

Eivind Smith (red.)

Grundlagens makt

Konstitutionen som politiskt redskap
och som rättslig norm

Grundlagens makt

Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm

Böcker från SNS författningsprojekt

Samhällskonsten – OLOF PETERSSON, 1999

Sveriges konstitutionella urkunder, 1999

Sveriges författning efter EU-anslutningen – KARL-GÖRAN ALGOTSSON, 2000

Europas författning, 2000

Vägar förbi och igenom partier – DAG ANCKAR, LAURI KARVONEN,

GUY-ERIK ISAKSSON, 2001

Äganderätt och demokrati – KARL-GÖRAN ALGOTSSON, 2001

Att förbättra demokratin – ROGER D. CONGLETON, 2002

Effekter av valsysteem – CARSTEN ANCKAR, 2002

Vem styr? – PER MOLANDER, JAN-ERIC NILSSON, ALLEN SCHICK, 2002

Grundlagens makt – EIVIND SMITH (RED.), 2002

Eivind Smith (red.)

Grundlagens makt

Konstitutionen som politiskt redskap
och som rättslig norm

SNS Förlag
Box 5629
114 86 Stockholm
Telefon 08-507 025 00
Telefax 08-507 025 25
E-post order@sns.se
Hemsida: www.sns.se

Studieförbundet Näringsliv och Samhälle är ett fristående nätverk av ledande beslutsfattare i privat och offentlig sektor med engagemang i svensk samhällsutveckling. Syftet är att skapa underlag för rationella beslut i viktiga samhällsfrågor genom forskning och debatt.

SNS författningsprojekt analyserar konsekvenserna av konstitutionella förändringar. Sverige står inför ett stort antal författningspolitiska handlingsalternativ. Projektets uppgift är att ge ett systematiskt kunskapsunderlag för dessa konstitutionella vägval. Forskningsprojektets huvudfinansier är Knut och Alice Wallenbergs Stiftelse. Projektets hemsida <http://www.const.sns.se>

Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm
Eivind Smith (red.)
Första upplagan
Första tryckningen

© 2002 Författarna och SNS Förlag
Omslag och grafisk form Göran Eklund
Sättning FaktorsTjänst AB
Tryck Elanders Graphic Systems, Angered 2002
ISBN 91-7150-873-2

INNEHÅLL

Förord 7

Om författarna 9

Grunnlovens makt (eller avmakt) 11

Eivind Smith

I Til "konstitusjonalismens" filosofiske grunnlag i Norden

Uppsalaskolan och konstitutionens normativitet 25

Stig Strömholm

Formalisme, pragmatisme, realisme: 43

Teori, metode og grunnlovsforståelse hos Castberg,

Knoph og Ross

Sverre Blandhol

II Konstitusjonens gjennomslagskraft

Ett kvartssekel etter "det författningslösa halvseket": 77

Har Sverige nu en författning?

Fredrik Sterzel

Norm og praksis under grundloven som aldrig ændres 99

Jens Peter Christensen

III Konstitusjonell argumentasjon i politisk praksis

Grunnlovstolkning – opportunistisk eller lojal? 119

Eivind Smith

Riksdagen som grundlagstolkare 142

Thomas Bull

Maktbefogenheterna för republikens president och Finlands nya grundlag 164

Matti Niemivuo

Parlamentarismens forudsætninger og konsekvenser 182
Det alternative flertal i Danmark i 1980'erne med særligt henblik på formuleringen af udenrigspolitikken

Palle Svensson

IV Hva skal vi med en "grunnlov"?

Norges grunnlov, fra styringsredskap til symbol – og noen tanker om å gjenreise redskapsfunksjonen 197

Trond Nordby

Vad skall vi ha en "grundlag" till? 217

Kaarlo Tuori

Jurister tänker ofta på grundlagen som ”lag”. I Sverige har debatten tidvis givit intryck av att de viktigaste konstitutionella frågorna gäller domstolarnas roll, inte minst lagprövningsrätten och Regeringsformens krav att grundlagsstridigheten måste vara ”uppenbar”. För att förstå grundlagens roll i samhället är ett sådant perspektiv givetvis för snävt.

Politiker och samhällsvetare betraktar snarare grundlagen ur ett renodlat politiskt perspektiv; tanken på grundlagen som rättslig norm hamnar då i bakgrunden. Men om grundlagen uppfattas som en blott politisk text vill den lätt bli perifer i människornas medvetande – som symbol, men också som grund för debatt kring och försvar av rättigheter. En grundlag som varken har en stark folklig förankring eller en tydlig rättslig karaktär kan knappast tjäna som ett effektivt redskap för politisk handling.

Utgångspunkten för denna bok är att grundlagens roll i samhället bäst kan förstås om både politiska och rättsliga perspektiv uppmärksammas. Tyngden ligger på dess roll inom områden där domstolar har lite eller inget att säga till om. Hur blir grundlagens innehåll avgjort i dessa fall? Vilken betydelse får argumentation om grundlagens innehåll?

I samklang med tanken om att kombinera ett politiskt och ett rättsligt perspektiv innehåller boken bidrag från både jurister och statsvetare. Bidragen bygger på inledningar som hölls vid ett nordiskt seminarium där även aktiva politiker deltog.

Både historiskt sett och i nuläget uppvisar de nordiska konstitutionerna stora olikheter. Som underlag för komparation uppvisar de en motsvarande rikedom. Men efter att Nils Herlitz lade ned pennan har vi fått lite jämförande litteratur om konstitutionella förhållanden i Norden. Den gemensamma nordiska marknaden för böcker och artik-

lar på detta område förefaller vara liten, åtminstone vad gäller gränsöverskridanden mellan Västnorden (Danmark, Norge och Island) och Östnorden (Finland och Sverige). Boken ges ut i opposition mot denna utveckling. Den ges också ut i förhoppningen att artiklar skrivna på olika skandinaviska språk kan vara av intresse för oss alla. Tack till förlaget som har gått med på ett sådant experiment.

Det nordiska seminariet som boken bygger på, hölls den 26–27 november 2001 i regi av Senter for Høyere Studier ved Det Norske Videnskaps-Akademi (Oslo), som också har stött utgivningen ekonomiskt. Jag tackar författarna och de andra seminariedeltagarna för ett gott samarbete.

Oslo i april 2002

Eivind Smith

Om författarna

Sverre Blandhol (f. 1967) er jurist og idéhistoriker, har arbeidet som advokat- og dommerfullmektig og er nå stipendiat i idéhistorie ved Institutt for Kulturstudier, Universitetet i Oslo. Har bl.a. publisert ”Juridisk ideologi – Alf Ross kritikk av naturretten” (København 1999).

Thomas Bull (f. 1965) är docent i offentlig rätt, Uppsala universitet, där han är verksam som lärare och forskare med inriktning på konstitutionell rätt, mänskliga rättigheter och EG-rätt. Har bl.a. publicerat ”Mötes- och demonstrationsfriheten” (1997, doktorsavhandling).

Jens Peter Christensen (f. 1956) har kandidateksamen i statskundskab og jura, har været ansat i statslig og kommunal forvaltning og er nu professor i offentlig ret ved Aarhus Universitet. Har bl.a. publisert ”Forfatningsretten og det levende liv” (1990, ph.d.-afhandling) og ”Ministeransvar” (1997, doktordisputats).

Matti Niemivuo (f. 1945), jur. dr, är sedan 1988 lagstiftningsdirektör vid justitieministeriets lagberedningsavdelning. Han är även professor i offentlig rätt vid Lapplands universitet, docent i förvaltningsrätt vid Helsingfors universitet och docent i offentlig rätt vid Joensuu universitet. Niemivuo har varit Finlands representant i samt ordförande för Europarådets expertkommitté inom förvaltningsrättens område och är ordförande för finska avdelningen av Nordiska administrativa förbundet.

Trond Nordby (f. 1943), dr philos. (historie), er professor ved Institutt for statsvitenskap, Universitetet i Oslo, og deltar (2001–2002) i gruppen for konstitusjonelle studier ved Senter for høyere studier i Oslo. Har bl.a. publisert ”I politikens sentrum. Variasjoner i Stortingets makt 1814–2000” (2000).

Eivind Smith (f. 1949) er professor i offentlig rett ved Universitetet i Oslo og leder (2001–2002) gruppen for konstitusjonelle studier ved Senter for Høyere Studier ved Det Norske Videnskaps-Akademi. Har ledet en rekke offentlige utvalg, derunder to granskningskommisjoner for Stortinget. Har bl.a. utgitt ”Høyesterett og folkestyret” (1993), ”Constitutional Justice under Old Constitutions” (1995). ”Regjeringens opplysningsplikt overfor Stortinget” (1997), ”Makt uten ansvar? Om Riksretten i vår tid” (1997), og ”Stat og rett”. Artikler i utvalg 1980–2001 (2002).

