelsen*: I rettssystemer formet som et «Stufenbau» – la oss tale om et hierarkisk organisert system – innebærer ikke domstolskontroll med lover at dommeren overprøver lovenes *innhold*. De politiske myndigheter står fritt til å oppnå de resultater de selv ønsker. Men noen ganger må de gå veien om en annen *beslutningsform* (f.eks. grunnlovsendring) enn den (f.eks. ordinær lov) som de først mente at kunne brukes.

En utvikling i retning av å gjøre grunnloven ikke bare til *superior*, men også – og først og fremst – til *lex*, kan spores allerede i land der den moderne historie har vært mindre dramatisk enn f.eks. i Kelsens hjemland. Tanken går ikke minst til Sverige, der bestemmelsen om ”lagprövningsrätt” for ”domstol och annan myndighet” (RF 11:14) i første rekke fremstår som en eksplisitt forankring av *lex superior-prinsippet* i Regeringsformens egen tekst.

²⁹ *Monaghan*: The constitution of the United States and American constitutional law, in *E. Smith* (ed.): Constitutional Justice under Old Constitutions (op.cit.) s. 175 flg. på s. 178-179.

³⁰ Dette betyr ikke at alle *deler* av de to grunnlovene spiller like stor rolle som referansenormer for domstolskontrollen med lover. Det innebærer heller ikke at det alltid er klart når det foreligger slik motstrid som nevnt; tvert imot byr fastleggelsen av grunnlovens nærmere innhold ikke sjelden på tvil. Men disse – viktige – komplikasjoner lar jeg her ligge.

På det europeiske kontinent ble det *praktiske* eksempel som Kelsen la grunnlaget for, i første omgang ingen suksess – den nye forfatningsdomstolen i Østerrike overlevde jo ikke Anschluß, og Kelsen selv endte i U.S.A. Men det eksempel han bidro så sterkt til å skape, fikk stor betydning for fremveksten av de tallrike forfatningsdomstoler i etterkrigstiden. De første fikk vi i Østerrike (1945), Italia (1947) og Tyskland (1949). Etter at de aller fleste land i Vest-, Sentral- og Øst-Europa har fulgt med,³¹ fremstår Luxembourg (1996) som et av de foreløpig siste skudd på stammen.

I det meste av det 19. århundre var U.S.A. og Norge alene om å ha ordninger for domstolskontroll med lovgivning. Etter den utviklingen jeg her har skissert, er situasjonen den motsatte: I demokratiske land er det normale nå at den lovgivende myndighet er underkastet mer eller mindre omfattende rettslig kontroll. I dette bildet fremstår land som Nederland og Storbritannia – og dessuten den dominerende situasjonen i Norden – som stadig mer isolerte avvik. Og selv den ærverdige norske ordning for domstolskontroll spiller en langt mer beskjeden rolle i praksis enn mange av de som senere har vokst frem.

Flere av de nye domstoler (f.eks. Tysklands Bunderverfassungsgericht) spiller også en større rolle i konstitusjonelle og politiske spørsmål enn den som i sin tid starter denne utviklingen. Dette er det viktig å gjøre oppmerksom på i en situasjon der den føderale Supreme Court i U.S.A. fortsatt ser ut til å trollebinde så mange skandinaviske jurister.

Utviklingen gir ikke grunnlag for generelt å slå fast at *staten* nå – i de fleste demokratiske land – er bundet av sin egen rett.³² Også rettsapparatet er jo en del av «staten», og i sin rolle som konstituerende makt kan den fortsatt endre de normer som domstolskontrollen må referere seg til. Men i svært mange land er resultatet iallfall at den *lovgivende* myndighet er bundet i en helt annen grad enn det som følger av tradisjonen i Europa.

3) Former for domstolskontroll

Hvis man ønsker å etablere grunnloven som positiv rett i denne forstand, må man ta standpunkt til hvilke former for domstolskontroll som skal tas i bruk for å bidra til at lovgivningen holder seg innenfor grunnlovens grenser. Den følgende oversikt over noen hovedtrekk av de eksisterende ordninger, kan blant annet leses som en

³¹ Men organisasjonsform, regelverk og praktisk betydning varierer selvsagt, se nærmere i den følgende tekst.

³² Fremveksten av overnasjonale eller på andre måter sterkt forpliktende regelverk i Europa – slik som EF-retten og Den europeiske menneskerettskonvensjon – representerer selvsagt en viktig modifikasjon. Men de mange spørsmål som dette reiser, må jeg her la ligge.

oversikt over spørsmål som enhver grunnlovsgiver bør ha tenkt på dersom målet er å etablere en konstitusjon som ikke bare er et politisk dokument, men også skal kunne tjene som grunnlag for avgjørelser av juridisk karakter.

