F L R

Føroyskt Lógar Rit – Vol. 3, No. 2, oktober 2003
aroese Law Review – VÆl. 3, No. 2, October 2003

ÍMYNDIR
&
ALHEIMSGERÐ

Grunnloven som lov og som symbol — Professor, dr.juris Eivind Smith

Singing revolutions? — Jur. dr. Caroline Taube

New Constitutions in Light of Globalization — Mark Tushnet

F L R

Føroyskt Lógar Rit – Vol. 3, No. 2, oktober 2003
Faroese Law Review – Vol. 3, No. 2, October 2003

ÍMYNDIR
&
ALHEIMSGERÐ

Føroyskt Lógar Rit (Faroese Law Review) vol. 3 no. 2 – 2003.
© 2003, Felagið Føroyskt Lógar Rit og greinahøvundarnir. Øll rættindi vard.
Tað er ikki loyvt á nakran hátt at endurgeva úr ritinum uttan skrivligt loyvi frá høvundum og ritstjórn.

Vanligar ávísingar eru loyvdar. Vit mæla til henda hátt: 2 FLR (2002) 117

Ritstjórnin: Birta Biskopstø, Bárður Larsen, Jóhanna Arge, Kári á Rógvi, Sigmundur Ísfeld.

Tilskrift: postboks 2093, 165 Argir
Telduspostur: tsbirbi@tollskatt.fo

Ongin ábyrgdan fyri gerðir hjá persónum ella stovnum grundað á tilfar í hesum riti verður viðurkend.

ISSN 1601-0809

Umbróting, prent og hefting: Hestprent

Føroyskt Lógar Rit (Faroese Law Review) vol. 3 no. 2 – 2003.
© 2003, Føroyskt Lógar Rit and the respective authors. All rights reserved.
No parts of this publication may be reproduced in any way without the prior written permission of the authors and the editors.

Usual citations are allowed. We recommend this mode: 2 FLR (2002) 117

Editors: Birta Biskopstø, Bárður Larsen, Jóhanna Arge, Kári á Rógvi, Sigmundur Ísfeld.

Address: P.O. Box 2093, FO-165 Argir, Faroe Islands.
Email: tsbirbi@tollskatt.fo

No responsibility for loss to any person or body acting or refraining from acting as a result of any contents of this publication will be accepted.

ISSN 1601-0809

Printing: Hestprent

Innihald / *Content*

Bárður Larsen
Oddagrein / Editorial Síða / Page 64

FLR
At halda / To subscribe Síða / Page 69

Professor, dr.juris Eivind Smith
Grunnloven som lov og som symbol Síða / Page 71

Jur. dr. Caroline Taube
Singing revolutions? Síða / Page 109

Mark Tushnet
New Constitutions in Light of Globalization Síða / Page 123

Nýtt frá fyrisitingini Síða / Page 137

Bárður Larsen, medritstjóri

Máti og endamál við stjórnarlóg

Eisini henda útgávan av ritinum verður merkt av ráðstevnuni frá mars í ár um grundlógarsmíð og stjórnarrættarlig viðurskifti. Tá var nógv og gott tilfar latið inn, sumt vælegnað sum greinar í ritinum. Men samstundis er eisini henda útgávan merkt av, at arbeiðið at smíða eina føroyska stjórnarlóg (grundlóg) fer í gongd aftur ein av fyrstu døgunum. Tískil er tað av størsta týdningi at viðgera spurningin, hvat endamálið er við eini stjórnarlóg.

Hesuferð er greinar komnar frá teimum trimum professarunum og doktarunum í løgfrøði, norska Eivind Smith, svensku Caroline Taube og amerikanska Mark Tushnet. Samstundis er tað ikki at taka munnin ov fullan at siga, at høvundarnir hesuferð eru higartil kendastu og mest virdu nøvn innan fakøkið stjórnarlóg (statsrætt), sum hava skrivað í lógarritið. Eisini er at fegnast um, at nýtt frá fyrisitingini er við aftur hesu ferð, og vænta vit, at tað verður fastur táttur framyvir.

Mark Tushnet er ein av teim leiðandi í USA innan stjórnarlóg og er eisini eitt av nøvnunum, sum næstan altíð kemur upp at venda í altjóða høpi, tá ið ræður um samanborna stjórnarlóg (*Comparative Constitutional Law*). Í grein síni (*New Constitutions in Light of Globalisation*) hugleiðir Tushnet um nýggjar stjórnarlógir í ljósinum av altjóðagerð.

Tushnet ger vart við, at altjóðagerð (globalisering) hevur tvær mótgangandi avleiðingar við sær fyri stjórnarlógarskipanir (ella ”konstitutiónalismu”). Fyri tað fyrsta kunnu lokalu eindirnar (ríkini og tær ríkislíku eindirnar) ikki longur á sama hátt regulera tey øki, sum tær fyrr kundu. Nú er vald í ávísan mun “tikið” úr hondunum á lokalu eindunum og “lagt” yvir til millumtjóða aktørar. Men fyri tað næsta sigur hann eisini eina avleiðing av einum altjóðagjørdum heimi vera, at tað verður av enn størri týdningi hjá teimum lokalu eindunum at skapa sterkar stjórnarlógir at byrgja upp fyri “trýstinum” frá millum- ella altjóða aktørum, sum ofta ikki hava sama demokratiska rætt (legitimitet) sum lokalu eindirnar. Harumframt heldur Tushnet, at altjóðagerð ger tað umráðandi, at lokalu eindirnar menna stovnar (institutiónir), ið kunnu hjálpa fólkinum at fata seg sjálvi sum partur av serstakari tjóð.

Her rakar Tushnet eisini beint á spurningin, hvat endamálið er við eini stjórnarlóg. Tað er jú so, at stjórnarlógir ofta eru við at skapa karmar um ein felags identitet

og felags virði og ikki bert, sum verandi føroyska stýrisskipanarlóg, ein reglugerð fyri politisku skipanina og stovnar hennara.

Greinin hjá Caroline Taube viðgerð smíðið av stjórnarlógum í baltisku londunum, nú hesu fingu fullveldi eftir endan á kalda krígnum. Henda grein er áhugaverd, tí hon vísir á trupuleikan við stødd (fólkatali) hjá hesum londum og teir trupulleikar, tað kann hava við sær - so sum ógegni og førleika hjá dómarum - og møguligar loysnir í hesum sambandi. Her er avgjørt okkurt hjá okkum føroyingum at læra av.

Eivind Smith letur greinina ”Grundloven som lov og som symbol”. Hon snýr seg um grundleggjandi spurningar um endamálið við stjórnarlóg, dómstólaroynd og stjórnarlóg sum part av vanligu rættarskipanini.

Eivind Smith er lýstur sum fremsti verji í norðanlondum av hugsjónini um konstitutiónelt demokrati. Í hvussu er hevur ongin norðurlendingur skrivað so nógv og væl um hetta evnið sum Eivind Smith. Hugsjónarliga er Smith ikki at finna millum tey mongu sum halda, at stjórnarlógir hoyra heima í eini skuffu. Heldur er hann fyri, at dómstólarnir aktivt brúka stjórnarlógir eins og aðrar lógir. Hesum sjónarmiðum hevur hann greitt frá í sínum mongu arbeiðum, ið oftast hava snúð seg um *dómstólaroynd* - hvørt og í hvønn mun dómstólar skulu hava rætt til endaliga at tulka stjórnarlógir. At dómstólaroynd er møgulig í eini skipan, kann sigast at vera avgerandi fyri, um stjórnarlógin veruliga verður partur av vanligu rættarskipanini (”den positive rett”) ella mest eitt slag av hugsjónarligari rammu hjá politisku skipanini, sum var ráðandi í Europa fram til nakað eftir 2. heimsbardaga.

Sambært Eivind Smith er ein effektiv stjórnarlóg eitt gott stýringsamboð fyri eitt samfelag. Hetta hjálpir til at skapa stabilitet og kontinuitet, sum ikki kunnu náast á sama hátt í skipanum, har evsti tulkandi myndugleikin av stjórnarlógini meira er hjá tinginum.

Av serliga stórum áhuga fyri føroysku støðuna er tað, tá ið Eivind Smith hugleiðir um ta ávirkan, ið ”*brudd*” ella ”*kontinuitet*” hava á støðuna hjá eini stjórnarlóg sum (tjóðar) ímynd (stjórnarlógir eru ofta týdningarmiklar ímyndir). Sambært honum, vil stjórnarlógin hava veikari støðu sum ímynd í teimum ríkjum, har framhaldið (kontinuiteturin) stendur sterkt í søguligu sjálvsfatanini. Hinvegin verður virðið sum ímynd oftast sterkt, tá ið stjórnarlógin stendur sum ein varði, ið sigur frá, at her er *brotið* við eldri virðir og tikið við nýggjum.

Síðan er tað upp til føroyingar at gera av, um talan er, ella skal verða, um *brot* ella *framhald*, tá ið nýggja føroyska stjórnarlógin kemur í staðin fyri stýrisskipanarlógina.

Bárður Larsen, editor

Constitutions - purpose and design

With this issue of the Faroese Law Review (FLR) we continue to follow up on the Conference on constitution making and constitutional matters, held in March this year. The Conference led to the intended side effect that the FLR editorial board received a lot of interesting material, some of it well suited as law review articles. But at the same time this issue is also marked by the fact that the Faroese Constitutional Committee is about to resume its task of creating a new Faroese constitution. Therefore it is of immediate importance to discuss the whole purpose of making a constitution.

This time we publish articles by the three professors and doctors in law, Eivind Smith from Norway, Caroline Taube from Sweden, and Mark Tushnet from the United States. We are, of course, proud to embrace these authors' articles in this Law Review, as they surely are some of the highest regarded experts in the field of constitutional law ever to publish in the FLR. We are also pleased once again to include news from the public administration, and expect this to become a regular feature in the future.