Palle Svensson (f. 1944), dr scient.pol., er professor ved Institut for Statskundskab ved Aarhus Universitet, der han arbejder med politisk deltagelse og demokratisk teori og praksis. Har bl.a. publisert ”De unges valgret” (1987), ”Politisk opbrud” (1986, med Lise Togeby), ”Højrebølge?” (1991, med Lise Togeby), ”Det blev et nej” (1992, med Karen Siune og Ole Tonsgaard) og ”Demokratiets krise?” (1996, disputats). Arbejder for tiden på en bog om demokrati og folkeafstemninger.

Kaarlo Tuori (f. 1948) är professor i förvaltningsrätt vid Helsingfors universitet och sakkunnig på riksdagens konstitutionsutskott. Har varit förvaltningsråd i Högsta förvaltningsdomstolen (1995) och är sedan 1998 finsk ledamot av Venedigkommissionen. Har gett ut publikationer i offentlig rätt, samt rättsteori.

Fredrik Sterzel (f. 1934), jur.dr och fil.dr, är f.d. justitieråd och ordförande i Stiftelsen Rättsfonden. Har bl.a. varit kanslichef i Riksdagens konstitutionsutskott (1964–1974) och professor i konstitutionell rätt vid Uppsala universitet (1995–1999). Har publicerat talrika böcker och artiklar inom rätts- och statsvetenskap, bl.a. om kontrollmakt samt parlamentarism.

Stig Strömholm (f. 1931), fil.kand. i Uppsala 1952, jur.kand. där 1957, Dipl. Comparative Legal Studies, Cambridge 1959, dr jur. München 1964, jur.dr. Uppsala 1966, jur.dr. h.c. (Lyon, Köpenhamn), fil.dr h.c. (Helsingfors, Uppsala). Professor i Uppsala 1969–1997, universitetets rektor 1989–1997. Har publicerat cirka 30 böcker i juridiska ämnen, cirka 25 skönlitterära och kritiska böcker och ett stort antal artiklar.

Grunnlovens makt (eller avmakt)

Grunnlov og nasjonalstat

Nesten alle land i Europa har skrevet sentrale bestemmelser om statens styre inn i et samlet dokument. Dets særlige status kommer til uttrykk gjennom betegnelser som ”grunnlov” eller ”konstitusjon”. Språklig antyder slike betegnelser at staten selv er grunnlagt (konstituert) gjennom dette dokumentet. Dette stemmer ofte – men ikke alltid – med landets historie og med den måte dokumentet er fastsatt på (folkeavstemning, grunnlovgivende forsamling e.l.). Men i alle tilfelle utleder statsorganene 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. Det forekommer også at de sentrale reglene er fordelt på en slik måte at noen er tatt inn i den egentlige grunnloven mens andre er samlet i et eller flere dokumenter som er underordnet grunnloven selv, men rangerer høyere enn lovgivningen forøvrig, slik som den svenske Riksdagsordningen. Slike ulikheter er uten betydning for det videre resonnement, der jeg for enkelhets skyld taler om grunnloven eller konstitusjonen som én.

Historisk sett er fenomenet ”konstitusjon” slik vi kjenner det i dag, knyttet til nasjonalstatene (og til delstatene innenfor rammen av føderale stater som Tyskland og USA). Over alt har den konstitusjonelle utviklingen nasjonale røtter. I Norden kan Sverige og Norge tjene som eksempler: En viktig del av svensk selvforståelse ligger antagelig i synet på dagens stat som resultatet av en kontinuerlig historisk utvikling; skiftende ”regeringsformer” representerer ikke tilsvarende brudd, men oppfattes snarere som uttrykk for skrittvis endringer innenfor en og den samme stat. En viktig del av den norske selvforståelsen ligger i dyrkelsen av det historiske bruddet som 1814 representerer. Også Norge har nok hatt sin storhetstid, men den *nåværende* staten oppsto med den grunnloven som ble fastsatt da. Dens rolle som nasjonalt samlingsmerke 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 det dominerende bildet av den nasjonale historien. Tilsvarende lett blir det å forklare hvorfor Norges grunnlov har hatt større symbolsk betydning enn regeringsformen i Sverige. I et slikt perspektiv er den finske konstitusjonen – som siden 2000 også bærer navnet ”grunnlag” – kanskje den av de nordiske som ligger den norske nærmest. Danmark og Island er noe 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; tallet på utkast til en ”konstitusjon” for Den europeiske union (EU) er allerede høyt. Denne utviklingen illustrerer at navnet – her som ellers – kan skjule svært ulike fenomener.

Det er bred enighet om at EU ikke er noen stat i tradisjonell forstand. Tvert imot har det mellomstatlige preget igjen trådt tydeligere frem: Samarbeidet bygger på folkerettslige traktater med tilhørende krav om enstemmighet for å inngå eller endre deres tekst. Dette har blitt tydeligere enn i de foregående år, da overstatlige elementer av samarbeidet – og de tilhørende spørsmål om overføring av nasjonal suverenitet – sto sentralt i debatten. I sin nåværende form vil EU altså bare kunne få en ”konstitusjon” dersom vi aksepterer at betegnelsen betyr noe annet enn vi er vant til innenfor nasjonalstatens ramme. I det følgende ser vi bort fra diskusjonen om en ”konstitusjon for Europa”.

Også i nasjonalstaten kan imidlertid ”grunnlov” eller ”konstitusjon” bety svært ulike ting. Denne boken tar utgangspunkt i én sentral distinksjon: Skillet mellom grunnloven som politisk redskap og som rettslig norm. Den insisterer samtidig på at hverken et politisk eller et rettslig perspektiv alene strekker til som grunnlag 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 rettslig norm

De nordiske grunnlovene må altså forstås i sin nasjonale – derunder historiske – kontekst. Men samtidig må de forstås som utslag av en bredere konstitusjonell tradisjon i Europa. I denne tradisjonen er det ingen selv-

følge at grunnloven har betydning som rettslig norm. Hvis vi med dette uttrykket sikter til at tvister om hva som er grunnlovens innhold i siste instans kan avgjøres av en domstol, er det historiske utgangspunkt snarere det motsatte: Grunnloven er et rent politisk redskap, ingen samling av rettslige normer.

I denne tradisjonen hadde ingen domstol rett til å prøve om loven sto i strid med grunnloven. Det var de politiske myndighetene selv som avgjorde hvilke krav konstitusjonen stilte og hvilke grenser den satte for hva som kunne bestemmes ved vanlig lov: Når loven var fastsatt, var det definitivt avgjort hvilke rettsregler som skulle gjelde i landet.¹

I Europa var Norge lenge det eneste unntak fra dette utgangspunktet. Helt fra de første år etter 1814 begynte domstolene å anvende grunnloven som rettslig norm og dermed å prøve om den lovgivende makt hadde holdt seg innenfor dens grenser.² Som bidrag til å forklare dette særtrekket ved den konstitusjonelle utviklingen i Norge er grunnlovens status som fundament for den nye staten utvilsomt ett av de viktige momenter. Men her går jeg ikke nærmere inn på slike historiske årsaksforhold.

I tiden etter 1945 (og særlig etter Berlin-murens fall) har situasjonen på dette området endret seg dramatisk i Europa utenfor Norden. Det historiske utgangspunkt er nå forlatt: I praktisk talt alle kontinental-europeiske land har grunnloven fått status som "lov" – eller snarere: positiv rett – i den forstand jeg her tar sikte på, ikke bare som politisk instrument. I de fleste av dem er innføringen av en eller annen form for spesialisert domstol for å behandle konstitusjonelle spørsmål det lettest synlige uttrykk for denne endringen. Men hvordan domstolskontrollen er organisert er underordnet det mer grunnleggende: At grunnloven teller som lov – og dermed som rettsnorm overordnet annen lovgivning.

Også i Norden har det skjedd viktige ting på dette området. I Vestnorden har Danmarks Højesterett for første gang benyttet den *prøvelsesret* som i prinsippet har eksistert gjennom det meste av det 20. hundreår til å sette en lov til side som grunnlovsstridig.³ I Island kommer det fra tid til annen markerte og tildels omstridte rettsavgjørelser på det konstitusjonelle området.⁴

I Østnorden er det tegn til at den meget forsiktige versjonen av *lag-prövning* som i 1979 ble skrevet inn i Sveriges regeringsform begynner å få liv også i rettspraksis⁵ (men den økende rolle for domstolene som følger av innpassningen av EF(EG)-retten og Europakonvensjonen om menneskerettigheter i nasjonal rett er antagelig langt viktigere i praksis). I Fin-

land representerer den nye grunnlagen et prinsipielt viktig brudd med det tradisjonelle utgangspunkt om at konstitusjonen ikke kan påberopes ved domstolene som argument for å sette ordinære lovbestemmelser til side.⁶ Men lite taler for at denne endringen i første omgang vil få stor praktisk betydning ved siden av den veletablerte ordningen for forhåndskontroll med lover gjennom Riksdagens konstitutionsutskott.