En mulighet er å legge denne oppgaven til de ordinære domstolene (slik som i Danmark, Norge eller USA). Et slikt system har den fordel at det er enkelt, men kan bl.a. føre til at dommerne får liten innsikt i og interesse for spørsmål av konstitusjonell karakter. Ordningen reiser også spørsmål om dommernes legitimitet i saker med klart politiske implikasjoner (slik det ofte vil være på det konstitusjonelle område).

En annen mulighet er å etablere en særlig domstol med særegen (ofte langt mer åpent politisk) sammensetning og med mulighet for andre prosessformer (saker initiert av ett offentlig organ mot et annet, osv.). Dette har den fordel at man får dommere med særlig legitimitet for de særlige oppgavene det er å avgjøre omstridte spørsmål av konstitusjonell karakter og som antas å være særlig skikket til disse oppgavene. På den annen side kommer en spesialisert forfatningsdomstol i tillegg til de ordinære domstolene (f.eks. den nasjonale høyesterett), noe som kan være et viktig motargument i små stater med sterkt begrensede personalressurser og liten mulighet til å oppnå optimal personlig og sosial avstand mellom dommere og (aktive) politikere.

Også mellomformer kan tenkes. En mulighet er at noen medlemmer av den ordinære høyesterett får forfatningsretten som særlig arbeidsoppgave, slik som i Estland. Slike ordninger vil kunne forene noen av fordelene med en særskilt konstitusjonsdomstol med den enkelhet som kontroll ved ordinære domstoler innebærer.

Hvis vi tenker oss at Færøyene (fortsatt) skal være en del av det danske riket, men organisert etter en slags føderal modell, blir spørsmålet endelig hvem som skal ha det siste ordet i saker om forholdet mellom de to ”delstatene”. I så fall er det vanskelig å tenke seg at rent ”danske” eller ”færøyske” domstoler skal avgjøre slike spørsmål. Kanskje bør man tenke i retning av en særskilt konstitusjonsdomstol eller en blandet modell (f.eks. et kammer med dommere utpekt fra hver ”delstat”). Disse spørsmål går jeg ikke inn på i full bredde.

Det britiske eksempel: Parlamentets suverenitet

Det vanlige i demokratiske land er nå at parlamentets ledende stilling utgjør et viktig konstitusjonelt utgangspunkt, men at også parlamentet som lovgiver er bundet av konstitusjonelle normer.

På dette punkt kommer det britiske system i en annen stilling enn de fleste

demokratiske regimer. Den mentale tilknytning over Nordsjøen har tradisjonelt vært sterk, ikke minst i de Vestnordiske land, og Westminster-parlamentarismen har spilt en viktig rolle som inspirasjons kilde for utviklingen av de parlamentariske styringssystemer i hele Norden. Det er sannsynlig at den side av britenes konstitusjonelle tradisjon som innebærer at parlamentet har det siste ord, iallfall indirekte har påvirket også vår tenkning om forholdet mellom lovgivere og dommere:³³ I prinsippet finnes det ingen supra-legal norm som domstolene kan måle parlamentets lovvedtak mot. Dette blir tanken om ”loven som det høyeste uttrykk for almenviljen” (se ovenfor) ad en annen vei. Meningsinnholdet forsterkes når vi husker at den ordinære lovgivning er majoritetsdemokratiets domene.

Den som vil sammenligne på dette punkt, må huske at mangelen på formelt overordnede normer som skal gå foran den ordinær lov i tilfelle av konflikt, ikke sier alt om disse spørsmål. Det er særlig grunn til å merke at sterke og selvbevisste dommere som de britiske, lett kan tenkes å tolke Parlamentets lover på bakgrunn av bl.a. menneskerettsbestemmelser som ikke er formelt bindende i britisk intern rett. I bakgrunnen ligger selvsagt forholdet mellom «statutory» og «common law» og den sterke stilling som domstolene tradisjonelt har hatt i et slikt system.

Den som vil sammenligne, må også huske at denne siden av britenes statsskikk nå har blitt noe av et særsyn. Også i demokratier av parlamentarisk karakter er fullstendig fravær av domstolskontroll med lovgivning nå unntaket mer enn regelen. Dette gjelder allerede innenfor *common law*-området, der kontrollsystemer inspirert av det amerikanske er etablert i tidligere britiske kolonier som Canada og India. Det gjelder også i Japan, der domstolskontroll med lover ble innført gjennom den U.S.A.-inspirerte grunnlov etter i 1945. Og i høy grad gjelder det altså i Kontinental-Europa.

Til dette kommer at Storbritannia lenge har underkastet seg kontroll av innflytelsesrike, internasjonale dommere i Luxembourg og Strasbourg. Det tradisjonelle dogmet om Parlamentets suverenitet er ikke oppgitt, men har i praksis fått store sprekker (f.eks. gjennom den nye Human Rights Act).