Mark Tushnet is a leading figure in the United States within constitutional law and his name is not least well-known in the international context of comparative constitutional law. In his article (*New Constitutions in light of Globalisation*) Tushnet reflects on the impact from globalisation on new constitutions.

Tushnet points out that globalisation pulls domestic constitutionalism in two opposing directions. On the one hand, the local units (the states and state-like entities) are no longer able to regulate the different areas of society to the same extent as they used to. A certain amount of power seems to have been taken away from the local units and put in the hands of transnational actors. On the other hand, in Tushnet's view, there is this opposite effect of globalisation, which makes it even more important for the local units in their constitutions to counter the influence from the transnational actors who often don't possess a democratic legitimacy comparable to the local units. Furthermore Tushnet suggests that globalisation as a consequence may make it more important for national units through their constitutions to develop institutions that can help the people to define themselves as members of a distinctive nation.

Here Tushnet strikes on the crucial topic what the whole purpose is with the idea of a constitution. Constitutions actually do contribute to the creation and maintenance of common identity and common values in a society and do not only, as the current Faroese *stýrisskipanarlóg* (the internal Faroese constitution), function as a predominantly technical frame of government.

Caroline Taube deals with constitution making in the Baltic countries after their liberation in the wake of the cold war. Her article is interesting because it touches on the issue of the size (population) of these countries and size related problems - such as (in-) capacities and qualifications of the judges - and possible solutions. We, the Faroese, have a lot to learn from these experiences.

Eivind Smith contributes with the article "*Grundloven som lov og som symbol*" (The Constitution as Law and as Symbol). It mainly deals with basic questions concerning the purpose of constitutions, judicial review, and the constitution as a part of positive law.

Eivind Smith has been characterized as Skandinavia's most eager and competent proponent of the idea of constitutional democracy. At least no other Skandinavian has written so much and so well in the field. Ideologically Smith is not to be found among the considerable number of scholars and politicians who prefer constitutions to be hidden away in the drawer. On the contrary he supports the view that the courts ought to apply constitutional provisions in cases before the courts as it would in relation to any other "regular" provision in the legal system. These views of his has been elaborated in numerous publications on the subject - most often on judicial review and to what extent it is the province and duty of the judicial department to say what the constitution is. Constitutional review as a privilege for the judicial branch of government may well be said to be decisive for whether the constitution will be part of the "ordinary" legal system or - as generally in Europe until some time after World War 2. - mainly a kind of ideological framework, sending recommendative directives to the political system.

According to Eivind Smith, an effective constitution can be a useful instrument in governing a society. An effective constitution will contribute to a level of stability and continuity, which will be more difficult to achieve in a system where construction of the constitution mainly is reserved to the legislature.

Of the outmost relevance to the Faroese situation are Eivind Smith's reflections on the influence that *break* or *continuity* has on the position of a constitution as a (national) symbol. According to Smith, a constitution's position as symbol will tend to be weaker in states whose history is characterized by continuity. On the

other hand, the constitution's position as a national symbol is likely to be strong in states where the constitution functions as the milestone marking a point in time where old values were rejected and new ones acclaimed.

Now it is up to the Faroese to decide whether the new Faroese constitution that will succeed the old frame of government (*stýrisskipanarlógin*) is to be considered as a *break* or *continuity*.

At halda FLR

Ætlanin hjá ritstjórnini fyri 2003 er, um umstøðurnar verða til tess, at geva út 3 rit, og sum áður fráboðað verður kostnaðurin fyri at gerast haldari kr. 300,00 fyri árgangin

Haldarar kunnu gjalda á konto okkara sum lýst niðanfyri.

Ritini kunnu eisini keypast í leysasølu fyri 130,00 kr. fyri riti.

Subscribing to the FLR

Faroese Law Review is published three times each of the first two years – 2001 and 2002. This volume of the Faroes Law Review (no. 1, 2 and 3) will cost DKK 300.

Each volume (3 issues) costs DKK 300 in subscription, payable to:

Account no. 6460-162.300.3

Bank: P/F FØROYA BANKI

SWIFT Code: FIFB FO TX

Bank Address: Húsagøta 3, P.O. Box 3048. FR-110 Tórshavn

Professor, dr.juris *Eivind Smith*, Universitetet i Oslo

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 orsøk 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 týdningi 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.

Orsøk 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 stjórnarrættarligum spurningum enn norðanlond.

Til ber at leggja eftirlitið við stjórnarlógini til vanligu dómstólarnar, sum í Danmark, Noregi ella USA. Slík skipan hevur tann fyrimunin, at hon er einføld, men kann hinvegin hava við sær, at 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 arbeiðshátt 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 at fáum fakliga kvalifiseraðum persónum og at fáa nóg trygga persónliga og sosiala frástøðu millum dómarar og politikkarar.

Eisini millumstøður kunnu hugsast. Ein møguleiki er sum í Estlandi at nakrir limir í vanliga 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 midsommarafton 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 enkelhets 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 skrittvise 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 ”Løgtingslog um 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 Norge[7] – 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. Konstitutionen som politiskt 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 konstitutionens normativitet, i: *E. Smith* (red.): Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt 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 halvseklet”: 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 skreven 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 ytringsfrijhet 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 "preambel" 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 «parlamenter» 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, samtidigt med at give en lov, definitivt har avgjort spørgsmålet 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 lovbestemmelsers 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 anvender, 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 resonnement som ligger til grunn for fremveksten av domstolskontroll med lovgivning i både U.S.A. og Norge. I Chief Justice *Marshalls* 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 forsåvidt 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 trollbinde 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 Norden[34]

Selv om påvirkningen over Nordsjøen har vært sterk fra et system der "parlamentets suverenitet" er den konstitusjonelle grunnorm, 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 rettstvister. 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 grunnlovsbestemmelser.[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 domstolers 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 „forfatnings-domstolene“ 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 «rettighetskataloger». 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 domstolssystemene 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. Eksemplene 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

europeiske 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 rettstvister 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 bade menneskerettsdomstolen og EF-domstolene i prinsippets driver konkret normkontroll, slik som f.eks. de høyeste ordinære domstolene i Danmark, Norge og USA.

Jur. dr. Caroline Taube, University of Oslo

Singing revolutions?

Constitution building in the Baltics and the Faroe islands

Føroyskt úrtak: Syngjandi Kollveltingar?
Grundlógarsmíð í baltisku londunum og í Føroyum.
Síðst í 1980'unum var gamli siðurin at savna nógv fólk í stórum tjøldum at singja tjóðskaparsangir við at endurreisa tjóðskaparrørslurnar í Estlandi, Letlandi og Litava. Tað eydnaðist at løsa londini frá Sovjetsamveldinum og henda frælsistilgongdin fekk heitið "syngjandi kollveltingin". Tey trý fóru síðani undir at smíða nýggjar stjórnarlógir. Føroyingar hava – umframt sangmentanina – eisini tað til felags við baltisku londini at skula smíða eina stjórnarskipan til uppá seg smá viðurskifti. Í baltisku londunum vóru tað serliga undir lógkønir, sum saman við nøkrum tingmonnum skrivaðu nýggjur stjórnarskipaninar. Tey, ið smíðaðu hesar nýggju grundlógir gjørdust ofta sjálvi limir í teimum ovastu dómstólunum, sum skuldu døma eftir, rætta og tulka hesar nýggju lógir. Onnur avbjóðing var at taka støðu til, hvussu nýggju stjórnarlógirnar skuldu samtykkjast – á tingi ella á fólkaatkvøðu, við vanligum, avgjørdum ella serliga stórum meiriluta? Eisini var spurningurin frammi, um londini heldur skuldu venda aftur til tær gomlu grundlógirnar frá tíðini undan sovjetsamveldinum. Uppií hesum var spurningurin, um londini skuldu velja tað einstreingjaðu skipanina við tingræði (parlamentarismu) ella heldur leggja størri dent á valdsbýti við forsetaskipan. Felags fyri londini var, at tey funnu fram ymsar serliga politiskar stovnar við uppruna í egnu siðvenju teirra, eitt nú lógarkanslaran í Estlandi, og at hesar nýggju stjórarnarlógir gjørdust sera týðani tjóðskaparligar ímyndir.

Introduction

In the late 1980s, the tradition to gather and sing in huge song festivals made up the starting point for a national awakening in Estonia, Latvia and Lithuania. Liberation from the Union of Soviet Socialist Republics (USSR) and restoration of statehood were the ultimate results from this political movement which has entered the history books as the "the singing revolution". Except the common feature with the Faroe Islands of a vital singing tradition, these three states are

comparatively small (1.35, 2.4 and 3.6 million inhabitants respectively) and thus provide questions of particular relevance to small states or polities. The aim of this article is to present some themes connected to the constitution building in Estonia, Latvia and Lithuania that may be of interest to the Faroe Islands.

The term "Baltic" is often used to put these three states into one group and to treat them almost as a unity. This is misleading as Estonia, Latvia and Lithuania differ very much from each other when it comes to language, religion and historical experiences. The occupation and annexation in 1940 and the experience of being incorporated into the USSR for about 50 years remain the common factor. However, the term "Baltic" is indeed correct with respect to geography as these states are located by the Baltic Sea. Using this argument, even Sweden is a Baltic state (comparatively small and with a singing tradition!) and therefore some examples will be picked from Swedish constitutional law.

I. Constitutional drafters and staffing resources in small states

The first theme connects to the discussion on the question of which groups of persons that are involved in writing the constitution – "We, the experts" and/or "We, the people". The dilemmas that are relevant in the context of the Estonia, Latvia and Lithuania concern the constitutional drafters as such and their later positions, and problems that relate to personal and professional ties.

The choice of constitutional drafters touches a difficulty that hits small countries in particular. The circle of people who are qualified and interested in constitutional law is limited. It can be expected that those who participate in the drafting process already hold – or later will hold – a position in the state where he or she will make active use of the Constitution (in political positions of various kinds, in positions within the judicial system, e.g., as a constitutional judge). In that sense there is a risk of rotation of the same people in certain positions. The smallness of a state (or polity) contributes to inevitable personal ties which in turn will give rise to situations where decisions or standpoints may be questioned because of the personal connections or positions favoured during the drafting process. Considering the choice of constitutional drafters and their later positions in Estonia, Latvia and Lithuania, there are several examples of the outlined situations.