De skritt i retning av større aksept av den nasjonale grunnloven som rettslig norm som jeg her har skissert, er prinsipielt viktige. Men det gjenstår å se hvor stor betydning de vil kunne få for grunnlovens gjennomslagskraft i praksis, i seg selv og ved siden av de normer med folkerettslig opphav som trenger stadig sterkere igjennom.

I denne sammenheng kan utviklingen i det av de nordiske land som nok har den sterkeste symbolmettede grunnloven, være tankevekkende: I Norge vokste det tidlig frem en form for konstitusjonalisme som var sterkere enn noe annet sted i Europa. Senere har grunnloven – som vi skal se – blitt gammel ikke bare i år, men også i praktisk betydning, og domstolene har stort sett forlatt den konstitusjonelle arena. På denne måten har dens rettslige gjennomslagskraft blitt svekket samtidig med at ideologien om parlamentets (Stortingets) suverenitet har vokst seg sterk. I *denne* forstand har Norges konstitusjon beveget seg langt i retning av Westminster⁷ – i en tid da resten av Europa har tatt dramatiske skritt i motsatt retning.

Tanken om demokrati som flertallsstyre og om parlamentets suverenitet later til å stå sterkt i alle nordiske land. Synet på grunnlovens rolle som redskap for politisk handling er et viktig anvendelsesområde for en slik tankegang. Det gjenstår å se hvor sterkt den vil bli påvirket av den omfattende europeisering av rettssystemet, og dermed av vår tenkning om forholdet mellom rett og politikk, som alle nordiske land står oppe i. I dette skjæringspunkt ligger det viktige utfordringer for forståelsen av demokratiets rolle – og av dets virkemidler – i vår tid.

Grunnloven som politisk redskap

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

Som vi har sett, er en rolle for domstoler i arbeidet med å påse at lov-

givningen holder seg innenfor grunnlovens grenser, *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.⁸ Om det er *ønskelig* å ha en konstitusjon uten den sikringsmekanisme som en form for domstolskontroll med lovgivning kan innebære, og hvordan balansen mellom juridiske og politiske elementer bør være hvis svaret er negativt, går jeg ikke nærmere inn på her. Uansett hvilket syn man har på disse spørsmål er det viktig å holde i minnet at grunnloven *primært* er et politisk fenomen.

Det er mange grunner til å se på det juridiske perspektiv på grunnloven og dens rolle som et enkelt blant mange ledd i et større bilde. Den første jeg nevner er også den mest åpenbare: Enhver tekst som teller som grunnlov, er fastsatt gjennom politiske prosesser og vedtak; vi taler ofte om *den konstituerende makt*. Og den symbolske ladning som grunnloven nyter godt av, kan 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 lovgivning m.v. blir fastsatt. På denne måten trer det frem at grunnloven setter de mest grunnleggende *spillereglene* for det politiske styringssystemet i et land. Finnes det noen funksjon som er mer politisk?

I forlengelsen av det som nettopp er sagt, kommer vi frem til spørsmålet om grunnlovens funksjon som *grense* for hva de politiske myndighetene kan bestemme på annen måte enn ved å endre grunnloven selv. I denne forstand kan grunnloven oppfattes som *bånd* på politikken. Derfor er det ingen tilfeldighet at uttrykk som "konstitusjonell binding" spiller en viktig rolle i den del av debatten som i det hele tatt er oppmerksom på disse spørsmål.

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

Det samme gjelder den *positive* siden av konstitusjonell binding, en side som ofte synes å bli oversett i den nordiske debatten om slike spørsmål: Grunnloven er vanskeligere å endre enn vanlig lov. Hvis det ikke oppnås tilstrekkelig flertall til å oppnå grunnlovsendring eller andre krav til prosedyren for grunnlovsendringer 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: Visse formål kan bare realiseres hvis grunnloven selv blir endret (eller forslag om å endre den nåværende grunnlov *ikke* fører frem).

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

Som til enhver annen tankegang er det også her noen forbehold å ta. For det første: Hvis den eksisterende grunnloven er svært vanskelig å endre – slik som den danske, eller den i USA – kan den ikke meningsfylt tjene som redskap for den konstituerende makt etter at den opprinnelige grunnloven er fastsatt. Hvis den er svært enkel å endre – slik som (under gitte forutsetninger) den svenske – står den i fare for å miste sin normerende kraft.

For det andre: Hvis det utvikler seg en tradisjon for å tolke grunnloven slik at innholdet passer til de politiske ”behov” til enhver tid – slik det er sterke tendenser til (iallfall) i Norge – vil dens potensial 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 mektig virkemiddel i hendene på de personer og organer som i praksis bestemmer hva som er grunnlovens innhold til enhver tid.

Dermed er vi fremme ved et hovedsynspunkt bak denne boken: Gjennomslagskraften av et lands grunnlov – la oss tale om ”grunnlovens makt” – kan ikke bedømmes i lys av én faktor alene. I praksis er bildet vesentlig mer komplisert (og interessant).

Grunnlovens makt (eller avmakt)

Det er uten videre klart at spørsmålet om grunnlovens status som rettslig norm og om eksistens og omfang av ulike former for domstolskontroll med lovgivning er av interesse for den som ønsker å danne seg et bilde av grunnlovens gjennomslagskraft. Men hverken domstolenes rolle eller noen annen faktor vil *alene* kunne forklare grunnlovens praktiske betydning i et samfunn.

Mange momenter må trekkes inn for å forstå grunnlovens rolle som redskap for politisk handling: I hvilken grad tas den på alvor som ramme for løpende politisk maktutøvelse? Hvilken betydning har det å argumentere om grunnlovens nærmere innhold i spørsmål som ikke vil bli avgjort av en domstol?, osv. Her nøyer jeg meg med å nevne noen momenter. Vekten av det enkelte moment vil kunne variere med hvilke andre momenter som gjør seg gjeldende og deres innbyrdes vekt.

Tolkningstradisjonen utgjør et viktig moment til å forstå grunnlovens betydning i et land. Men denne tradisjonen har vokst frem som funksjon av en lang rekke andre forhold, derunder slike som vi skal kommentere i det følgende. Som et ledd i det større bildet kan også filosofiske impulser være av betydning; hva har for eksempel Uppsalaskolen betydd for vårt (men særlig det svenske) syn på grunnlovens rolle, og hva har Alf Ross og hans samtidige betydd (særlig i de vestnordiske land)? Slike spørsmål diskuteres nærmere i artiklene av Strömholm og Blandhol.

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 av 1809) gode eksempler. Begge vil bli nærmere belyst i artiklene av Sterzel, Smith og Nordby.

Et neste element som kan nevnes, er grunnlovens status som (positivt) *symbol*. Her møter vi ikke minst poenget om nasjonens selvforståelse: Grunnlovene i USA og Norge er blant de beste eksempler på tekster som er konstitusjoner i ordets sentrale betydning. Et godt stykke på vei må de begge forstås både som grunnlov og som skapelsesakt for vedkommende stat. Den høye alderen trekker i samme retning.

Sterk symbolsk ladning gir imidlertid ingen sikker garanti 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 grunnloven enn for den konstituerende makt, det vil si de som til ulike tider har fastsatt dens tekst. Det norske eksemplet illustrerer dessuten at en symbolmettet grunnlov kan miste mye av sin kraft som referansepunkt for den politiske og rettslige debatt: Etter at det er plassert på sin sokkel kan et monument hverken slå eller sparke!

Et fjerde moment som presumptivt er av stor betydning, gjelder fremgangsmåten ved grunnlovsendring: Hvor lett eller vanskelig er det å endre grunnlovens tekst? 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, og omvendt. 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.

Tanken om nær sammenheng mellom endringsregler og bindende kraft gjelder imidlertid bare som et utgangspunkt. (Antatt) konstitusjonell rigiditet vil også kunne bidra til høyere toleranse for ”kreativ” tolkning av grunnlovens tekst. I stedet for å nøye seg med det konstitusjonelle *status quo* eller avvente de nødvendige endringer i grunnlovens tekst, vil det kunne bli stadig mer akseptert at grunnloven må tolkes ”på bakgrunn av den utvikling vårt samfunn har gjennomgått” siden den ble fastsatt (Høyesteretts flertall i Norsk Retstidende 1997 s. 1 821, Kjuus). I så fall vil grunnlovens rolle som redskap for den konstituerende makt blir tilsvarende svekket.

Ikke bare regler og praksis, men også subjektiv tro på hvor vanskelig det er å endre grunnlovens tekst kan ha betydning som moment til å forklare tendenser til ”kreativ” grunnlovstolkning: I sentrale lærebøker (og i politikken) finner vi 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”.⁹ 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. Det kan derfor se ut til at den gjengse oppfatningen om 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 grunnlovstolkning (Smiths artikkel redegjør for et eksempel fra Danmark, se også hos Christensen). Omvendt er det mye som taler for at den svenske grunnloven blir tatt svært alvorlig. Men siden den er relativt enkel å endre (simpelt flertall før

og etter et valg), blir konsekvensen at den i praksis blir endret langt oftere enn grunnlovene i de fleste andre land: Grunnloven tas nok på alvor, men reglene om endring svekker dens bindende kraft og gjør den tilsvarende lite egnet som politisk redskap.