Prøvingsretten i Norden³⁴

Selv om påvirkningen over Nordsjøen har vært sterk fra et system der ”parlamentets suverenitet” er den konstitusjonelle grunnnorm, er det større grunn til å se på systemene for domstolskontroll i Norden. Teknisk sett har prøvingsretten i de nordiske land viktige fellestrekk.³⁵ Noen av dem kan kort oppsummeres slik:

³³ Se nærmere min artikkel ”Fra Eidsvold til Westminster? Om synet på grunnloven som politisk redskap”. I: Trond Berg Eriksen, Eirik Newth, Stein Ringen, Eivind Smith: *Fakler om vitenskap og samfunn. Til Den polytekniske forenings 150-års jubileum*. (Oslo, 2002: Gyldendal Akademisk) s. 146-207.

³⁵ Se oversikten over hovedmodeller for domstolskontroll i ”Høyesterett og folkestyret”, op.cit. kap. 2.

Kontrollen utøves av de vanlige domstoler, med Høyesterett i Norge, Højesteret i Danmark, Högsta Domstolen og Regeringsrätten i Sverige (og de tilsvarende organer i Island og Finland) som de øverste instanser. I prinsippet kan grunnlovsspørsmål dukke opp i alle typer av prosesser som det er adgang til å bringe inn for domstolene. Ingen av disse landene har opprettet særskilte forfatningsdomstoler etter europeisk modell.³⁶

Konstitusjonelle spørsmål kommer ikke opp for domstolene i abstrakt form, og de kommer opp først etter at de omstridte lovbestemmelser er vedtatt og satt i kraft; også her avviker situasjonen i Norden fra den vi finner i mange kontinental-europeiske land. Slike spørsmål kan bare tas opp i den grad det er nødvendig for å avgjøre konkrete retts tvister. Men når en sak med konstitusjonelle sider først kommer opp, har domstolene både rett og plikt til å anvende de rettsregler som er relevante for saken – også grunnlovbestemmelser.³⁷

Sakene behandles etter de vanlige regler for kontradiktorisk prosess, og avgjørelsene binder bare sakens parter; formelt blir de konstitusjonelle spørsmål altså bare løst i den utstrekning den enkelte sak gjør det nødvendig. Det formelle resultatet kan bli at bestemmelser som etter dommernes syn strider mot konstitusjonen, ikke blir lagt til grunn for avgjørelsen av den aktuelle saken. Resultatet kan også bli at bestemmelsen blir anvendt, men mot erstatning til den part hvis grunnlovssikrede posisjon anses for å være krenket eller under forutsetning at de blir *tolket* på den måte som domstolen anviser. Det er derimot ikke riktig å si at vedkommende lovbestemmelser i sin alminnelighet blir «annullert» eller «satt til side», slik som i land med abstrakt kontroll ved særskilte konstitusjonsdomstoler.

Iallfall i Norge – som er det eneste land i Norden med praksis av større omfang – viser erfaring imidlertid at de offentlige myndigheter vanligvis trekker de nødvendige konsekvenser av slike avgjørelser også ut over den enkelte sak. Det gjelder også hvis domspremissene gir grunn til å endre de aktuelle lovbestemmelsene.

Også mellom systemene for prøvingsrett i de nordiske land er det betydelig ulikhet. Det som særlig springer i øynene, er den ulike rolle som de har spilt i de tre lands historie. Men dette går jeg ikke inn på her.

Prøvingsretten i U.S.A.

I teknisk henseende har systemene for prøvingsrett i de nordiske land og i U.S.A., mye til felles (men praktisk sett er ulikheten selvsagt stor). På viktige punkter er kontrollen i U.S.A. organisert på samme måte som i Norden: Den utøves i anled-

³⁶ Det land der spørsmålet har vært mest diskutert, er nok Sverige.

³⁷ I Sverige er det riktignok en viss tvil om domstolene kan ta opp slike spørsmål på egen hand.

ning av konkrete rettssaker og av de alminnelige domstoler, og de viktigste avgjørelser treffes av den enhetlige høyesterett. På alle disse punkter skiller systemene i U.S.A. og Norden seg klart fra typiske trekk i de ordninger for domstolskontroll med lovgivning som nå dominerer i Europa.

På den annen side har sammensetningen av US Supreme Court et langt sterkere politisk preg enn i f.eks. Norge. De ni dommere i Washington, D.C. har også helt andre muligheter enn kollegene i Oslo til å velge hvilke saker som skal tas opp til realitetsbehandling; for tiden avsier de mindre enn 100 per år, mens antallet «petitions» er mange tusen.