The process of state building and constitution-making differs in *Lithuania* compared to the other countries because of their different approaches to independence. In March 1990, Lithuania declared independence and adopted a transitional constitution. This Provisional Basic Law did not provide for any substantial changes of the existing state institutions. The preparation for drafting a completely new constitution was initiated in the early summer of 1990. A small constitutional

commission consisting of some lawyers was established; the task was to prepare a sketch for a future constitution. The further preparation of the new constitution was to be undertaken by a working group consisting mainly of lawyers and deputies. However, the tense relation to Moscow in 1990-1991 overshadowed the further procedure, and a new constitutional commission was not set up until the end of 1991. This commission had 14 members (nine lawyers, two philosophers, one economist, mathematician and physician) and it was chaired by the associate professor Kestutis Lapinskas.[1]

In *Estonia*, the Declaration of Independence (August 20, 1991) prescribed the procedure on how to elaborate a new constitutional order. A Constituent Assembly was to be established, and it would draft a new constitution that was to be adopted by referendum. In September 1991, the Constituent Assembly was set up, consisting of thirty members of the Congress of Estonia and thirty members of the Supreme Council. This composition represented the two elected political assemblies elected in March 1990, together representing the ideas of independence, legal succession, actual power and formal legitimacy. The chairman of the Constituent Assembly was Tõnu Anton.[2]

In *Latvia*, the idea to draft a new constitution was suggested in 1989, but in the following discussions a re-instatement of the Constitution of 1922 was maintained. The Declaration of Independence (adopted on May 4, 1990; it did not imply a declaration of full independence, cf. Lithuania) stated that a commission would be set up and revise the Constitution of 1922 in order to make it "correspond with the present political, economic and social situation". The Constitution of 1922 was a liberal constitution inspired by the Weimar Constitution of 1919. A commission of 22 deputies of the Supreme Council was set up in July 1990 under the chairmanship of the lawyer Aivars Endzins.[3]

Today, in 2003, we can conclude that the former chairmen of the respective constitutional commission are members of the judicial body that exercises review of the constitutionality of legislation – the Constitutional Review Chamber of the Supreme Court of Estonia, the Constitutional Courts of Latvia and Lithuania

[1] A. Hollstein *Das staatsorganisatorische Modell der neuen litauischen Verfassung. Ein dritter Weg zwischen präsidialem und parlamentarischen System?* Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1999, pp. 71-77.

[2] R. Maruste and H. Schneider "Constitutional Review of Legislation in Estonia – its Principal Scheme, Practice and Evaluation" in *Constitution as a legal base for a system and functions of organs of the state* The 4th Baltic-Norwegian Conference on Constitutional issues, Estonian Academy of Sciences, Tallinn 1996, p. 91.

[3] Resolution "On the Organization of the Working Group for the Working Out the New Wording of the Republic of Latvia Constitution and Citizenship Conception Projects of the Republic of Latvia" (Act 116 of 1990, July 31, 1990).

respectively. In Estonia there is the said chairman of the Constituent Assembly, and in Latvia there are in all two constitutional drafters in the present composition of the Constitutional Court. Lithuania is the extreme example: In the present composition of the Constitutional Court (it changes in part every third year), not less than 7 of 9 justices participated at various stages and in various ways in the constitution-making process. Such a background of the justices, combined with the young age of the Constitution, moreover contributes to the fact that it is hardly possible to find out a "one and only" meaning of a certain article of the Constitution. The standings taken during the constitution-making process somehow continues in the deliberations of the Constitutional Court.[4]

Whereas the Estonian and Latvian constitutional drafters were members of parliament (MPs), also some of the Lithuanian constitutional drafters were MPs. In both Latvia and Lithuania, one of these MPs was later Minister of Justice for a while. Another interesting example of a career where a constitutional drafter later circulates in different positions is a Lithuanian justice who was a justice of the Constitutional Court 1993-1996, then a MP in 1996-1999 and who is anew justice of the Constitutional Court. The manifold experiences are explained by the unique period of state building; the lawyers involved in the political and constitutional transformation that started in the late 1980s were the architects of the legal reforms.

The most vivid example of a challenge to one of these courts because of former professional/personal ties to a political organ is a Latvian case where three justices of the Constitutional Court were challenged for not having the right to review a case. Two of them had participated in passing the disputed legislation, and one was married to the Chairman of the Saeima (the parliament). The *Constitutional Court Law* was later changed to state that no challenge of judges of the Constitutional Court could be expressed![5] Indeed, such a solution resolves the problem only on the surface. Professional and/or personal ties will always constitute a risk that may affect the credibility of an institution. However, if accepting a challenge of the kind in Latvia, one can also imagine that many decisions and necessary procedures could have been prolonged or even stopped in the 1990s because of challenges – whether justified or not – of this kind.

If there is any remedy to situations like this, it should be the emphasize of full openness in election and appointment procedures. In small states it will be even

[4] E. Kuris "Judges as Guardians of the Constitution: 'Strict' or 'Liberal' Interpretation?" in E. Smith (ed.) *The Constitution as Instrument of Change* SNS Förlag, Stockholm 2003.

[5] A. Endzins "Issues on interpretation of legal norms in the practice of the Constitutional Court of the Republic of Latvia" unpublished manuscript presented at a Venice Commission seminar in Kiev 1998, pp. 8-9.

more crucial than in bigger states. Strict integrity and professionalism when holding a position will also remain of utmost importance. Yet an additional option is an arrangement that prescribes foreign participation.[6] The dilemma of such a solution lies in a foreigner's less developed understanding of both the local language and of local traditions, while the advantages consist in his or her non-interest in potential local conflicts in addition to the professional competence.

The overall question boils down to when a polity is simply too small to host certain institutions. Considering the risks connected to professional and/or personal ties, when will the staffing resources be too limited? This will be decisive for when an organ/institution of the state or polity cannot enjoy a full credibility anymore. In case the determination to establish a certain organ/institution of the polity still remains strong, e.g., for symbolic reasons, it seems necessary to accept some kind of foreign participation. Seen from the outside, there will otherwise be a constant risk of challenges against the organ/institution and its staff, regardless of its professionalism and integrity.

II. Old or new constitutions: Constitutional choices?

The constitutional choices made in Estonia, Latvia and Lithuania has been determined by their previous constitutional experiences during the interwar time. These experiences were very mixed: As young democracies, these states failed and there were periods of authoritarian rule in each. The question of how to define the presidency was therefore topical in the constitution-making process in the early 1990s; former mistakes were not to be repeated. The electoral system has also required serious consideration, as the conditions for referenda (legislative and constitutional).

Despite the problems of the interwar time, that period was also the first time ever when Estonia and Latvia existed as independent states. The history of Lithuania differs. Considering the interwar time as a period of national pride, this contributed to controversies in the constitution-making, especially with regard to the question of how to define the presidency. An additional and complicating factor in that

[6] One example is the Constitutional Tribunal of Andorra where France's President of the Republic in his role as a one of the two co-princes of Andorra shall nominate one of four justices (Constitution of 1993, articles 43 and 96). This member of the Constitutional Tribunal seems to be selected from among French law professors. The situation in Bosnia and Herzegovina differs profoundly from most other states as its constitution results from an international treaty, the Dayton Agreement of 1995. However, it should be noted that this Constitution establishes a Constitutional Court where three of nine members shall be citizens of foreign states, albeit not of the neighbouring states; these members are selected by the President of the European Court of Human Rights after consultation with the Presidency of Bosnia and Herzegovina (Constitution of 1995, Article VI section 1).

respect was the activity and future political aspirations of the strong personalities who headed the independence movements.

Yet another aspect on influence on the constitutional choices is the manner of adopting the constitution, by referendum or by a decision of parliament. If a referendum shall be held and if a successful result shall be reached (i.e. sufficient support for the new constitution), this demands even further compromises with the people, the constituent power. This way of settling the constitution may go beyond arguments of the experts and the constitution-making process may become somewhat contradictory if there are clashes between the "good constitutional solutions" presented by the drafters and the preferences of the electorate.

This background explains the main arguments in the constitution-making procedure that determined the compromises eventually achieved in Estonia and Lithuania. As will be seen, the constitutional choices had another character in Latvia.

Estonia and Lithuania: The new constitutions of 1992

In *Estonia*, the work started by choosing a working draft as a point of departure; several drafts and also the constitutions of 1920 and 1938 were considered. Two drafts were rejected because of their poor quality, and among the remaining drafts, two favoured a strong presidency while one draft enhanced a parliamentary system. Out of the two models of presidency, one draft was rejected since it granted too much power to the President. The second alternative was the proposal to re-instate the Constitution of 1938, a suggestion that was rejected for the same reason. It was considered as unsuitable for modern democracy.

The Constituent Assembly finally decided to use the only constitutional draft that featured a parliamentary democracy. It had been prepared by some members of the dominant group of the Congress of Estonia, the National Independence Party. Thus, the drafting process continued and the final draft provided for a strong, unicameral parliament. Rights and responsibilities of non-citizens were included in the Bill of rights and freedoms.[7]

Despite a campaign for the re-instatement of the Constitution of 1938 launched by a right-wing group short time before the planned referendum, the final draft of the Constituent Assembly was adopted by referendum on June 28, 1992. It was approved by 90% of the voters (interwar citizens and their descendants, approximately two-thirds of all the residents in Estonia), along with the *Constitution of the Republic of Estonia Implementation Act*. This Act prescribed that the first President of the Republic should be elected directly by the people, and that there

[7] R. Kionka "Estonia" in *RFE/RL Research Report Vol. 1 no. 27, July 3, 1992*, pp. 58-61.

would be a right of popular initiative for amendments to the Constitution. Both conditions were crucial for passing the Constitution. Mr Eerik-Juhan Truuväli, the Legal Chancellor, once pointed out that "*It is a public secret that two articles of the Implementation Act, namely the direct election of the first President and the right to initiate amendments to the Constitution by way of public initiative, were, I would say, political promises to insure the passage of the Constitution by the referendum*."[8] More than 10 years after these constitutional debates, the question of direct election of the President repeatedly turns up as a matter of discussion.