Viktige momenter ligger videre i grunnlovstekstens lengde og detaljeringsgrad. Mellom disse to faktorene er det forøvrig ofte en sammenheng. Jo mer detaljert en tekst er, jo større er sannsynligheten for at den gir en nokså presis regulering av de spørsmål som tas opp. I allfall når de opptrer i en slik kombinasjon, må grunnloven antas å styre mer jo mer detaljert den er. Mange eksempler viser at det nok også er slik: Hvis det skal holdes valg "hvert fjerde år", betyr det hvert fjerde år; vesentlig utsettelse vil fremtre som en form for statskupp snarere enn som et resultat av at grunnlovsbestemmelsen blir "omtolket". Så lenge grunnloven bestemmer at fire av Stortingets medlemmer skal velges fra Finnmark (se § 58 i den norske grunnloven) er det ingen som går inn for å velge tre, selv om dette etter deres syn ville passe bedre "på bakgrunn av den utvikling vårt samfunn har gjennomgått".

Det enkle – men viktige – poeng er at mange grunnlovsbestemmelser er slik formet at vi nærmest ikke tenker på at de i prinsippet må tolkes. Den utvilsomme makt som ligger i denne form for automatikk i den måte som grunnloven blir anvendt på, må ikke glemmes midt oppe i diskusjonen om hva mer vage og skjønnsmessige ord og uttrykk skal bety. I *denne* forstand har alle de nordiske grunnlovene stor gjennomslagskraft. – En annen sak er at også et slikt resonnement har sine grenser (se Smiths artikkel om forsøket på å tolke bestemmelsen i den norske grunnloven § 5 om Kongens immunitet mot enhver form for straffeforfølgning i lys av "behovet" i vår tid).

I denne forstand skulle de omfangsrike svenske grunnlovstekstene være vesentlige mer potente redskaper for politisk handling enn de langt kortere grunnlovene i andre nordiske land. Men som vi har sett blir Regeringsformens gjennomslagskraft samtidig 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. For Danmarks og Finlands del kan artiklene av Christensen, Svensson og Niemivuo leses på en slik måte. Heller ikke i Norge vil

politikere flest innta det standpunkt at grunnloven ikke skal tas alvorlig. Dermed vil det i praksis bli avgjørende hvordan vagt formulerte grunnlovsbestemmelser skal *tolkes*. Men dette er det i praksis stort sett regjeringen (embetsverket) og Stortinget selv som bestemmer.

Dermed blir det klart at også kontrollen med hvordan den lovgivende makt anvender grunnloven, er av betydning for dens gjennomslagskraft i praksis. Kontrollen kan være av preventiv karakter eller finne sted i ettertid. Selv i denne relasjon er altså etterfølgende domstolskontroll med den måte som gjeldende lov er blitt anvendt på, bare ett element i et langt større bilde.

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 det svenske Lagrådet. Men den sterke tradisjonen for forhåndskontroll gjennom konstitutionsutskottet i den finske riksdagen gir et interessant og viktig eksempel på at effektiv kontroll kan finne sted også innenfor lovgivningsapparatets egne rammer. Sterzel og Bull fremhever at det har skjedd en markert utvikling i samme retning i den svenske riksdagen (KU). Det er verdt å merke seg at dette skjer til tross for parlamentets utvilsomme, fullstendig legitime status som politisk organ *par excellence*.

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.

Systemer der den preventive betydning av *etterfølgende* domstolskontroll med lover er sterk, må vi gå utenfor Norden for å finne; i dansk debatt har det vært anført at prøvingsrettens sverd bare virker avskrekkende så lenge det ikke ruster fast i skjeden (Zahle)! Om det er grunn til å ønske seg en større rolle for domstoler i konstitusjonelle spørsmål også i de nordiske land er et spørsmål jeg ikke går inn på her. Svaret kommer bl.a. an på hvilken vekt man vil legge på behovet for adgang til å få forholdet mellom grunnlov og lov kontrollert av andre enn den lovgivende myndighet selv, og på behovet for en annen prosess enn den som gjelder i politikken.¹⁰

Det bør også tas i betraktning at domstolskontroll som er noe mer enn en fjern mulighet, vil kunne bidra til å øke grunnlovens gjennomslagskraft – og dermed dens egnethet som redskap for politisk handling. I motsatt retning kan det trekke at aktiv domstolskontroll vil kunne utvikle seg til *aktivistisk* kontroll, i den forstand at domstolene anser seg nokså frie til

selv å fastlegge innholdet av de konstitusjonelle normer som kontrollen bygger på. En slik utvikling finner vi eksempler på både i og utenfor Europa. Men i så fall vil det ikke lenger være rimelig å se grunnloven som redskap for den konstituerende makt. Kanskje bør vi snarere tale om grunnloven som et redskap i kontrollørenes hender?

Grunnloven og den konstitusjonelle kultur

Grunnlovens makt (eller avmakt) vil aldri kunne reduseres til et rent juridisk spørsmål. Uten hensyn til hvor sterk og aktiv domstolskontrollen med lovgivning er i et samfunn, hverken kan eller bør grunnlovens autoritet hvile på (trusselen om) domstolskontroll alene.

Denne boken vil bidra til å belyse hva konstitusjonell argumentasjon kan bety innenfor rammen av de vidt ulike konstitusjonelle tradisjoner og systemer som vi finner i Norden. Ikke i noen av disse systemene er domstolene i dag sentrale aktører. Dette gjør det klart at grunnlovens gjennomslagskraft må forstås som funksjon av en lang rekke momenter. Noen av dem er rettslige i snever forstand, men flere er historiske, politiske og kulturelle. Kanskje vi gjør best i å tale om den konstitusjonelle kultur?

Fotnoter

- 1 Se nærmere min artikkel "Loven som det høyeste uttrykk for almenviljen – eller konstitusjonelt demokrati?" I: Lars-Göran Malmberg (red.): *Statsbegreppet i omvandling* (Stockholm, 1997: Norstedts juridik) s. 12–35 (også trykt i min *Stat og rett* (Oslo 2002: Universitetsforlaget), s. 75 ff).
- 2 Se nærmere min bok "Høyesterett og folkestyret. Proving retten overfor lover" (Oslo, 1993: Universitetsforlaget).
- 3 Dom av 19. februar 1999 i den såkalte Tvind-saken.
- 4 Et viktig eksempel er Høyesteretts dom av 19. desember 2000 i en sak om sosiale rettigheter (invalidpensjon).
- 5 Regeringsformen 11 kap. 14 §. Om det første eksemplet der det er rimelig å si at Högsta Domstolen har satt en lov til side pga. grunnlovsstrid (den såkalte Falk-dommen), se min artikkel "Högsta (författnings)Domstolen?" I: *Festskrift till Ulf Bernitz*. Stockholm: Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2001, s. 123–132. (Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet). (Også trykt i min *Stat och rett*, op. cit., s. 304 ff.).
- 6 Etter svensk modell bestemmer § 106 i grunnloven av 2000 at domstolene skal sette grunnlov foran lov bare når loven "uppenbart" strider mot grunnloven. Samtidig avviker den finske bestemmelsen fra den svenske ved bl.a. å tale om domstolens rolle uten at "annen myndighet" trekkes inn, og ved at bare lovgivning, ikke regjeringsforordninger, nyter godt av den privilegerte posisjon som følger av kravet om "uppenbar" grunnlovsstrid. Om disse to punktene, se bl.a. min artikkel "Sverige som konstitusjonell demokrati". I: *Svensk juristtidning*. 2000, s. 11–35.
- 7 Jfr 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-årsjubileum (Oslo, 2002: Gyldendal Akademisk) s. 146–207.
- 8 Se nærmere min artikkel "Er domstolskontroll med lover "logisk nødvendig"?" I: D. Doublet, K. Krüger og A. Strandbakken (red.): *Stat, politikk og folkestyre*. Festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen 19. februar 1998 (Bergen, 1998: Alma Mater) s. 155–163. (Også trykt i min *Stat och rett*, op. cit., s. 237 ff.).
- 9 Andenæs: *Statsforfatningen i Norge*, 8. utg. (Oslo, 1998: Tano Aschehoug) s. 13. Se også min artikkel "Kongen og masten: om grunnlovens rolle i vår tid". I: *Nytt Norsk Tidsskrift*. 1999, s. 53–66. (Også trykt i min *Stat och rett*, op. cit., s. 98 ff.).
- 10 Om legitimiteten av domstolskontroll med lover i et demokratisk samfunn viser jeg til diskusjonen i min bok "Høyesterett og folkestyret", op.cit. del VIII.