Det er også grunn til å merke at den langt største del av virksomheten i U.S.A.'s høyesterett knytter seg til forholdet mellom føderasjon og delstat. Tallet på dommer der føderal lovgivning settes til side, er meget beskjedent. Dette er den del av de føderale domstolars kontroll med lover i U.S.A. som lettest lar seg sammenligne med prøvingsretten i enhetsstatene i Norden. Men selv her må vi sammenligne med stor varsomhet; dette gjelder ikke minst fordi U.S.A. har opprettholdt elementer av konstitusjonell maktfordeling som ligger fjernt fra slike former for «maktforening» som har utviklet seg etter innføringen av parlamentariske styreformer i de nordiske land.

Det føderale system for prøvingsrett i U.S.A. er det eneste i verden som er eldre enn det norske. Dessuten har deler av historien til den føderale høyesterett vært dramatisk, og den har fått et internasjonalt ry for aktivisme i politiske betente spørsmål. Av disse og andre grunner er det rimelig at det amerikanske systemet trekkes inn i diskusjoner om valg av modell når nye systemer for prøvingsrett skal etableres.

Men selv om noen tekniske hovedtrekk av systemet altså lar seg sammenligne med systemene i de nordiske land, er det altså mange ulikheter. Det er heller ikke lenger slik at U.S.A.'s høyesterett er den domstol i verden som har størst politisk innflytelse eller den største politiske rolle overhodet. Nå er det den omfattende fremvekst av systemer for kontroll med lover gjennom særskilte forfatningsdomstoler i Europa som gir det viktigste trekk i det bildet av forholdet mellom grunnlov og lov som trer frem for den som tar seg bryet med å undersøke forholdene i et større antall demokratiske stater.

Domstolskontroll i Europa: Blandingsformer

Fremveksten av særskilte forfatningsdomstoler i Europa er altså et av de mest markante trekk i bildet av forholdet mellom "jus" og "politikk" i demokratiske land i vår tid. Men mellom de systemer som kan henføres til denne hovedmodell, er det mange nyanser.

Noen ganger er det mest naturlig å snakke om *blandingsformer*. En av de som fortjener oppmerksomhet i vår tids Europa er den i Estland. Her er den kontroll med lover m.v. som skjer i judisielle former, lagt til en avdeling av den ordinære (eneste) høyesterett og der visse prosessuelle særordninger er etablert for slike saker.³⁸ En slik løsning kan bidra til å unngå at rettsapparatet blir for komplisert og bidra til å gjøre det lettere å finne frem til egnede dommere for både konstitusjonelle og andre saker – ikke minst i små land. Samtidig kan systemet bidra til en større grad av spesialisering med sikte på konstitusjonelle spørsmål enn de nordiske systemene ellers åpner for.

Domstolskontroll i Europa: Litt om bakgrunnen

I det følgende skal vi se på noen idealtypiske trekk av den europeiske modellen for domstolskontroll med lovgivning m.v.³⁹ Det trekk som særlig springer i øynene, er at avgjørelsen av nærmere bestemte spørsmål om tolkning og /anvendelse av konstitusjonelle normer er lagt til spesialiserte organer. Disse „forfatningsdomstolene“ er i prinsippet uavhengige av og samtidig overordnet de ordinære, høyeste domstoler. Også deres sammensetning avviker mer eller mindre klart fra sammensetningen av de ordinære domstolene i det enkelte land.

Et annet generelt trekk som bør nevnes, er at forfatningsdomstolenes avgjørelser har formelt bindende virkning også utenfor den sak som de springer ut av, og at spørsmålene ofte blir avgjort uten tilknytning til slike konkrete saker som ordinære domstoler får seg forelagt: Forfatningsdomstolene i Europa er som regel tillagt *abstrakt* normkontroll, og avgjørelsene har gjerne «rettskraft» *erga omnes*.

Blant de trekk som har ført frem til etableringen av slike systemer, nevner jeg først den *føderale* eller sterkt regionaliserte karakter av stater som Belgia, Italia, Spania, Tyskland og Østerrike. Tvister som springer ut av konstitusjonelle normer om forholdet mellom helhet og del, ligger godt til rette for behandling ved domstoler som har prinsipiell uavhengighet av de politiske organer til én av de stridende parter.

Et annet viktig trekk ligger i at forfatningsdomstolene i Vest-Europa er etablert som ledd i mer omfattende forfatningsreformer. Reformene må ofte – men ikke alltid – forstås på bakgrunn av overgangen fra autoritære regimer til demokratier av vestlig modell.

³⁸ For en oversikt over kontrollordningene i de tre baltiske land (samt i Norge og Sverige), se *Taube*: Court models and procedures, i: *E. Smith* (ed.): *The Constitution as an Instrument of Change*, op.cit. s. 129 flg. samt bidrag fra flere rettspresidenter m.v. i samme bok.