In *Lithuania*, the constitutional commission established in 1991 presented two constitutional drafts at the end of April 1992. The first draft, supported by the majority of the commission, advocated a parliamentary democracy. The second draft called for a presidential democracy; it was supported by three members of the commission. The first draft was presented as the proposal of the commission.

However, soon afterwards a new constitutional draft based on the draft of the commission's minority was presented by a political coalition ("For a democratic Lithuania") formed by Sajudis.[9] Moreover, Sajudis suggested that a referendum was organised on the matter of a strong presidency. This referendum was held in May 1992 (69.48% were in favour of a strong presidency whereas 25.58% voted against); it was invalid because of a low participation.[10] It may be noted that a constitutional draft advocating a strong presidency, inspired by the Constitution of 1938, was presented already in February 1992 by the Liberal Union (supported by Sajudis).

In the late spring of 1992, there were thus two alternative constitutional drafts, advocating a parliamentary and a presidential system respectively. A compromise between these drafts was finally worked out. Except the presidency, the main controversies concerned constitutional referendum and the term of office of the Seimas (the parliament). The final draft for the new constitution was published about a fortnight before the referendum which took place the same day as the parliamentary elections, on October 25, 1992. The new Constitution was approved by 75.4% of the voters, and in all 57% of the electorate.[11]

---

8 Legal Chancellor: Annual report 1994 in *VII Riigikogu Stenogrammid, vol. V, 1994*, pp. 553-565.

9 *Sajudis* was the name of a mass movement founded in 1988 the political aim of which was political and economical reorganization, later independence from the USSR. Its leader was Vytautas Landsbergis.

10 S. Girnius "Lithuania" in *RFE/RL Research report Vol. 1 No. 27, July 3, 1992* pp. 67-69, and Hollstein (1999) pp. 78-82. See also C. Taube *Constitutionalism in Estonia. Latvia and Lithuania. A Study in Comparative Constitutional Law* Iustus Förlag, Uppsala 2001, pp. 51-52 with references.

11 Hollstein op. cit. pp. 83-85.

Latvia: Re-instatement of the Constitution of 1922 (in 1993)

Latvia has taken the somewhat original step to re-instate the constitution from the interwar time, the Constitution of 1922. The idea to turn back to this document was outlined in the Declaration of Independence of 1990: Four articles of the Constitution were re-instated in order to provide constitutional continuity with the year 1940 when the constitutional order was suspended. The decision to re-instate the Constitution in its entirety was to be taken by the Saeima (the parliament) elected in June 1993, the first free elections after regaining independence. This order of events was realised.

The work of the constitutional commission established in 1990 did not give rise to any changes of the document; it was good enough. The Constitution of 1922 is inspired by the Westminster model of parliamentarism with a Saeima (the parliament) and an executive body (the Cabinet of Ministers) responsible to it. The Head of state, the State President, is elected by the Saeima and has a ceremonial role. There are several means of direct democracy through popular initiative, legislative and constitutional referenda. The Constitution was not amended during the authoritarian rule in the 1930s; it was suspended and therefore kept its democratic character. This explains why it could be made use of again, establishing an institutional-political set up that remained workable even in the present time.

Considering the needs for modernisation and adaptation to modern standards of Western democracy, the Constitution of 1922 has presented advantages due to its open and incomplete character. It can be amended rather easily (quorum of 2/3 of the total number of 100 MPs, and 2/3 vote, in all a majority of 46 MPs).[12] However, the fact that a constitution may be amended without greater difficulty can imply disadvantages. It can pave the way for doubtful short-sight changes only to satisfy the electorate before elections (like the amendments in 2002 on state language), or even for swift changes of the political system as such, even if this danger seems far-fetched at the moment in Latvia. The Constitution of 1922 has been adjusted step by step. The most important constitutional amendments include the prolongation of the term of Saeima from three to four years, the establishment of a constitutional court and the adoption of a bill of rights. The question of direct election of the State President has been raised – by the current State President – but no further steps have been taken to amend the Constitution.

The choice to reinstate the Constitution of 1922 may be analysed from various angles. First, it should be questioned whether it was favourable to re-instate a constitutional order the deficiencies of which made it possible to pave the way for

[12] Satversme (Constitution) (February 15, 1922) art. 76.

authoritarian rule in the 1930s (insufficient of control mechanisms, issuance of Cabinet regulations with the force of law according to Article 81, legislation on parliamentary elections that lacked a small-party threshold and caused a serious fragmentation of the Saeima).[13]

It also seems natural to consider the adoption of a new constitution as an opportunity to create a new and comprehensive institutional framework that will start the operation of all political organs and institutions at the same time and on equal terms. Institutions added later may otherwise face difficulties for reasons of prestige or competition with existing institution, i.e. a lack of acceptance. Thereby the new institution may have problems to function in full; an example from the Latvian context is the Constitutional Court which faced difficulties of this kind.

Despite these arguments, it must not be neglected that Latvia saw a period of severe political and ethnic instability in the (early) 1990s; this may have contributed to the eventual "choice" of constitution. A constitution-making process requires a true ability and determination to work out political compromises; in a politically shattered country this process will be very hard to accomplish. Considering the outcome in Latvia and comparing with the main arguments and proceedings in the respective drafting process in Estonia and Lithuania, the Constitution of 1922 still provided a fully acceptable model of democratic government for the further political development. And the "constitution-making process" did not pave the way for political figures with presidential aspirations, contrary to the situation in Estonia and Lithuania.

III. Symbolic issues

Under this heading I will discuss various matters that connect to the previous theme of new/old constitutions and institutions that may serve as symbols for a country, its history and continuity.

The choice of Latvia to re-instate the Constitution of 1922 underlines the continuity with the interwar state, the "first republic".[14] It may be discussed whether this

[13] The *Law on Saeima Elections* (1922) was re-instated in 1992 although in a revised version that included a small party threshold. On the impact of the Election law in the 1930s, see further the discussion in the Constitutional Court: Case No. 2002-08-01 on Electoral systems (September 23, 2002) at http://www.satv.tiesa.gov.lv/Eng/spriedumi/08-01(02).htm. See also J.J. Linz and A. Stepan *Problems of Democratic Transition and Consolidation* The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London 1996, p. 83 and C. Taube op. cit. pp. 54-55.

[14] The position in all three states is that there is state continuity with the interwar states – they never ceased to exist. Because the USSR's aggression and threats of force, occupation, and subsequent annexation in 1940 of the interwar states were contrary to international law, the incorporation into the USSR was invalid. State continuity can be distinguished from state succession; it would have implied secession from the USSR through the procedure set forth in the USSR Constitution (see C. Taube op. cit pp. 33-44 with references).

constitution also has the status of a state founding act, similar to the constitution of the USA or of Norway. It is too early to give an answer. However, the Peace Treaty of Riga (1920) between Latvia and Russia is probably much more important in that respect. This is certainly the case of the Peace Treaty of Tartu (1920) between Estonia and Russia which was even labelled the "certificate of baptism" of Estonia by former President Lennart Meri. These peace treaties would assure peace and independence for eternal time and they also defined the territory of the interwar states, boundaries that have been claimed most actively in Estonia in the 1990s. The symbolic role of the Peace Treaty of Tartu is confirmed in the Constitution of 1992, stating that "The land boundary of Estonia is determined by the Peace Treaty of Tartu of 2 February 1920 and by other international boundary agreements" (Article 122).

The new constitutions in Estonia and Lithuania, on the other hand, also have an important symbolic role as the basis for the modern democratic state. Similar to the situation in other countries of Central and Eastern Europe and South Africa, the new constitutions have the function of introducing new political and legal programmes as well as a new institutional set-up. The need for a revision of the form of government as provided by the authoritarian constitutions of 1938 was nothing but a necessity in present times. Choosing a new constitution has entailed an opportunity to improve former constitutional models in order to provide a functioning and permanent form of democracy suited for the present day, similarly to the case of Spain and Portugal in the late 1970s upon the end of the authoritarian regimes. A possibility of the former Soviet satellites was that of keeping and adjusting the communist constitution. Hungary was the only country that followed such a path; the radically adjusted Constitution of 1949 now appears in a new shape. This exception may be explained by an earlier and smoother start of the legal transition and by the influence of the Constitutional Court. All other states in Eastern and Central Europe have adopted new constitutions.[15]

A short comparison with Sweden on the symbolic role of a constitution: The written constitution has not been significant for the creation of the Swedish state as such, and there is hardly any popular awareness of the Instrument of Government (1974). This is because Sweden has existed for a very long time as an independent state and because Sweden has never experienced occupation or subordination to the rule of another country. With regard to certain legal institutions, however, the situation is different. There is a strong tradition of protecting the freedom of the press, freedom of information and freedom of expression. The

[15] Albania (1998), Belarus (1994, essentially amended 1996), Bosnia and Herzegovina (1995), Bulgaria (1991), Croatia (1990), the Czech Republic (1993), Macedonia (1992), Poland (1997), Romania (1991), Russia (1993), Serbia and Montenegro (2003), Slovakia (1992), Slovenia (1991), Ukraine (1996).

symbolic role of these rights and freedoms is considerable, a fact that is reflected by their being regulated in separate constitutional acts.