DEL I

**Til "konstitusjonalismens"
filosofiske grunnlag i Norden**

Stig Strömholm

Uppsalaskolan och konstitutionens normativitet

Inledning och avgränsning av ämnet

När missmodiga svenskar i något av de anfall av nationalmasochism som ej sällan griper dem skall förklara för sina nordiska grannar varför de motvilligt med glädjelös plikt känsla så snabbt återvänder till sina trista kontor och slamrande verkstadslokaler i stället för att gå på tur utåt vidda eller ta en lille en på kroen eller ro ut på träsket för att fiska siklöjor eller njuta bad i varma källor, då säger de ofta med en resignerad suck och en uppgiven axelryckning: ”Det är Luther”. Vad de vill antyda är att den wittenbergske reformatorns pliktlära skulle ha märkt dem på ett outplånligt sätt.

Detta är givetvis nonsens, byggt på ett fullständigt misstag. Martin Luther var varken asketisk eller glädjelös, men eftersom de flesta svenskar varken är kyrkohistoriker eller religionspsykologer eller över huvud taget förfarna eller intresserade i frågor som rör själen utan lidelsefulla grov- eller klensmeder, numera sublimerade till ingenjörer, som för övrigt är betydligt mer okunniga om dr Mårten Luthers liv och lära än deras föregångare smederna, faller de tillbaka på denna egendomliga och till sitt ursprung obekanta tolkning av en mentalitet, som självfallet ingen reformator i världen skulle ha förmått inpränta i ett helt folk och som i själva verket helt och hållet formats av de krav på ständigt slit och släp som kampen för överlevnad i en omgivning präglad av kyla och knapphet inpräntat i dem, generation efter generation.

Den rituella hänvisningen till Luther kommer lätt i tankarna när man på tal om än det ena, än det andra draget i den svenska rättens och rättsvetenskapens egenart hör det i sådana sammanhang nästan lika vanliga uttalandet: ”det är Hägerström” eller ”det beror på Uppsalaskolan”. Är denna flitigt nyttjade förklaring lika illa underbyggd som talet om Luthers inflytande på svenskarnas arbetsmoral? Det är om den frågan som jag i det följande skall tala.

För att det skall vara möjligt att inom ramen för ett föredrag behandla

ett spørsmål som kan sägas gälla hela det svenska rättssystemet i alla dess manifestationer, således både när det gäller lagstiftning och när det gäller lagtolkning och rättstillämpning i allmänhet, är det nödvändigt att genomföra vissa klara begränsningar. Till att börja med kommer jag att strikt hålla mig till Sverige. Det är inte någon självklarhet, ty liksom Martin Luthers teologi präglad religiös lära och praxis i hela Norden och därvid givit ganska olikartade resultat i olika länder och landsändar, låt vara att många skillnader nog är tämligen ytliga och att det handlar mer om nyanser än om grader, på samma sätt har den rättsteoretiska riktning som i varje fall utanför Norden gärna sammanfattas under termen ” skandinavisk ” eller ” nordisk rättsrealism ” viktiga gemensamma rötter och betydande gemensamma drag.

Den begränsning av ämnet som jag sålunda företar innebär bland annat att jag inte kommer att tala om Alf Ross, som sannolikt kan betraktas som den mest inflytelserike företrädaren för den nordiska realismen såväl ute i världen som hemma i Danmark. Att bortse från internordiska jämförelser är onekligen att beröva sig själv ett analytiskt instrument, som kanske skulle vara till stor hjälp när det gäller att tydligare se den svenska rättens egenart. Medan Danmark och Sverige står varandra förhållandevis nära när det gäller det så kallade realistiska rättstänkandets position, är ju situationen en helt annan i Norge och framför allt i Finland. I en mer omfattande och mer djupgående undersökning skulle ett nordiskt komparativt studium vara ofrånkomligt. Tidsnöden har emellertid ingen lag och det skall också erinras om att åtskilligt har skrivits och sagts på det rättsjämförande fält som jag sålunda tvingas avstå från – kanske så mycket att man vågar utgå från att en så kvalificerad krets som mina åhörare har fått del av och behållit i minne åtminstone konturerna av en nordisk rättsfilosofisk karta.

En ytterligare begränsning som ter sig nödvändig för att det förelagda ämnet skall kunna pressas in i en föreläsning är att jag lämnar den rättsfilosofiska diskussionen i strikt mening därhän. Det är kanske inte en så allvarlig förlust, ty på det filosofiska området i trängre mening blev Uppsalaskolan kortlivad. Efter Ingemar Hedenius betydelsefulla insatser i början av 1940-talet kom den mest betydelsefulla filosofiska diskussionen att glida över till andra områden och andra frågeställningar.

Därmed självfallet inte sagt att den språk- och begreppskritiska storstädning som Uppsalaskolan stod för skulle ha blivit utan verkningar på vad man kanske kan kalla rättsvetenskapens teoretiska grundarsenal.

Hägerström applicerade som bekant sin kritiska metod på juridiskt, främst romerskrättsligt, material. Vilhelm Lundstedt, den mest ivrige företrädaren för den hägerströmska filosofin inom rättsvetenskapen, levererade en formlig generalattack på juridikens metod, terminologi och begreppsapparat. Sammanträngt och förenklat kan det sägas att sådana begrepp som "rättighet" och "rättsplikt" kastades över bord som "metafysiska" och därmed vetenskapligt värdelösa.

För de jurister som rönt inflytande av den uppsaliensiska kritiken mot "jurisprudensen" framstod kravet på vetenskaplighet, det vill säga de framställda satsernas bevisbarhet och de uppställda begreppens frihet från motsägelse, liksom på en vetenskaplig metod i det juridiska resonemanget, som det mest ofrånkomliga villkoret för en acceptabel verksamhet. Kravet på vetenskaplig metod och uppfattningen, att tidigare rättsvetenskap arbetat med en "metafysisk" och ovetenskaplig begreppsapparat, kom åtskilliga rättsvetenskapliga författare att dels i stor utsträckning överge tidigare hävdvunnen argumentation, dels ivrigt – eller rentav ängsligt – söka nya metodiska grepp. Även om någon metodologisk revolution knappast kom att äga rum, kan man som en verkan av nyorienteringen notera ett påtagligt intresse för andra samhällsvetenskaper, till exempel sociologi, men också för sådana discipliner som logik och semantik. I så måtto kan Uppsalaskolan otvivelaktigt sägas ha bidragit till en breddning av juristernas synfält.

Om dessa utvecklingstendenser finns det emellertid inte anledning att tala närmare i detta sammanhang. Vad jag är ute efter är inte hur svensk rättsteori utvecklats från 1930-talet och framåt – det skulle för övrigt vid en behandling av den frågan visa sig att denna teori efter 1940-talet ganska snabbt knöt an till dominerande strömningar och frågeställningar utanför Norden, framför allt i den angloamerikanska världen. Ämnet för det följande är frågan vilket konstaterbart konkret inflytande Axel Hägerströms tänkande har utövat på rättspolitiska avgöranden och på rättsvetenskapliga och judiciella tankemönster i Sverige under 1900-talet. Kan det med fog hävdas att Hägerströms och hans disciplars läror förtätades till en svensk rättsideologi, som kom att genomsyra lagstiftning och dömande och som till sitt innehåll avvek från tidigare förhärskande idéer och från samtida rättstänkande utanför Sverige?

En ytterligare begränsning i framställningen ligger däri att jag inte försöker följa den tidvis mycket omfattande offentliga debatten utan in-skränker mig till att studera verkningarna på ett par områden som kan sä-

gas ha karaktären av nyckelpositioner på det inomrättsliga fältet. Det är i och för sig inte något självklart val. Det offentliga samtalet, sådant det förs i dagspress och tidskrifter, kan naturligtvis utöva ett starkt inflytande på de rättspolitiska och judiciella beslutsfattarna. Det är emellertid för det allra mesta ett inflytande som är mycket svårt att kartlägga och att på ett tillförlitligt sätt bevisa.

Om det är någon egenhet som man med en viss säkerhet vågar tillskriva svenska jurister är det deras obenägenhet att delta i den offentliga debatten. Den som vågat göra det har visserligen inte så sällan kunnat glädja sig åt diskret och privat frammumlat gillande från juristkolleger, men öppet och hörbart stöd har inte vankats ofta. Tonläge och argumentval i det offentliga samtalet om just de frågor som här avhandlas har sannolikt oftast känts främmande för flertalet jurister. Det kan visserligen inte råda någon tvekan om att en tämligen djupgående förändring härvidlag har ägt rum under de senaste tre årtiondena – numera både talar och skriver debatterande jurister i väsentligt högre grad på journalistiskt maner – men det ter sig dock ännu mycket vanskligt att av de iakttagelser som man kan göra om den offentliga debatten dra några slutsatser om olika tankeriktningars faktiska inflytande på framför allt rättstillämpningen. När det gäller rättspolitiska ställningstaganden som kommer till uttryck i lagstiftning är debattens inflytande lättare att spåra. Här kommer å andra sidan de överväganden som bestämt de agerandes inställning i regel till någorlunda öppet uttryck i förarbetsmaterialet.