³⁹ Se nærmere i f.eks. “Høyesterett og folkestyrets” kap. 2.5. Formålet med den følgende oversikt er å få frem noen hovedtrekk i det aktuelle bildet.

Den sistnevnte del av bakgrunnen for det europeiske system har bidratt til å fremheve behovet for vern mot overgrep mot individer og grupper. Et sentralt og typisk innslag i mange etterkrigsforfatninger i Europa er omfattende «rettighets-kataloger». Forfatningsdomstolene er tiltenkt en viktig rolle i arbeidet med å sikre respekt for slike bestemmelser.

For å forklare hvorfor håndheving av konstitusjonelle normer er lagt til spesialiserte organer i stedet for til de ordinære domstoler, slik som i U.S.A. og Norge, må vi imidlertid søke til andre bakgrunnstrekk. Den ulike oppbygging av domstols-systemene i de to grupper av stater gir et viktig utgangspunkt. Med fremveksten av det franske *Conseil d'Etat* som historisk viktig bakgrunnsfaktor, er mange kontinentale rettssystemer i Europa kjennetegnet av systemer av domstoler med to eller flere spor og med en «høyesterett» i spissen for hver sin orden av lavere domstoler. Typisk finner vi to hovedordener, den ene for sivil- og straffesaker, den andre for forvaltningssaker. Men også flere sidestilte ordener forekommer, med særskilte domstoler for sosiale saker m.v., og dessuten en egen instans til å avgjøre tvil om hvilken domstol som er den rette til å behandle en sak (slik som det franske *Tribunal des Conflits*).

Rettssystemer med to (eller flere) sideordnede domstolsordener kan bl.a. by på den fordel at dommerne får større innsikt på sine respektive fagområder. De er derimot lite egnet til å sikre at konstitusjonelle spørsmål – som ofte kan ha betydning på mer enn ett rettsområde – får klare og konsekvente svar. Derfor kan vi nok si at den måte disse rettssystemene er organisert på, i seg selv gir viktige argumenter for å opprette særskilte organer også for slike spørsmål.⁴⁰ I Vest-Norden eller U.S.A. gir ikke organiseringen av domstolsapparatet i seg selv noe argument i samme retning.

En annen type argumenter tar utgangspunkt dels i at konstitusjonelle normer ofte er vagt og generelt utformet, dels i at svarene på konstitusjonelle spørsmål i ganske sterk grad kan berøre de øverste, politiske statsorganenes stilling og virksomhet. Slike observasjoner har gjerne bidratt til at de instanser som særlig skal arbeide med slike spørsmål, har en annen sammensetning enn den vi finner i de ordinære domstoler.

Forfatningsdomstolene: Oppnevning og sammensetning

Forfatningsdomstolene har gjerne ni eller tolv medlemmer. I de fleste tilfelle er dommerne ikke oppnevnt for livstid eller inntil oppnådd aldersgrense, men for et

⁴⁰ Et paradoks i det svenske systemet for “lagprövningsrätt” er at behovet for en instans som kan sikre homogene svar på tvers av de to sidestilte domstolsordener, praktisk talt ikke har fått oppmerksomhet.

bestemt antall år. Til gjengjeld er perioden gjerne så lang som ni eller tolv år, og det er ikke adgang til gjenoppnevning. Dette bidrar til å sikre dommerne en høy grad av personlig uavhengighet. Rullerende oppnevning, f.eks. slik at tre av ni dommere blir skiftet ut hvert tredje år, skal bidra til den nødvendige stabilitet.

Det er vanlig at valgbarheten er begrenset gjennom krav om bakgrunn som jurist (dommer, advokat, professor i rettsvitenskap etc.). Men dette hindrer ikke at medlemmene ganske ofte *også* har en del av sin bakgrunn fra det politiske liv.

I noen tilfeller er retten til å oppnevne (eller nominere) medlemmer av forfatningsdomstolen for en del lagt til andre høye domstoler eller til andre juridiske toppinstanser. Mest typisk er imidlertid oppnevningsretten – direkte eller indirekte – fordelt mellom to eller flere av de høyeste statsorganer, f.eks. parlamentets to kamre eller presidenter, regjeringen eller statssjef. Når vedtak i nasjonalforsamlingen er nødvendig, er det også vanlig at kvalifisert flertall må til for at forslag om nye forfatningsdommere skal vinne frem.

Sett i forhold til U.S.A. eller Norge ligger ulikheten selvsagt ikke i at nye dommere oppnevnes av politiske organer. Et særtrekk er det derimot at den politiske karakter av det europeiske system på dette punkt er gjennomført mer åpent og konsekvent: Oppnevningsretten er i stor utstrekning spredt mellom organer som ikke uten videre har den samme politiske kulør, eller den er lagt direkte til parlamentet. Når et visst mål av «politikk» i forfatningsdomstolens arbeidsoppgaver i alle tilfelle må tas som gitt, er det slett ikke opplagt at den sistnevnte fremgangsmåte er den dårligste.