Among legal institution of particular interest in Estonia, Latvia and Lithuania, the Legal Chancellor of Estonia should be mentioned as the most important example. This organ was established in the Constitution of 1938 and implied a kind of advisory role to the President along with supervisory functions in relation to the administration. The Constitution of 1992 also establishes a Legal Chancellor, although its role differs from the 1938 version. It includes the control of legislation ex ante (in an advisory function), and the Legal Chancellor may also submit petitions ex post to the Constitutional Review Chamber for review of the constitutionality of legislation. In addition, the function as ombudsman was added in 1999. It may be argued that the Legal Chancellor has too many functions and may interfere into too many spheres, but the counterargument in Estonia has been that this is a practical and economical solution for such a small country. Even if the functions of the Legal Chancellor of the respective constitutions are different, it seems nevertheless important to keep and develop old institutions. It can be assumed that this is a more appropriate way to go in comparison to the introduction of new and completely unfamiliar institutions (legal transplants). The constitutional traditions of the state thus continue.

Other legal institutions or constitutional rights that are of particular interest to a certain state often concern the language and national identity or other more specific issues. This depends on the political history and living conditions of and in a given state. In Estonia, Latvia and Lithuania, the state language is seen as a symbol for survival of the respective nation, despite periods of subordination to Russian rule and to the Russian language. But the protection and promotion of the state language have consequences to the minorities living in these states, especially in Latvia and Estonia, thus constituting a source of major political controversies and individual frustration.

In the context of Sweden, it is relevant to mention the so-called "allemansrätt" in this context. "Allemansrätt" means the right of every person of access to nature (walking in the forest, picking flowers, berries and mushrooms, canoeing in lakes etc within certain limits) even if the piece of land (forest, beach plus water etc) belongs to someone else. The right of access to nature was not codified at the constitutional level until 1994 (IG 2:18 section 3) although it makes up a custom since a very long time.[16] In that sense it was a somewhat symbolic step to include the "allemansrätt" in the Instrument of Government. In the context of the Faroe

[16] Instrument of Government (1974, as amended) Chapter 2 Article 18 reads:
"The property of every citizen shall be so guaranteed that none may be compelled by expropriation or other such disposition to surrender property to the public institutions or

Islands, the right to fish for private consumption and the right to get a share of the whale catch seem to be parallel examples of rights that may be regulated in a future constitution.

Concluding remarks

Constitution building is challenging, especially in small states or polities. Some institutional arrangements will simply require a particular awareness of the potential risks of conflicting interests or personal ties between the persons in power. The role of the constitutional drafters and their later activities in the constitutional courts of Latvia and Lithuania respectively is one illustrative example. Whether this has constituted an actual problem in these states is, however, another question. It seems as if the smallness of a polity requires a somewhat broader participation, and that inherent limitations by necessity give rise to untraditional and innovative institutional solutions. One example is the Legal Chancellor of Estonia with its manifold functions, an arrangement that has developed under the legal and practical needs and preconditions of the Estonian society. With regard to the Faroe Islands, the smallness of the polity is problematic if an independent Faroese judiciary is to be created. What the untraditional solution may consist of in this case remains to be seen; participation from the outside is a possibility that is worth considering.

Considering the various symbolic issues, the constitution building is obviously not only about shaping the model of government and various institutions. The historical experiences and traditions of a state or a polity may have an important role in this process by providing inspiration for the future constitutional regulation. Hence a people may perceive the constitution as a national document that reflects the people's history and identity; the democratic legitimacy of the constitution may thereby become stronger.

to a private subject, or tolerate restriction by the public institutions of the use of land or buildings, other than where necessary to satisfy pressing public interests.

A person who is compelled to surrender property by expropriation or other such disposition shall be guaranteed compensation for his loss. Such compensation shall also be guaranteed to a person whose use of land or buildings is restricted by the public institutions in such a manner that ongoing land use in the affected part of the property is substantially impaired or injury results which is significant in relation to the value of that part of the property. Compensation shall be determined according to principles laid down in law.

All persons shall have access to nature in accordance with the right of public access, notwithstanding the above provisions."

(The English translation of the Instrument of Government is available at http://www.riksdagen.se/english/work/fundamental/government/index.htm.)

Mark Tushnet[1]

New Constitutions in Light of Globalization

Føroyskt úrtak: Nýggjar grundlógir í ljósinum av alheimsgerð
Alheimsgerð (globalisering) dregur innlendis stjórnarskipanir tveir mótsettar vegir í senn.

(1) Tann økta áviraknin hjá altjóða stovnum á innlendis viðurskifti – eisini tann hjá altjóða fyritøkum, óheftum altjóða felagskapum, og hjá millumlanda stjórnarligum felagsakapum sum Heimshandilsfelagskapinum (World Trade Organization, WTO) – minkar um valdið hjá almennum innlendis stovnum á landsins viðurskifti. Altjóðagerðin ger tí innlendis stjórnarskipanir minni týðandi enn tær hava verið, og gloppa samtundis hurðina fyri stjórnarligum nýskipanum sum øktum heimastýri, stovnum, ið fevna um øki tvørturum landamørk, og fyri fullveldi hjá londum, sum fyrr vóru hildin vera "ov smá" til slíkt.

(2) Og tó, sama økingin í valdinum hjá millumalanda stovnum ger tað eisini meiri týðandi at tryggja, at nóg mikið av valdið verður eftir hjá stjórnarstovnum at ansa eftir teimum altjóða. Har sum valdið er runnið frá stjórnunum til aljóða fyritøkur, uttan at nakað mótsvarandi vald er lagt til almennar millumlanda stovnar, er innlendis vald tann einasti møguleikin at ansa eftir privatum altjóða valdi. Harafturat kemur, at nógvir millumlanda stovnar hava eitt sonevnt demokratiskt undirskot, og eru teir tí ikki nøktandi at seta í staðin fyri innlendis demokratiskt sjálvræði. Loksins kann alheimsgerðin gera tað meiri neyðugt hjá tjóðlondum at menna sínar egnu stovnar at skapa karmar hjá fólkinum í landinum at kenna seg sum partur av eini tjóð.

Altjóðagerð ger tí innlendis stjórnarskipanir minni týðandi og meiri týðandi. Spurningurin fyri grundlógarsmiðir in okkara tíð er at menna stovnar, ið megna at taka ímóti avbjóðingunum frá hesum mótsettu toganum, serliga við at styrkja landsins støðu á summum økjum, men samstundis viðurkenna, at innlendis skipanir á øðrum

[1] Carmack Waterhouse Professor of Constitutional Law, Georgetown University Law Center. I thank John Jackson, Vicki C. Jackson, and Daniel Tarullo for comments on an earlier version of this paper.

økjum fara ikki at megna at ráða á tann hátt, sum stjórnarvaldið higartil hevur verið hildið at megna.

There is an escapable tension in creating a new constitution in the era of globalization. Constitutions are, among other things, assertions of a form of sovereignty.[2] Yet, the conventional wisdom is that globalization either means or brings in its train the reduction of the effective sovereignty of individual nations, in degrees varying from nation to nation. Transnational actors – be they corporations, nongovernmental organizations, or intergovernmental organizations – are said to influence the development of domestic policy to the point where those actors, rather than the purportedly sovereign national law-makers, are the *effective* locations of power. As Susan Strange put it, relative to classical nation states, sovereignty in a globalized world flows upwards – away from the national sovereign to supranational bodies–, downwards – away from that sovereign to local jurisdictions or agglomerations of subnational jurisdictions from different nations (regionalization)–, or even evaporates – flows away from national sovereigns to non-governmental actors like transnational corporations.

The enterprise of creating a constitution in such a world might seem pointless. If sovereignty has fractured, why bother to create a constitution for a now-irrelevant national government?[3] Yet, globalization has another effect, pointing toward the greater importance of sovereign power. As power to affect domestic policies flows outside the national borders, it may become all the more important to *enhance* the power of the national government through constitutional revisions and the like.

Before proceeding further, it may be helpful to clarify my perspective. I am concerned with how institutions work in the world – a functionalist, in jurisprudential terms – and believe that understanding how things works precedes and provides the basis for describing them in abstract or conceptual terms. So, for me, the term *sovereignty* is a label to attach to certain functions that institutions perform. On this view, sovereignty can be shared, and it can be assigned to one institution or set of institutions on some subject, and to another institution or set of institutions on another. Perhaps the term referred in the past to a highly aggregated set of functions lodged in the set of institutions called the *nation-state*. From my perspective, disaggregating those functions – and continuing to use the

[2] They are also ways of organizing power within a society, methods of stipulating how laws can be created, etc.

[3] As Dan Tarullo pointed out to me, it is easy to exaggerate the claim that globalization has created a new form of fractured sovereignty. Nominally independent nations subject to imperial domination experienced the effective fragmentation of sovereignty decades ago. Acknowledged as actors in the international arena, they had little effective control over effective policy-making within their territories, which is an aspect of what I have called fractured sovereignty.

term *sovereignty* – is a conceptually permissible move.[4] In what follows, then, I refer to the erosion of *effective* sovereignty while acknowledging that the cession of *formal* sovereignty has been extremely rare.

One reason for adopting the functionalist perspective is that it helps us work our way around some obstacles that a more conceptualist perspective has difficulty with. Consider the problems raised in Michel Troper's discussion of the amendment to the French Constitution that allowed France to participate in the European monetary and economic union created by the Maastricht Treaty of 1992.[5] The amendment provides, "France agrees to transfer of power necessary in order to establish a European economic and monetary union.…" Troper observes that older, seemingly more fundamental constitutional pro visions were left untouched. These provisions state that "the law is always an expression of common will," and that "the people exercise their sovereignty via their representatives."

Troper asks how one can reconcile the EU amendment, which, he says, "accepts breach of essential conditions of national sovereignty," with the basic articles that forbid such a breach? He offers three possibilities. The EU amendment might be "an exception" to the basic principles, with the effect that EU actions "are not the expression of common will," implying that the amendment "sacrifce[s] the democratic principles because the French people, once subject to the laws that do not express common will, cannot be considered sovereign." Second, perhaps the EU amendment "merely provides a more specific determination" of the common will. But, Troper notes, sometimes the European authorities will act through a qualified majority vote against the vote of France. So, it would seem, here "a decision taken against France's vote still expresses common will of the French people," not a comfortable conclusion. Finally, Troper says, perhaps the people "enjoy supranational sovereignty which allows them to amend the constitution at any time." This, however, implies that the people's sovereignty is such that they may exercise it "beyond constitutional forms," even with respect to "breaching 'the essential conditions of sovereignty.'"