De två områden som i det följande skall användas för att söka belysa frågan om den hägerströmska filosofins faktiska verkningar på det konstitutionella fältet är å ena sidan utvecklingen av den svenska rättens regler om normprövning, å andra sidan behandlingen av de mänskliga rättigheterna i regeringsformen. Motiven för att dessa båda problemkretsar har valts torde komma att framgå av diskussionen; de har båda haft utpräglad sprängkraft.

Utvecklingen sedd i 70-talsperspektiv

Vid mitten av 1970-talet kunde en bekymrad jurist skriva följande. Jag tillåter mig här ett självcitrat ur den vid Uppsala universitets femhundraårsjubileum utgivna boken ”Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet”. Efter att ha konstaterat att domstolarnas oberoende ställning under 1800-talet åtminstone i praxis blivit alltmer markerad fortsätter författaren:

Som en mätare på utvecklingen kan den på 1940-talet inledda diskussionen om lagprövningsrätten betraktas. Parlamentarismen och det s.k. demokratiska genombrottet med dess vidare utveckling i form av med tiden allt mer prononcerade ideologier om "folkakt" och "folkvilja" innefattade uppenbarligen starka frön till en alltmer total maktkoncentration hos de organiserade grupper som lyckas samla väljarflertalet kring sina program, ehuru dessa tendenser under flera årtionden motverkades eller doldes av politisk splittring, kvardröjande attityder och intressets inriktning på mer närliggande praktiska frågor. Det ligger i sakens natur att utrymmet för en oberoende dömande makt i motsvarande mån måste krympa. Tendenserna förstärks naturligt nog, om makthavarna med "folklig" legitimation å ena sidan uppfattar rättsväsendets företrädare som representanter för motstående ideologier, grupper eller intressen, å andra sidan omfattar en kollektivistisk samhällsyn, för vilken idéer om skydd för enskild rätt genom domstolarna gentemot samhällsmakten är främmande; detta gäller så mycket mer, om denna samhällsmakt i den moderna "välfärdsstatens" anda uppfattas som välsinnad och beflitad om medborgarnas rätt förstådda bästa. Om den politiska makten under lång tid utövas av grupper, vilkas väljare i stor omfattning saknar kunskap om och intresse för principiella frågor, rättssäkerhets- och maktbalansproblem och därför låter sina politiska ställningstaganden i huvudsak dikteras av de materiella förmåner som makthavarna utlovar, räcker det med att de aktiva elementen inom sådana grupper hyser den negativa syn på oberoende rättskipande organ som här antytts. *Dessa aktiva element kan under dylika betingelser i sådana frågor styra och ställa efter gottfinnande, vilket i sin tur kan innebära att rättsteoretiska och liknande idéer, som eljest knappast brukar få något genomslag i praktiken, vinner ett reellt inflytande, om de blott anammats av enstaka inflytelserika politiker. Det kan inte uteslutas att sådana idékomplex som den s.k. skandinaviska realismen, med dess "avmystifiering" av rätten, dess negativa syn på såväl rättslig begreppsbildning som traditionella rättviseideologier och dess okomplicerade samhällsnyttersonemang på detta sätt kunnat prägla det politiska handlandet i spörsmål som rör rättsväsen och rättsregler. Omsatt i förgrovd praktik kan "realismen" lätt bli en ståndpunkt av den enkla innebörden att "makt är rätt", och det saknas i de senaste årens offentliga diskussion inte exempel på politiska makthavare, som givit uttryck åt tendenser av sådan innebörd. I detta perspektiv framstår de rättskipande organen gärna som myndigheter bland andra, verkställare av stats- och folkviljans befallningar utan anspråk på särställning* (kurs. här).

I ett avslutande stycke hänvisar författaren till den debatt som åren 1972–1975 i Sverige fördes om grundlagsskyddet för medborgerliga fri- och rättigheter; det var bland annat i detta sammanhang som lagprövningsfrågorna aktualiserades.¹

Texten kan te sig vidlyftig, slingrande och omskrivande, men trots det abstrakta och opersonliga framställningssättet frammanas otvivelaktigt en konkret hotbild, ett samhälle där makthavarna med stöd av en för rätts-

frågor ointresserad och för materiella förmåner så mycket starkare intresserad väljarmajoritet låter rättsteoretiska argument av det slag som Uppsalaskolan framförde tjäna som intellektuell legitimation för en kollektivistisk maktutövning i vilken domstolar och skydd för enskilda intressen framstår som hinder på framstegets väg.

Det kan inte råda något tvivel om att den bekymrade juristen hade 1970-talets svenska socialdemokrati för ögonen. Han beskriver ett givet samhälleligt sakläge men talar däremot när det gäller den vidare utvecklingen från detta läge dels om möjliga tolkningar av faktiska förlopp, dels om risker för en framtida utveckling av visst slag. Argumentationen hänför sig till lagstiftningen, inte till rättstillämpningen. När det gäller rättsteorins betydelse heter det att det "inte kan uteslutas" att den realistiska skolan kunnat påverka legislativa makthavare i viss riktning. Var dessa farhågor befogade redan när de uttalades, kom de att besannas av den senare utvecklingen eller såg den bekymrade juristen beväpnade jättar där fredliga väderkvarnar svängde sina vingar ?

Det kan vara av intresse att jämföra denna kritik av år 1976 med följande dagsfärska passus, hämtad ur en artikel från 2001 av professor Jacob Sundberg:

Kungariket [d.v.s. Sverige] drabbades emellertid tidigt av Uppsalaskolan som under professorn Axel Hägerström tillhandahöll en mer heltäckande vetenskapsfilosofi. Den lärde ut skillnaden mellan teoretiska satser och praktiska satser, men allenast de förra kunde vara sanna eller falska och därmed föremål för vetenskap, medan de senare blott var värderingar och saknade sanningsvärde och vetenskaplighet. Juridiska satser var nästan alltid praktiska satser och juridiken fördrevs ut i ett ovetenskapligt Sibirien (av en senare tid kallat "politik"). Problemen på den statsvetenskapliga sidan var inte mindre. ... Emellertid tillkom på 1930-talet "det hemliga äktenskapet". Den hägerströmska Uppsalaskolans värde för den regerande socialdemokratin bestod fram allt [*sic!*] däri att den undanröjde alla juridiska invändningar mot en önskad förändring i det rättsliga systemet – intill systemets själva utplåning. Juridiska invändningar var ovetenskapliga! Uppsalaskolan själv å andra sidan iklädde sig en hypervetenskaplig dräkt.²

Uppsalaskolans praktiska inflytande

En första fråga som det förefaller rimligt att ställa innan vi övergår till att diskutera Uppsalaskolans eventuella inflytande på svenska juristers syn på lagprövning och mänskliga rättigheter är det principiella spørsmålet huru-

vida filosofisk analys och kritik av det slag som vi här har att göra med, således i första hand begreppsanalys – väl att skilja från filosofiskt grundad samhällskritik eller filosofiskt grundad kritik av en rättsordnings konsistens, effektivitet eller rättvisa – överhuvudtaget kan förväntas på ett verkligt effektivt och slagkraftigt sätt utöva inflytande på en rättsordnings utveckling. ”Common sense” och samlad erfarenhet från många år i juristvärlden, som nog är de främsta verktyg vi förfogar över vid bedömningen av sådana frågor, talar väl för att styrkan i en sådan påverkan kan förväntas bero på samspelet mellan ett stort antal olika faktorer, av vilka en del ligger nära sakens kärna medan andra är ganska triviala och slumpmässiga.

Viktigt är säkert till exempel om den ifrågavarande filosofin får ett klart erkännande och anseende bland andra filosofer, framför allt sådana som verkar vid andra lärosäten eller – än mer – i utlandet. Betydelsefullt är naturligt nog vidare om läran får bred spridning och accept bland jurister, kanske allra främst bland dem som direkt förmedlar kunskap till studenter. I juristvärlden ökar en teoribildnings utsikter att vinna accept i hög grad om den visar sig lämna klara bidrag till praktisk problemlösning. Självfallet vinner den i styrka om den får framställas och dominera under längre tid utan att ifrågasättas eller konkurreras ut av andra uppfattningar.

Det är en välbekant empiriskt grundad sats att teser som förkunnas i obligatoriska läroböcker och som blir föremål för tentamensfrågor därmed fördes med en mycket stor tyngd, som inte kan anses hänga samman med deras vetenskapliga valör. När det gäller olika mottagargrupperns inställning ter det sig slutligen vid en bedömning, som bygger på ”common sense” och erfarenhet sannolikt att påverkan är starkare bland rättsvetenskapsmän än bland juridikens praktiker och att en dominerande filosofisk riktning har lättare att få genomslag i rättspolitisk debatt och mer allmänt i de lege ferenda-argumentation än i den rättstillämpande juristens överväganden de lege lata.