Den bakenforliggende tanke er bl.a. at den typiske karrièredommer i Europa egner seg dårlig for slike oppgaver som forfatningsdomstoler særlig er satt til å løse. Dessuten skal sammensetningen ivareta behovet for et minstemål av politisk balanse innenfor den enkelte domstol, eller iallfall – sammen med bl.a. systemet for gradvis utskifting av dommere – motvirke muligheten for at sammensetningen politisk blir for ensidig. Dette kan gi forfatningsdomstolene større politisk legitimitet enn den som følger av slike, mer ensidige eller tilfeldige systemer for oppnevning som vi finner i U.S.A. eller Norge.

En rekke eksempler, f.eks. fra Tyskland eller Litauen, tyder på at disse domstolenes prestisje og uavhengighet i det politiske styringssystem kan være stor.

Fortsettelse: Arbeidsområder

Betegnelsen «forfatningsdomstol» angir sentrale trekk, men ikke presis beskjed om disse organenes arbeidsområder. På tvers av mange ulikheter kan vi skille ut fire eller fem hovedgrupper av saker.

For det første er flere av dem tillagt viktige funksjoner under forberedelse og gjennomføring av folkeavstemning og valg. Således er det den franske forfatningsdomstolen (*Conseil constitutionnel*) som avgjør kandidatenes valgbarhet i president- og parlamentsvalg i Frankrike, leder kontrollen med gjennomføringen av valg og referenda og kunngjør de offisielle resultater.

Et annet viktig kompetanseområde gjelder arbeidsfordelingen mellom helhet og del i stater av føderal eller tilsvarende karakter (Tyskland, Østerrike, Belgia ...). Håndhevingen av det konstitusjonelle kompromiss som slike stater i prinsippet bygger på, kan vanskelig overlates til den ene av partene – f.eks. det føderale parlamentet – alene.

I forlengelsen av dette møter vi forfatningsdomstolenes oppgaver i relasjon til arbeidsfordelingen mellom andre sentrale statsorganer eller mellom staten og selvstyreorganer på regionalt eller lokalt plan. Når den konstitusjonelle regulering av slike spørsmål er relativt moderne og/eller presis, er håndheving gjennom domstoler hverken utenkelig eller umulig.

Enkelte av forfatningsdomstolene, f.eks. den østerrikske, er også tillagt funksjoner som «riksrett», d.v.s. som straffedomstol overfor medlemmer av statens høyeste organer.

Et femte arbeidsområde er imidlertid det som i dag tiltrekker seg størst oppmerksomhet: I alle land utfører forfatningsdomstolen viktige oppgaver i håndheving av menneskerettigheter. I de fleste av landene kan dette skje overfor både de lovgivende organer, forvaltningen og de ordinære domstoler.

Omfanget av denne kontrollen henger ikke minst sammen med hvilke referansenormer som forfatningsdomstolene kan bygge på. Som nevnt er forekomsten av konstitusjoner med omfattende rettighetskataloger et viktig trekk ved det europeiske system. I tillegg virker internasjonale normer stadig sterkere inn også på forfatningsdommernes virksomhet.

Fortsettelse: Igangsetting av kontrollen

Også mulighetene for å initiere saker har stor betydning for kontrollens omfang og effektivitet. I det følgende skal jeg si litt om dette spørsmålet med sikte på

hvordan kontrollen med lover kan aktiviseres på områder der den ikke trer i virksomhet *ex officio*.

Skjematisk kan vi for det første skille mellom *abstrakt* normkontroll og kontroll under behandlingen av individuelle rettstvister (*konkret* normkontroll), slik vi kjenner det i bl.a. Norge (se ovenfor). Videre kan vi skille mellom kontroll etter initiativ fra noen som anser sine *egne* rettigheter for å være krenket, og kontroll etter initiativ fra instanser som bare har *generell* (politisk eller ideell) interesse i grunnlovsspørsmålet.

Disse fire kategoriene kan kombineres på noe ulike måter. Det vanlige er imidlertid kobling mellom konkret normkontroll og individuell interesse og mellom abstrakt kontroll og generell interesse i saken.

Et tredje skille bygger på om forfatningsdomstolen kan trekkes *direkte* inn i avgjørelsen av en konkret sak eller om saksanlegg for de ordinære domstoler er et nødvendig *mellomledd*. Den sistnevnte kategori åpner både for full og prejudisiell prøving ved forfatningsdomstolen.