Troper finds all these approaches disquieting. But, I believe, this is so only because he approaches the question of sovereignty conceptually rather than functionally. If one thinks that sovereignty can be disaggregated – or fractured, the term I used – there is nothing particularly problematic about a nation's people assigning some aspects of sovereignty to institutions not completely under their control. If one

[4] For a similar perspective, see Louis Henkin, International Law: Politics and Values 10 (1995) ("it is necessary to analyze, 'decompose,' the concept [of sovereignty]; to identify the elements that have been deemed to ber inherent in, or to derive from 'sovereignty'").

[5] Michel Troper, "Transformations of European Constitutional Culture," in Constitutional Cultures (Miros?aw Wyrzykowski ed. 2000).

likes, one could say that after the EU amendment France's people are sovereign with respect to all matters not covered by the EU amendment, and that they participate in some other institutional arrangements that have sovereignty over the matters covered by that amendment.[6]

Modern developments in constitutional design (defined broadly) respond to the opposing pulls of globalization. The most important development in this context is the open acknowledgement, through institutional design, of the way in which sovereignty has fractured.[7] The classical tradition of constitutional design offered only two choices – a unitary national state in which all sovereign power resided, and federations in which sovereignty was split between the nation and subnational units, with an allocation in the constitution of specific competencies to the nation and the subnational units coupled with some specification of whether the residue of power (that falling outside specific enumerations) was located in the nation or in the subnational units.

Modern developments make a host of new choices available. The nation can share its power with the subnational units, of course, or – as in treaties that create ongoing law-making bodies like the World Trade Organization or the European Court of Human Rights – it can share its power with other nations or supranational bodies. More interesting, perhaps, subnational units can share their power with each other, through pacts between the units of a single nation, or they can share their power with other nations or with the subnational units of other nations. Subnational units can be represented in transnational law-making bodies, and regional governments can regulate the activities of subnational units in different nations.[8]

The relation between globalization and these new options for constitutional design is this. As Alexander Hamilton wrote in the first *Federalist* paper, con-

[6] I understand the existence of a difficulty some scholars of European law have with such a formulation. They believe that sovereignty can only be exercised by a people, and that, there being no European people (yet), the people of France cannot participate in European institutions that exercise sovereignty. Again, I believe that this is the product of a conceptualism that obscures the matters of true interest, such as how to design democratic institutions to make decisions for a population that is not a people, how to design institutions that do not override the differences that constitute the population as an aggregation of different peoples, and the like.

[7] Another important design innovation, which I do not discuss here, is the creation of new *forms* of judicial review that determine whether legislation conforms to fundamental human rights.

[8] *See* John H. Jackson, *The Great 1994 Sovereignty Debate: United States Acceptance and Implementation of the Uruguay Round Results*, 36 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 157, 160 (1997) (describing "sovereignty" as a term used to refer to contested questions of the allocation of power with respect to varying subjects).

stitutional design subjects institutional development to reason and choice rather than force and history. Globalization fractures sovereignty in ways that increasingly put traditional constitutional designs in question, because neither the unitary nation nor the federated nation and its subunits allocate sovereign power in a manner that corresponds to the new distribution of effective power. Today, however, constitution designers can choose – through an exercise of reason – an institutional design that allocates specific powers to subnational units, nations, and organizations of many nations depending on whether effective power over the subject is exercised on the local, national, or transnational levels.[9]

In the remainder of this paper I will address the relationship between globalization, constitutional design, and the division of sovereignty by considering first the possibilities for institutional innovation on the domestic level opened up by globalization, and then the need for developing national and supranational institutions to respond to the diffusion of effective power in a globalized world.

Seen from a domestic perspective, what does a sovereign government do? Obviously no complete enumeration is possible, but one can identify some important heads of power. Domestic governments regulate economic activity – setting conditions for entry into some businesses, specifying appropriate conditions of labor in different industries, and the like. They engage in cultural activities – subsidizing the arts, setting curricula for educational institutions, and the like. They protect the fundamental rights of their members from undermining by the government itself and by private actors. They represent the nation on the international scene – negotiating trade and military defense agreements, stating the nation's position in international fora, and the like.

Classical federalism shows that the actual exercise of these heads of power can be distributed among different institutions within a nation. Principles of subsidiarity, whether enshrined in a constitution or taken simply as guides to policy-development, help allocate governmental power to what is seen as the appropriate level of government. But, modern developments, including globalization, show that these institutional allocations can take place across national boundaries as well.

[9] Probably the only obstacle to constitutional design choices that match some portion of sovereign power to the location of effective power is a traditionalist conception of sovereignty as necessarily unitary. Even federal nations often have had difficulty conceptualizing the division of sovereign power between the nation and subnational units. So, for example, the best modern "explanation" of federalism and sovereignty in the United States is an unelaborated metaphor provided by Supreme Court Justice Anthony Kennedy, who asserts that the framers of the U.S. Constitution "split the atom of sovereignty." United States Term Limits v. Thornton, 514 U.S. 779, 838 (1995) (Kennedy, J., concurring). The metaphor is arresting, but it does not provide a good conceptual account of divided sovereignty.

• Consider first one of the primary functions of modern governments, the regulation of the domestic economy. Globalization means that every economic activity is inserted into a world-wide trade system, and this is true no matter how important a specific economic activity might be to a nation's domestic economy. Inevitably, then, domestic economic regulation must take account of the law-making activities of transnational trade organizations. Or, to put it in terms of sovereignty, sovereignty over economic matters is now distributed, with some elements residing in national actors and some in transnational ones like the World Trade Organization.

In addition, economic activity spills across national boundaries in ways that make regional regulation sensible. Consider a region composed of industrial areas of three neighboring countries, where each country has a large farming industry elsewhere. Historically, each nation would develop its own regulatory regime for the industry located within its borders, and then – if all went smoothly – there might be coordination and harmonization at the national level. But, the administrative costs of achieving harmonization, and the strategic hurdles of the bargaining process, might be quite substantial. Today, in contrast, those costs and hurdles can be overcome by creating a regional regulatory body to provide a single solution to the regulatory problems in the tri-nation region. Here too sovereignty is fractured, with each nation retaining power to regulate its "own" farming industry while yielding regulatory authority over the industrial region to a new institution.[10]

• The development of a rich body of international human rights law, administered by a number of transnational institutions and monitored by a thick array of transnational NGOs, may make domestic enforcement of fundamental human rights less important.[11] What now may matter more than the identification of those rights is the specification of the "margin of appreciation" that transnational institutions will give national ones because of the peculiarities of the domestic situation. In addition, participation in transnational human rights NGOs was a particularly important means of civic activity in eastern Europe before 1989, serving there as a substitute for unavailable modes of participation in domestic democratic politics. The growth of the transnational human rights culture means that participation in these NGOs now can be a form of democratic participation

[10] The literature I have read devotes most of its attention to informal arrangements between subnational governments, such as trade delegations, "twinning" of cities and provinces, and promotion of tourism. These activities are obviously significant, both economically and for each nation's diplomatic relations, but precisely because of their informality, they do not really implicate the fracturing of sovereignty that is my primary concern.

[11] Great Britain's adoption of the Human Rights Act 1998 indicates that there might be strategic reasons for constitutional revisions that increase the role of domestic institutions in enforcing fundamental rights – there, to avoid the embarrassment of repeatedly being found to have violated the European Convention on Human Rights.

more broadly; people who participate less in domestic democratic governance may participate more in these NGOs, thereby becoming active democratic citizens in a transnational rather than domestic sense.

• Cultural boundaries do not always correspond to national ones, as the development of the so-called Europe of Regions suggests. Subnational units that implement cultural policy might advance their policies more effectively by developing cross-border institutions with subnational units of similar cultural heritage, as has indeed happened in northern Spain and southern France, and in the region encompassing parts of northern Italy, Austria, and Switzerland.

• One might think that representation of the nation in international matters *must* be done by the nation itself. Yet, there are at least a few models of subnational participation in international institutions.[12] A theoretical model is provided in the U.S. Constitution. The states – the U.S.'s subnational units – may not "enter into any Treaty, Alliance, or Confederation," but states may, with the consent of the national legislature, "enter into . . . Agreement[s] or Compact[s]" with other nations. Obviously the line between a permissible "agreement" and an impermissible "treaty" may be hard to define, and practice is so thin as to be unilluminating. Still, the possibility exists. A more realistic model comes from the European Union, where the German länder participate directly in some of the EU's institutions.[13]

The general point I wish to make is that the fracturing of sovereignty – which has become evident as a result of globalization – allows for interesting innovations in constitutional design. Instead of seeing sovereignty as a single unit, we can now see it as an agglomeration of different powers over different subjects. And, more important, instead of thinking that these components necessarily must be combined in a single national unit, we can think about a strategy of mixing and matching elements of sovereignty to achieve the goals sought by the world's people. Some components of sovereignty will continue to reside in nations; others will reside in subnational units (as in classical federalism); still others will reside in transnational

[12] Wholly apart from the important phenomenon of NGOs operating across national borders, and sometimes "participating," at least as officially recognized observers, in fora where national governments are the sole formal decision-makers.

[13] As I understand it, this arrangement derives from the EU's willingness to accommodate Germany's domestic constitutional law so that the EU will be a more effective organization. To the extent that the arrangement results from negotiations and reflects the power balance between Germany and other members of the EU, the arrangement might not be replicable by other members. I use the example, however, to demonstrate the possibility of subnational participation in transnational institutions rather than to suggest that such participation is likely in any particular case.

organizations, either of wide scope such as the WTO or of narrower scope as in regional organizations.