Det är en alltför omfattande uppgift att utföra dessa synpunkter in concreto med hjälp av de exempel som kan påträffas i skilda källor. Kanske vågar man säga att den hägerströmska filosofins förutsättningar att påverka svenska jurister var förhållandevis goda redan på grund av de ledande personligheternas ställning och anseende och de berörda miljöernas litenhet och slutenhet. Särskilt bedrev professor Vilhelm Lundstedt, företrädare för centrala civilrättsliga ämnesdelar, en kraftfull och långvarig verksamhet i de hägerströmska idéernas tjänst vid den juridiska fakulteten i

Uppsala. Inte minst som uppbyren föreläsare och även som fruktad tentator hade han självfallet stora möjligheter att ge sina lärare en stark ställning.³

Det får emellertid inte glömmas att situationen i Sverige sedan mycket länge inte var sådan att den så att säga regerande professorn vid *ett* lärosäte kunde agera som obestridd härskare i andarnas riken under sin tjänstetid på det sätt som länge var möjligt i de länder som dominerades av ett huvudstadsuniversitet, vars juridiska fakultet antingen var den enda i landet eller saknade reell konkurrens från andra. Sedan slutet av 1600-talet spelade den länge väsentligt mindre men dock alltid fullständiga och periodvis vetenskapligt betydande Lundafakulteten en självständig roll, och redan från 1880-talet hade Sverige två universitetskulturer: den traditionella i Uppsala och Lund och de fria, borgerliga, utpräglat liberala och gärna oppositionella privata storstadsuniversiteten i Stockholm och Göteborg. Från 1900-talets tidigaste år kom den nygrundade juridiska fakulteten i Stockholm, med dess från början framstående lärarkår, att utöva ett stort inflytande. Uppsalaskolan fick först mycket sent fotfäste vid de juridiska fakulteterna i Stockholm och Lund, och de hägerström-lundstedtska lärorna var långtifrån allenarådande i Uppsala, som strax skall belysas närmare

Ett försök till rimlig och hållbar sammanfattande generell beskrivning av Uppsalaskolans utbredning och inflytande skulle kunna vara att de element av skolans tänkande som inom loppet av några årtionden kom att spridas snabbast och väcka den starkaste genklangen bland svenska jurister främst var skolans energiska eliminering av kvardröjande rester av begreppsjurisprudens och formalism samt den öppet och utan omsvep deklarerade inriktningen på praktiska, samhälleligt acceptabla resultat som mål för både lagstiftningen, doktrinen rekommendationer och praxis lösningar. En smula cyniskt skulle det kanske kunna sägas att Uppsalaskolans storslakt på traditionella begrepp och termer och på subtila formella resonemang appellerade minst lika mycket till många juristers bekvämlighet och intellektuella lättja som till deras sinne för teoretiskt hållbara lösningar. I så måtto gjorde kanske den från katedern mäktigt dundrande Lundstedt sina pragmatiskt sinnade landsmän tjänster som påminde om reformatörernas uppgörelse med den skolastiska teologins subtiliteter och som kom honom att åtnjuta en popularitet i släkt med den som dessa befriare ibland kunde räkna med.

En anekdot för vars sanningshalt jag inte kan gå i god – min ende sages-

man är sedan länge död och någon annan källa har jag inte kunnat uppleta – vet berätta att Gunnar Hedlund, sedermera ledare för bondeförbundet och inflytelserik politiker, mycket kort tid innan han år 1938 – det var året före Hägerströms död – försvarade sin utpräglad praktiskt inriktade servitutsrättsliga doktorsavhandling i Uppsala, skulle ha rådfrågat en kamrat om det var någon mening i att ta del av Vilhelm Lundstedts teoretiska skrivelser inför disputationen. Hedlund var en högt begåvad man men en ovanligt utpräglad pragmatiker. Kanske säger historien något om rätts-teorins långa väg till de praktiska juristerna. *Se non è vero, è ben trovato.*

Lundstedt och Undén

En episod som har betydligt större tyngd och bevisvärde vid bedömningen av vår huvudfråga, nämligen spørsmålet om Uppsalaskolans betydelse för rättspolitikerna i Sverige kring 1900-talets mitt, är den i tiden tämligen utdragna debatt om juridisk metod som kom att föras mellan skolans mest militante civilrättslige företrädare, Vilhelm Lundstedt, och hans uppsalensiske professorskollega Östen Undén. Detta tankeutbyte har ett särskilt intresse i detta sammanhang alldenstund Undén var en synnerligen inflytelserik socialdemokratisk politiker, regeringsledamot i omgångar sedan 1910-talet och utrikesminister i en lång följd av år efter det andra världskriget. Det är ju naturligt nog, som framgått av de nyss citerade texterna från 1976 och 2001, i första hand frågan om socialdemokratiens syn på Uppsalafilosofin och eventuellt dess användning av denna lära som man har särskilt intresse av att belysa när man vill dryfta Hägerströms inflytande i konstitutionella spørsmål.

Undéns inställning till en av de frågor som här tilldrar sig huvudintresset, nämligen normprövning genom domstol, var resolut negativ, och hans syn på 1950 års Europakonvention om de mänskliga rättigheterna, som emellertid ratificerades av Sverige utan dröjsmål, var allt annat än entusiastisk.⁴ Han var emellertid samtidigt en stark kritiker av Uppsalaskolan. Lundstedt var också aktiv socialdemokrat, låt vara av sitt parti sedd som en ganska besvärlig riksdagsman för Uppsala län. Därmed skall inte sägas att det skulle vara utan intresse att undersöka rättsrealismens eventuella inflytande på andra politiska riktningar. Att den hägerströmska filosofin framstod som nyskapande och lockande för många unga intellektuella i 1920- och 1930-talets Sverige och särskilt i Uppsala förefaller uppenbart.⁵

Den undén–lundstedtska polemiken pågick under lång tid och präglades

av ett tämligen bistert tonläge. Redan 1928 diskuterar Undén i en festskrift tillägnad Axel Hägerström frågan om juridikens begreppsbildning på ett sätt som klart uttrycker hans pragmatiska och praktiska syn på problemet. På det språkteoretiska området ger han sig över huvud taget inte in. I en artikel från 1933 återkommer han till frågan med väsentligt bibehållen inställning, och i sina inflytelserika läroböcker i sakrätt, som utkom i många upplagor från 1927 till 1976, avvisar han den radikala kritiken mot juridikens begreppsapparat och framhåller kraftigt det juridiska språkets behov av, vad han kallar, funktionsbegrepp.⁶

Denna snabbskiss av Undéns inställning till den språkfilosofiska kritik som var den ursprungliga kärnan i Uppsalaskolans teoribildning och som i denna sin grundform hade endast en avlägsen beröring med de politiska och rättspolitiska frågor som samtidigt dryftades i helt andra termer, bör kompletteras med ett exempel på Undéns behandling av lagprövningsfrågan, i vilken han tar till orda bland annat i en uppsats från år 1956. Tonen kan nog utan överdrift betecknas som vresig.

Undén är uppenbarligen bekymrad över ett inlägg i en riksdagsdebatt av professor Nils Herlitz, som antytt att det fanns visst fog för att hävda att domstolarna i senare tid tillerkänt sig rätten att pröva grundlagsenligheten i riksdagens beslut. Herlitz åsyftade några avgöranden som avsett författningar om statstjänstemäns rättsställning, och Undén betonar kraftigt dessa avgörandens särprägel och begränsade tillämpningsområde. Han summerar:

Att högsta domstolen utan stöd i ny grundlagstiftning skulle tillägga sig en allmän prövningsrätt av lagars grundlagsenlighet får anses lika uteslutet nu som tidigare under den period av nära ett och ett halvt sekel som regeringsformen varit gällande.⁷

Vädjan till historien, och rentav till den balanstanke som enligt statsvetenskapsmannen Axel Brusewitz låg till grund för 1809 års författning – en balanstanke som eljest knappast kan anses ha åtnjutit socialdemokraten Undéns särskilda gunst – kännetecknar också Undéns argumentation när han avvisar ”Petrens ohövliga polemik” i frågan. I den påtagligt irriterade utrikesministerns artikel saknas inte ens ord som klingar närmast hotfulla:

Men även om mot all förmodan högsta domstolen skulle ta sig befogenheten att underkänna en författning sådan som förordningen om kvarlåten-

skapsskatt, så skulle därmed inte sista ordet vara sagt angående domstolar-
nas konstitutionella roll. Det finnes flera instanser som kan å riksdagens väg-
nar reagera mot att allmän domstol vidgar sin behörighet utöver vad konsti-
tutionen förutsatt. Frågan kan upptagas i lagutskott. Men framför allt finns
opinionsnämnden. Det kan knappast betvivlas att en så uppseendeväckande
händelse som en konflikt mellan högsta domstolen och riksdagen angående
riksdagens lagstiftande behörighet skulle komma att återspeglas i opinion-
snämnden.⁸