Dette skjema gir grunnlag for å presentere *tre hovedformer* for hvordan forfatningskontroll kan igangsettes. Eksempelene knyttes til land der den enkelte form har stor betydning. Men det er intet i veien for at en form (f.eks. en eller annen versjon av «forfatningsklage») spiller en rolle også i andre land enn det (f.eks. Tyskland) som formen her knyttes til.

Den franske modell

Det franske systemet for aktivisering av forfatningskontrollen er på samme tid både det enkleste og det mest restriktive. Dette kommer frem for det første ved at *Conseil constitutionnel*, på de områder jeg her tar sikte på, bare kan settes i virksomhet av instanser innenfor det sentrale statsapparat selv: Initiativretten tilkommer republikkens president, førsteministeren, presidenten for et av de to kamre eller opposisjonen i parlamentet (minst 60 senatorer eller 60 deputerte).

Den restriktive tendensen forsterkes ved at kontrollen bare omfatter parlamentets lovvedtak før de er trådt i kraft som gjeldende lov. Normkontrollen er altså rent abstrakt og den må foretas *a priori*, d.v.s. uten at dommerne kan bygge på erfaringer med lovens anvendelse i den enkelte sak.

På tross av stadig debatt om spørsmålet er konkret normkontroll foreløpig avskåret. Dette innebærer at de ordinære domstoler i prinsippet aldri kan trekke konstitusjonelle normer inn i avgjørelsen av saker som ellers skal avgjøres på grunnlag av ordinære lovbestemmelser (se ovenfor om Frankrike som eksempel på den

europæiske tradisjon på dette punkt). De kan heller ikke ta initiativet til å få konstitusjonelle spørsmål avgjort prejudisielt av *Conseil constitutionnel*. Kontroll etter initiativ fra noen som pretenderer at deres egne rettslige interesser er krenket i en konkret sak, er fullstendig avskåret.

Den tyske modell

Den motsatte ytterlighet kan her representeres av *Tyskland*. Her kan de ordinære domstolene legge konstitusjonelle spørsmål som kommer opp under behandlingen av konkrete tvister, frem for forfatningsdomstolen. Dessuten kan borgerne gå direkte til *Bundesverfassungsgericht*. Den individuelle retten til «forfatningsklage» gjelder i forhold til både lover, forvaltningsvedtak og dommer fra andre domstoler. Den er åpen for alle som kan være i besittelse av den bestemt angitte, grunnlovssikrede «grunnrett» som påstås krenket. Klagerett kan også tilkomme juridiske personer, f.eks. kirkesamfunn (ad religionsfriheten) eller universiteter (ad bestemmelser om forskningens frihet). Kommunene kan klage over påståtte brudd på det grunnlovsfestede, kommunale selvstyre. Men retten til å klage til forfatningsdomstolen i Karlsruhe er som hovedregel subsidiær i den forstand at andre muligheter for overprøving først må være uttømt.

Forfatningsklager er tallmessig dominerende i domstolens virksomhet, og det store antall klager gjør visse «silingsmekanismer» nødvendig: I praksis blir omtrent 97 % av disse sakene avgjort nokså summarisk i kommisjoner med tre dommere. Her blir tallrike saker avvist p.g.a. formfeil, «åpenbar» mangel på klagerett eller på rettslig grunnlag for klagen.

Den italienske modell

En tredje vei til forfatningskontroll etter individuelt initiativ som spiller en stor rolle i de fleste stater, er kontroll etter oversending fra de ordinære domstoler. Denne veien er tallmessig dominerende i *Italia*.

Utgangspunktet er her en aktuell, individuell rettstvist som først er bragt inn for den kompetente, ordinære dommer. Her kan både saksøkeren og f.eks. den tiltalte i en straffesak påberope seg grunnlovsstrid og be om at spørsmålet blir forelagt forfatningsdomstolen. Slike spørsmål kan også reises på initiativ av vedkommende dommer. Men når saken først er tatt under behandling, er ikke forfatningsdomstolen bundet av de konstitusjonelle argumenter som partene eller den ordinære dommer har bragt frem; på dette nivå blir altså den subjektive karakter av prosessen svekket.

Konstitusjonelle spørsmål kan legges frem for prejudisiell avgjørelse etter beslutning av en domstol av enhver type og på ethvert nivå under behandlingen av individuelle rettstvister. Men det må dreie seg om forfatningsmessigheten av en

lov e.l., og spørsmålet må ha avgjørende betydning for den avgjørelse som skal treffes.

«Silingen» av saker foretas primært av vedkommende dommer, som bare kan legge frem spørsmål som ikke er åpenbart ugrunnet. Dette åpner for at de ordinære dommere selv foretar en viss vurdering av forfatningsspørsmålet. Men etter hvert som systemet har festnet seg, må deres valgfrihet i konstitusjonelle spørsmål sies å være forholdsvis beskjeden. Under ingen omstendighet skal avgjørelsen av slike spørsmål binde holdningen i senere saker og i andre instanser.