From one perspective, these new institutional possibilities make the creation of a national constitution less important for those who, in the past, favored doing so. One can create almost everything that one might want to accomplish not by creating a new constitution but, now, by devising institutions *within* existing constitutional structures.[14] Yet, a precisely parallel observation might be made about the importance of sustaining the existing constitution: Anything in such a constitution that one thinks worth preserving can be preserved by creating appropriate institutions aggregating the relevant components of fractured sovereignty.

Perhaps, though, something like a distinctive national identity cannot be created through institutional innovations of fractured sovereignty. Constitutions are methods of asserting sovereignty, but they are also means by which one declares nationhood, the existence of one's nation in the international arena on the same level as all other nations. There is something to this claim, but less now than in the past. The reason is the acknowledgement of the significance of what has come be to known as asymmetric federalism. In symmetric federalism, each subnational unit has the same powers and is subject to the same rules. The United States is the prime example of symmetric federalism, in which each subnational unit is treated equally.[15]

Asymmetric federalism recognizes the particular importance of one or more of the nation's subnational units, by some combination of giving that unit a larger role than others in the national government, perhaps including a veto over national-level decisions that affect its particular interests, and giving it powers within its territory that other subnational units lack. So, for example, long-standing proposals for constitutional revision in Canada would recognize Québec as a "distinct society" within Canada.[16]

---

[14] At least to the extent that one is able to persuade other participants in the existing constitutional scheme to agree. But, of course, creating a new constitution – after independence – also requires a certain kind of agreement from those participants anyway.

[15] So, for example, each state receives two Senators, and the only provision of the current U.S. Constitution that asserts its own unamendability purports to bar amendments that deprive states of equal suffrage in the Senate.

[16] The Canadian example illustrates as well some of the political constraints on the creation of asymmetric federalism. The proposals to recognize Québec as a distinctive society have been enormously controversial, and have not been adopted despite a long campaign for them. And, the precise meaning of the term *distinct society* has remained unclarified. Supporters of asymmetric federalism hope that recognizing Québec as a distinct society will give Québec more power over its own destiny, which is precisely what opponents

So far I have been discussing the ways in which modern innovations in constitutional design allow for responses to fractured sovereignty by re-constitutiing institutions within existing constitutional frameworks. The argument has been that fractured sovereignty diminishes the importance of the kind of sovereignty recognized in traditional constitutions, and so diminishes the importance of new constitutions under conditions of globalization. I turn now to the other side of the argument, that globalization suggests the importance of *strengthening* traditional institutions of governance rather than acknowledging the fact that such institutions have weakened.

The basic argument is straightforward, and focuses on the "evaporation" of sovereignty, meaning here the transfer of effective power from governments to transnational corporations and institutions. As before, I focus on economic regulation, self-government, culture, and the nation-defining aspects of constitution-making.

• Many people in many nations have become accustomed to various forms of regulation of economic activity. Such regulation becomes difficult as sovereignty evaporates. Transnational corporations readily shift their investments to jurisdictions where they find it easier to operate. That in turn induces other nations to be more accommodating, by structuring their regulation in a way that the transnational corporation finds acceptable. The ability of a nation's people to impose the forms of regulation they think most appropriate diminishes.

There are two obvious responses to this problem. The first is to shift regulatory authority from the domestic arena to a transnational forum in which the aggregate power of many nations can offset the power of transnational corporations. If corporations flee one jurisdiction to obtain more favorable regulations from another, a transnational regulatory body can insist that the corporation comply with the same regulatory requirements wherever it is located. The second is to enhance *domestic* regulatory power. Such enhanced power might be used, for example, simply to bar the transfer of work overseas.

Neither response is unproblematic. The difficulty with shifting power to a transnational institution is that such an institution may find it difficult to develop appropriate world-wide regulations. Many efforts to develop transnational regulation have foundered on the fact that the interests of the world's nations differ. In particular, less developed countries often believe that their people would become better off more rapidly were economic activity to be subjected to a lower level of

fear. Occasionally, defenders of the phrase assert that it would do no more than give symbolic recognition to the importance of Québec, which may be less than supporters of asymmetric federalism

regulation than more developed countries think desirable. In addition, transnational corporations may be able to influence the development of regulatory policy in transnational bodies, to the point where the regulatory power of such bodies does little to offset the power of the transnational corporations.

The difficulty with enhancing domestic power is that doing so fails to grapple with the sheer fact of globalization. It might be possible to limit disinvestment in a particular industry, thereby keeping the capital in *that* industry at home. But, it is likely to be impossible to inhibit disinvestment in all industries or, more to the point, to persuade foreign investors to invest in a nation that has just exercised its power to bar the transfer overseas of work in a particular industry. More generally, domestic regulatory (and revenue-raising) efforts are subject to discipline by transnational corporations, by transnational institutions, and by other national governments subject to lobbying pressures from locally important transnational corporations.

• More governing power may reside in transnational institutions today. Many of those institutions, though, suffer from the well-known democratic deficit. Transnational elites understand the problem and have made modest moves toward increasing the democratic legitimacy of their institutions, and as noted earlier participation in transnational NGOs is an additional remedy for the democratic deficit. On some matters, such as economics, the transfer of governing power to transnational institutions has, to this point, meant a reduction in the self-governing power of people everywhere. New constitutions can respond to this reduction by developing domestic institutions that engage the self-governing capacity of a nation's citizens – albeit, as must be true in an era of globalization, a capacity that can be exercised over a small range of issues than earlier. In contrast, the development of international human rights norms might *require* the development of new domestic institutions through which those norms can be enforced, the international institutional mechanisms being as yet inadequately developed to be effective enforcement mechanisms.

• The globalization of culture – or, perhaps more accurately, the Americanization of world culture through the distribution of the products of the U.S. culture industries such as film and television – can induce efforts to constitutionalize cultural protection. Here the primary methods seem to be various forms of local-content regulation for the media. On the constitutional level, such regulations must be accommodated to general norms of free expression. Doing so is relatively easy at the technical level, that is, in terms of drafting appropriate constitutional provisions that specify that cultural preservation efforts are consistent with the constitutionalized norms of free expression.

Cultural preservation nonetheless may be difficult to accomplish. Technology – such as direct broadcast systems for television – makes it difficult even to measure local content much less to control the amount of non-local content a nation's citizens receive. And, again, transnational institutions may find domestic cultural preservation regulations inconsistent with legalized norms applicable to the nation's regulatory system. So, for example, a transnational human rights court might find local-content regulations inconsistent with international free expression norms and (depending on how stringent the regulations are) outside the margin of appreciation. Or, a transnational economic court might find such regulations to be unjustified interferences with the free flow of goods across national borders.

• Even after sovereignty fragments, a core remains. That core is the simple fact of national existence. New constitutions may effectively establish the core of sovereignty, though they may do little else. Yet, here too one should not expect too much of constitution-making in a globalized world. The downside of establishing national existence through constitution-making is that the nation thus created may be – to use a perhaps overly disparaging image – little more than a new tourist destination, with its own stamps (but not even, today, its own currency). And yet, the world's supranational institutions are organized in large part on the basis of state sovereignty, understood as the core of national existence. The fact that the core does remain intact means that constitutions may be important to the extent that they create the domestic institutions to support the nation's appearance in international institution-making arenas.

The upshot of my argument is that globalization makes domestic constitutional arrangements simultaneously less important and more important. Globalization means the fracturing of sovereignty and the flow of effective power away from domestic institutions. These phenomena make domestic constitutions, understood as the expression of some sort of unitary sovereignty, less important, but they also make some aspects of sovereignty more important. Earlier constitution-makers could build upon a conceptual foundation in which the idea of sovereignty was well-understood and unitary. Designers of constitutions in a globalized world face a new challenge. But, globalization's fragmenting of sovereignty has produced institutional innovations that respond to that fragmentation. Today's constitution-makers can allocate portions of sovereignty to different institutions (and levels of institutions) in ways that would have been quite difficult to achieve in the past. The real task for those who would make a new constitution in a globalized world is to design institutions that distribute portions of sovereignty in ways that respond to their nation's real needs.[17]

[17] Some of these institutions will be regional, some transnational, and some purely domestic. To the extent that the institutions require collaboration among nations, contemporary constitution design is both a problem of domestic politics and a problem of diplomacy.

Nýtt frá fyrisitingini

Niðanfyri er stuttur samandráttur av broytingunum í kommunustýrislógini, sum komu í gildi 1. juli 2003.[1]

Broyting í kommunustýrislógini

Við løgtingslóg nr. 71 frá 6. mai 2003 vórðu gjørdar tvær broytingar í kommunustýrislógini, løgtingslóg nr. 87 frá 17. mai 2000 um kommunustýri (kommunustýrislógin). Broytingarnar komu í gildi 1. juli 2003.

Broytingarnar eru:

1. Atkvøðuhátturin í kommunustýrinum er broyttur til vanligan meiriluta eins og í Løgtinginum.
2. Innanhýsis skjøl hjá kommununum, sum verða send ella flýggjað landsstýrismanninum í sambandi við eftirlitsmál, varðveita við broytingini sítt innanhýsis eyðkenni og eru tí sum meginregla framhaldandi undantikin innliti.

Viðvíkjandi atkvøðuháttinum

Áðrenn lógarbroytingina

Sum galdandi lóg var orðað, var ikki nokk, um fleiri atkvøður vóru fyri einum uppskoti enn ímóti á viðtøkuførum kommunustýrisfundi. Orsøkin til hetta var, at sambært § 14, stk. 2 í lógini skuldi meirilutin av teimum, ið greiddu atkvøðu, atkvøða fyri uppskotinum, skuldi tað verða samtykt.

Avleiðingin av galdandi orðing var, at um t.d. 7 kommunustýrislimir vóru á fundi, 3 atkvøddu fyri einum uppskoti, 2 atkvøddu ímóti og 2 atkvøða var blankt, so varð úrslitið, at uppskotið fall. Sambært døminum greiddu 7 kommunustýrislimir atkvøðu, men hóast 3 atkvøddu fyri, og bert 2 ímóti, fall uppskotið, tí 3 atkvøður fyri umboða ikki meirilutan av teimum 7, ið samanlagt greiddu atkvøðu. Blankar atkvøður taldu sostatt við.

[1] Løgdeildin í Løgmálaráðnum

Aftaná lógarbroytigina

Við lógarbroytingini varð § 14, stk. 2 í lógini orðað soleiðis:

> ”Er einki annað ásett, er uppskot samtykt, tá ið fleiri atkvøður eru fyri enn ímóti. Stendur á jøvnum, er uppskotið fallið.”

Umorðingin hevur við sær, at atkvøðuhátturin í komunustýrinum verður umskipaður til vanligan meiriluta, soleiðis at blankar atkvøður ikki longur telja við og tí heldur ikki kunnu ávirka atkvøðugreiðsluna.

Um t.d. 7 kommunustýrislimir eru á fundi, 3 atkvøða fyri einum uppskoti, 2 atkvøða ímóti og 2 atkvøða blankt, so verður úrslitið, at uppskotið er samtykt, tí 3 atkvøður eru fyri og bert 2 ímóti.

Um t.d. bert 1 av 7 atkvøður fyri og eingin ímóti, verður uppskotið somuleiðis samtykt. Hetta er uttan mun til, um restin letur verða við at atkvøða ella atkvøður blankt.

Tað at greiða atkvøðu merkir sostatt annaðhvørt at atkvøða fyri ella ímóti. Blankar atkvøður verða ikki roknaðar sum atkvøður og telja tískil ikki við.

Grundgevingin fyri broytingini var m.a., at tað ikki varð mett at vera heppið, um blankar atkvøður ávirka úrslitið við óbeinleiðis at krevja fleiri atkvøður fyri, skal uppskot verða samtykt. Kommunustýrislimir kunnu tá heldur geva støðu sína til kennar og nýta rættin at atkvøða ímóti, eru teir ikki samdir.

Broytingin skuldi tí havt við sær, at lættari verður at gera úrslitið av atkvøðugreiðsluni upp, tí einans atkvøður fyri ella ímóti skulu teljast, og ikki er neyðugt at spyrja, um nakar atkvøður blankt. Avleiðingin av hesum verður aftur, at minni orsøk verður til iva um atkvøðuúrslitið.

Atkvøðuhátturin verður harumframt samsvarandi tí, sum er galdandi fyri Løgtingið sambært § 18, stk. 2 í stýrisskipanarlógini, t.e. at uppskot verða samtykt við vanligum meiriluta.

Viðvíkjandi innanhýsis skjølum

Áðrenn lógarbroytingina

Innanhýsis skjøl eru sum meginregla ikki fevnd av rættinum til innlit sambært lógini um alment innlit og fyrisitingarlógini.

Sendir ella flýggjar ein kommuna landsstýrismanninum hinvegin síni innanhýsis skjøl, tá er meginreglan ikki longur galdandi, og skjølini eru ikki longur innanhýsis. Hetta er eisini galdandi, verða skjøl latin kommunala eftirlitsmyndugleikanum at nýta í sambandi við útinnan av eftirlitinum sambært kommunustýrislógini, men ikki um eftirlitsmálið snýr seg júst um spurningin um innlit í eitt innanhýsis skjal.

Orsøkin til, at kommunal innanhýsis skjøl koma undir innlit í nevndu førum er, at tað í lóggávuni ikki eru ásetingar um støðuna hjá nevndu skjølum í sambandi við eftirlitsmál.

Aftaná lógarbroytingina

Við lógarbroytingini verður sett eitt stk. 2 í § 48 í lógini, sum er soljóðandi:

> ”Stk. 2. Skjøl hjá kommununum, sum sambært lógini um alment innlit og fyrisitingarlógini eru innanhýsis, verða framhaldandi at meta sum innanhýsis skjøl, hóast tey verða latin landsstýrismanninum í sambandi við eftirlit sambært stk. 1.”

§ 48, stk. 2 hevur við sær, at at innanhýsis arbeiðsskjøl ikki longur missa sítt innanhýsis eyðkenni, einans tí at tey verða send eftirlitsmyndugleikanum í sambandi við eftirlitsmál. Í aðrar mátar verður tó ikki vikið frá lógini um alment innlit og fyrisitingarlógini.

Grundgevingin fyri broytingini var, at tað ikki varð mett at vera rímiligt, um eitt kommunustýri ikki kann varðveita síni innanhýsis skjøl sum slík einans orsakað av, at tey eru latin landsstýrismanninum í sambandi við eftirlitsstarv hansara sambært kommunustýrislógini. Hetta er m.a. tí, at um eitt mál verður viðgjørt av landsstýrismanninum er treytað at ymiskum, til tíðir tilvildarligum viðurskiftum. Onkuntíð verða mál reist við, at landsstýrismaðurin av sínum eintingum tekur stig til málið. Í øðrum føri verður kanska klagað um ávíst mál.

Endamálið við § 48, stk. 2 er sostatt at bøta um arbeiðsviðurskiftini hjá kommununum og broyta lógina soleiðis, at snýr tað seg um innanhýsis skjøl hjá einari kommunu, tá skulu hesi varðveita sítt innanhýsis eyðkenni, og ikki orsakað av viðgerðini ella útflýggjanini til landsstýrismannin koma undir innlit.

Opinleiki og persónsvernd– um innlit í postlistar

Løgmálaráðið kannar møguleikarnar fyri einfaldari og regluligari kunningar-skipan.

Løgmálaráðið hevur í einum ítøkiligum máli noktað einum tíðindastovni innlit í postlistan fyri eina ávísa viku við teirri grundgeving at postlistin, sum er eitt yvirlit yvir allan postin til og frá Løgmálaráðnum, og sum skjalaskipanin kann gera elektroniskt, er eitt innanhýsis skjal, sum ikki er fevnt av rættinum til skjalainnlit sambært innlitslógini[2].

Lógin ásetur nær ein myndugleiki hevur *skyldu* at lata innlit, men er ikki til

[2] § 7, nr. 1 í løgtingslóg nr. 133 frá 10. juni 1993 um innlit í fyrisitingina. Millumtinganevndin, sum viðgjørdi lógaruppskotið, helt at postlistar skuldu ikki verða fevndir av lógini, tí tað var: „umráðandi at hin einstaki, sum kennir tørv á kunning frá myndugleikunum ella hevur umsóknir og áheitanir um viðgerð av persónligum málum ikki heldur seg aftur av ótta fyri, at júst hansara viðurskifti skulu kunna koma til hvørt geilarhorn.“ Sí løgtingstíðindi 1992, s. 947 og frameftir.

hindurs fyri at ein myndugleiki letur innlit í størri mun enn lógin ásetur, t.d. í postlistar, tó við fyriliti fyri reglunum um tagnarskyldu – sokallað meirinnlit[3].

Í viðgerðini av umbønini legði Løgmálaráðið dent á, at ikki minst tá tað snúði seg um eina umbøn frá fjølmiðlunum var nógv, sum talaði fyri at geva meirinnlit.

Í ítøkiliga málinum hevði tað tó eisini týdning, um Løgmálaráðið frameftir metti seg kunna viðgera umbønir um innlit í postlistarnar eftir líkskaparsetninginum. Gjørdi Løgmálaráðið av at geva innlit í postlistan, so liggur eisini á Løgmálaráðnum frameftir at játta umbønum um innlit í postlistan fyri ávís tíðarskeið, uttan mun til hvør biður um tað.

Løgmálaráðið metti tað vera trupult at røkka hesum setningi, tí viðgerðin av eini slíkari umbøn, sum er eitt fyrisitingarligt mál sum øll onnur, og sum á ongan hátt kann metast sum eitt avgreiðslumál, kann vera drúgfør og krevja nógva starvsfólkaorku.

Allar upplýsingar á listanum skulu gjøgnumgangast við atliti at reglunum í innlitslógini, sum áseta hvørji skjøl og upplýsingar eru undantikin rættinum til skjalainnlit, og í hvønn mun rætturin annars kann avmarkast[4].

Ein av orsøkunum til at hetta er so arbeiðskrevjandi í dag er, at skjalaskrásetingin ikki leggur up fyri, at postlistin skal latast fjølmiðlunum.

Tilvitað um at umsita reglurnar um innlit við upprunaliga endamálinum fyri eyga – at tryggja borgarunum og fjølmiðlunum møguleika at fylgja við virkseminum í almennu fyrisitingini – viðger Løgmálaráðið støðugt spurningin um meirinnlit. Serliga er tað tøkniliga menningin av skjalaskipanunum, sum skundar undir støðutakanina til um innlit skal gevast í postlistarnar.

Sum liður í hesi viðgerð setir Løgmálaráðið nú sjøtil á arbeiðið at kanna um arbeiðsgongdirnar kunnu mennast og broytast, so fáast kann í lag ein einføld, reglulig og minst møgulig arbeiðskrevjandi kunningarskipan um virksemið í Løgmálaráðnum.

Nøkur atlit at taka og spurningar at viðgera í hesum sambandi eru (í tilvildarligari raðfylgju):

- Hvussu fáa fjølmiðlarnir eitt rættvísandi yvirlit yvir virksemið í Løgmálaráðnum?
- Hvussu verjir Løgmálaráðið persónligu viðurskifti hins einstaka best møguligt?
- Hvussu verður tryggja, at skjalagoymslan hóast møguligt meirinnlit altíð skrásetir øll skjøl í málunum so neyvt sum gjørligt?
- Skal postlistin leggjast á heimsíðuna ella útflýggjast fjølmiðlunum eftir umbøn?

[3] § 4, stk. 1, 2. pkt.

[4] Sí §§ 7 – 11 um undantøku av skjølum, § 12 um undantøku av upplysingum og § 13 um aðrar avmarkingar.

- Skal upplýsast hvussu nógv mál og hvørji sløg av málum ikki eru á postlistanum?
- Hvussu kunnar Løgmálaráðið viðskiftafólkini, so tey eru tilvitað um, hvussu skrásettu upplýsingarnar um tey kunnu verða nýttar?