Fortsettelse: Realitetsavgjørelsene og deres virkninger

Abstrakt normkontroll spiller en rolle i alle forfatningsdomstoler i Europa, særlig i saker initiert av minoriteter i parlamentet eller av andre statsorganer. Avgjørelser i slike saker må i prinsippet ha virkning *erga omnes*, det vil bl.a. si for og imot alle andre statsorganer (derunder domstolene).

Når kontrollen dertil skjer *ex ante* – eller, med andre ord, før loven er trådt i kraft og har kommet til anvendelse – vil den vesentlige virkning imidlertid være at underkjente lovbestemmelser ikke kan settes i kraft. Slik kontroll kan føre til at omstridte grunnlovsspørsmål blir avklart raskt, og grunnlovsstridige elementer kommer ikke med i den endelige lovtekst. Men lovens virkninger i praksis og over tid kan ikke tas i betraktning, slik som når kontrollen er konkret og (som regel) skjer i ordinære domstoler. Denne ulempe forsterkes når etterfølgende kontroll (*ex post*) er avskåret, slik som i Frankrike.

Også når abstrakt normkontroll foregår *a posteriori*, kan mellomliggende erfaringer med hvordan loven virker i praksis, bare tas i betraktning i den grad de er kjent eller kan klarlegges for domstolen. Den kunnskap som behandling av konkrete rettsvister kan gi, må unnværes. Men en viss avstand til individuelle særegenheter kan også være gunstig for behandlingen av spørsmål som har prinsipiell rekkevidde. Dette er spørsmål som forfatningsdomstolene ofte blir forelagt.

Prøving med utgangspunkt i en individuell sak vil ha sakens løsning som utgangspunkt, og den prejudisielle avgjørelse skal så legges til grunn for den etterfølgende avgjørelse av sakens realitet. Men slike avgjørelser kan få presedensvirkning, både ved forfatningsdomstolen selv og i andre instanser. Dessuten er også avgjørelser med konkret utgangspunkt i disse systemer som hovedregel tillagt generell rettsvirkning.

Slik rettsvirkning gjør klart formulerte avgjørelser særlig viktig. Likevel har avgjørelser som ikke konkluderer med et ja eller nei til forfatningsspørsmålet, men der domstolen uttrykker sitt syn i premissene, stor og antagelig økende

utbredelse i Europa. Formen er gjerne at lovbestemmelsen aksepteres, mens premissene gir beskjed om den lovtolkning som konklusjonen bygger på og dermed – forutsetningsvis – er avhengig av.

Bruken av slike «tolkningsforutsetninger» gir muligheter for mer nyanserte løsninger enn det dikotomiske utgangspunkt for rettslige avgjørelser i prinsippet gjør mulig. Samtidig reiser den spørsmål om rettsvirkningen av de premisser domskonklusjonen bygger på og om legitimiteten av denne fremgangsmåte i demokratiske samfunn der også konstitusjonelle valg bør tre åpent frem og gi grunnlag for informert debatt. Men disse spørsmål fører det for langt å gå inn på her.

Avslutning: Internasjonale domstoler

Vi kan ikke forlate dette emnet uten å peke på den store og økende betydning som internasjonale domstoler spiller. I Europa dreier det seg først og fremst om Den europeiske menneskerettsdomstol i Strasbourg og EF-domstolen i Luxembourg (samt EFTA-domstolen, for de tre EFTA-land som for tiden er medlem av EØS).

Begge disse ordningene er åpne for initiativ fra det enkelte rettssubjekt i medlemsstatene; dermed går de langt ut over de tradisjonelle mekanismer for konfliktløsning mellom stater. Ordningene har også interesse for oss fordi de kan sies å representere en forlengelse av det europeiske system med sine spesialiserte domstoler og fordi de internasjonale instanser kan overprøve også lovgivning i den enkelte medlemsstat.⁴¹ Og de har interesse fordi avgjørelsene er tillagt uavhengige dommere, ikke de politiske organer som ellers gjerne opptrer på det internasjonale plan.

Dessuten kan det spørres hvorfor de nordiske land, som har gått så langt i å underkaste seg den dømmende myndighet til internasjonale domstoler, skal behøve å være så uvillige til å akseptere at nasjonale domstoler kan bidra til å påse at den nasjonale grunnloven blir respektert. Men nærmere behandling av slike spørsmål vil gå vesentlig ut over rammene her.

⁴¹ Her bør det likevel presiseres at både menneskerettsdomstolen og EF-domstolene i prinsippet driver konkret normkontroll, slik som f.eks. de høyeste ordinære domstolene i Danmark, Norge og USA.