Socialdemokratin, lagprövningen och de mänskliga rättigheterna

Om man försöker i tryckta källor följa den långa väg – man frestas ibland tala om den *via dolorosa* – som de här valda instituten, lagprövning och skydd för de mänskliga rättigheterna, har genomgått i svensk lagstiftning under tiden efter det andra världskriget, kan man otvivelaktigt plocka samman ett florilegium av uttalanden av framför allt socialdemokratiska politiker som skulle kunna tydas som uttryck för maktens arrogans gentemot rätten – knappast för det nakna påståendet att makt är rätt.⁹

I det officiella trycket finner man däremot mycket litet stöd för uppfattningen att synen på mänskliga rättigheter och lagprövning på något håll skulle ha präglats av värdenihilistisk likgiltighet för och bristande tilltro till rättsliga lösningar. Naturligtvis kan inflytelserika deltagare i processen ha hyst andra uppfattningar än de ger uttryck åt, men misstankar om sådant kan inte gärna läggas till grund för vederhäftiga tolkningar, för såvitt dessa misstankar inte vinner stöd i annat hållbart källmaterial. Det skall samtidigt inte förnekas – och jag hänvisar här till det långa citat från en egen skrift av år 1976 som återgavs i början av mitt föredrag – att en stark och besvärande förnimmelse av att sådana misstankar inte var obefogade ofta grep den som under en följd av år mellan 1970 och 1990 uppmärksam samt följde den rättspolitiska diskussionen i dessa frågor (och i andra, till exempel sådana som rörde juristutbildning och juristkarriär) och som ibland kom ganska nära lagstiftning och lagstiftare. Att framföra argument till försvar för ett traditionellt rättsstatsideal var, eller kändes i varje fall, i hög grad otacksamt.

Om man ställer sig tvivlande till teorin att den hägerström-lundstedtska förkunnelsen skulle ha varit verkligt bestämmande för de attityder som länge föreföll dominerande och i stället i första rummet söker efter andra förklaringar för den kyla som mötte de rättsstatliga argumenten, förefaller

det mig idag, med den distans till situationen under framför allt 1960- och 1970-talen som börjar vara möjlig att inta, som om man skulle kunna peka på åtminstone tre faktorer, som spelade en betydelsefull roll. Dessa tre faktorer är frånvaron av sådana erfarenheter som framkallade den naturrättsliga reaktionen i kontinentalt rättstänkande, vidare det svenska samhällets allt starkare fixering vid en speciell och karakteristisk blandning av ekonomisk rationalitet och förhandlingslösningar som på en gång måttstockar och mål för den offentliga verksamheten och slutligen samma svenska samhälles påfallande starka fokus på demokratiska beslutsprocesser som ensamma legitimerande för offentlig maktutövning. Sannolikt var den sistnämnda faktorn den allra starkaste när det gäller motiven för det politiska Sveriges och i första rummet socialdemokratins hållning till judiciell normprövning. Här kan element av de socialdemokratiska kamparens herrehat och misstro mot myndigheter självklart ha dröjt sig kvar länge som medvetna eller omedvetna attityder.

De tre förklaringsfaktorerna skall här kommenteras något. Det bör emellertid för säkerhets skull framhållas att den föreslagna bedömningen av bestämmande faktorer givetvis inte innebär att den hägerströmska jurisprudenskritiken inte kan ha spelat en roll av individuellt varierande betydelse som en ytterligare medverkande faktor hos de samhälleliga aktörer som över huvud taget kände till denna kritik. Fördjupad insikt i den rätts-teoretiska och principiella diskussion som utlöstes av Uppsalaskolan torde ha funnits främst hos särskilt intresserade och engagerade jurister och statvetenskapsmän av de årgångar som studerade under 1920- till 1940-talen; från 1950-talet och framåt hade å ena sidan den principiella kritiken av skolan vuxit sig starkare, å andra sidan den rättsteoretiska debatten sökt sig andra vägar.

Den första förklaringsfaktor för den svenska negativismen som åberopats härövan är frånvaron på nära håll av de erfarenheter som utgjorde bakgrunden till såväl FN-deklarationen om de mänskliga rättigheterna som Europakonventionen i samma ämne. Idag, när så mycken forskning har tillgängliggjort så mycken information om åtminstone delar av de fruktansvärda händelser som ägde rum före, efter och under det andra världskriget, kan detta te sig som en klen förklaring, men det finns all anledning att erinra om att informationsflödet var väsentligt mycket svagare än nu och att krigsåren präglades av en till dels medveten isolering som ytterligare försvagade det.

Den mycket starka svängning mot ett naturrättsligt, ofta religiöst grun-

dat betraktelsesätt som ägde rum framför allt i Tyskland under 1940-talets senare hälft och vars mest spektakulära yttring var Gustav Radbruchs bekännelse till naturrätten fick mycket ringa genklang i Sverige, liksom den för övrigt förblev obeaktad inte endast i Norden utan också i engelskt rättstänkande. Vare sig det handlar om ett inflytande från Uppsalaskolan eller går tillbaka på en äldre rättspositivistisk tradition – här förstärkte dessa riktningar snarast varandra – fanns en utpräglad misstro mot retoriskt välsvavade men oprecisa programförklaringar i lagform, mot portalparagrafer och mot okontrollerbara löften från det allmännas sida.

Det förefaller här ofta att röra sig om en sedan länge etablerad utpräglat konservativ juristattityd snarare än om ett rättsteoretiskt grundat ställningsstagande. När processer inför Europadomstolen på 1960- och 1970-talet började dra uppmärksamheten till brister i den svenska rättsordningen, var detta något som besvärade inte endast socialdemokratiska politiker. Man kunde höra äldre jurister med helt annan politisk hemort skarpt kritisera en ordning som innebar att nymornade rättsivrare från länder med ett ytterst tvivelaktigt rättsstatligt förflutet skulle sitta till doms över smärre brister i rättsordningen i ett land med en så klar och stark rättsstatstradition som Sverige. Liknande reaktioner var för övrigt inte ovanliga i brittiska juristkretsar. Hos sådana bedömare kom den europeiska konventionen under ganska lång tid att betraktas som en avläggare till den franska revolutionens rättighetsförklaring, som man av ålder och inte helt utan fog betraktade som ett mer retoriskt än rättsligt betydelsefullt dokument. Dessa inställningar har man i nutidens perspektiv skäl att kritisera på många grunder, men detta innebär självfallet inte att de skulle ha sin grund i den hägerströmska rättskritiken.

Den andra förklaringsfaktorn har här ovan betecknats som det svenska efterkrigssamhällets fixering vid en blandning av ekonomisk rationalitet och framförhandlad konsensus som på en gång måttstockar och mål för den offentliga verksamheten. Tankens innebörd torde vara så välbekant att den knappast behöver utvecklas ingående – den sammanfattar inställningar och hållningar som sedan ett par årtionden är starkt ifrågasatta men som i den tidigare efterkrigsperioden omgavs med en massiv och svårbekämpad segervisshet som framträdde inte endast i Sverige utan också i alla de länder där den så kallade svenska modellen länge framstod som framtidens idealiska samhällsskick.

Samhällsingenjörer och andra ingenjörer hyllade här så att säga en glad Luther; naiviteten, materialismen, den fysiska och intellektuella värde-

förstöringen och de negativa biverkningarna av denna samhällsbyggarfest skulle inte på länge bekymra festdeltagarna. I detta klimat, där förhandlingen och överenskommelsen om maximering och fredlig delning av den samhälleliga produktionens frukter – kontentan i den så kallade Salt-sjöbadsandan – var självklara ideal, omgivna av ett slags den ekonomiska rationalitetens helgelse, framstod rättstänkande och sannolikt än mer rättsliga förfaranden som främmande, störande och, värst av allt i den ekonomiska rationalitetens exklusiva perspektiv, som opraktiska.

Det är påfallande att juridiska invändningar liksom anspråk på rättsliga förfaranden och rättslig prövning ofta med sannolikt omedvetet förakt betecknas som hinder på utvecklingens väg och som fördröjande och komplicerande element. Den aningslöshet med vilken man konstruerade partssammansatta organ med rättsliga befogenheter illustrerar välialtigt det förhärskande tänkesättet. Det kan inte utan vidare sägas att de svenska juristerna var helt utan skuld till att denna utveckling kunde äga rum så länge och så ostört, och det kan som redan framhållits inte uteslutas att Uppsalaskolan och den skandinaviska realismen bidragit till att försvaga deras tilltro till den egna hanteringen och de principer på vilka den byggde. Att tillskriva den hägerströmska begreppskritiken något avgörande inflytande härvidlag synes mig å andra sidan inte motiverat. Det fanns också andra inbyggda mekanismer, bland annat i fråga om juristkarriärens struktur och utformning, de oklara skiljelinjerna mellan judiciella och administrativa förfaranden och beslut i ett organiskt framvuxet och ännu ålderdomligt rättssystem, som både fördunklade insikten om vad som var på väg att hända och reducerade förmågan och förmodligen också viljan till att framföra principiella rättssynpunkter i det för juridisk argumentation ogynnsamma klimat som rådde.

När det gäller den tredje förklaringsfaktorn – idén om de demokratiska beslutsprocessernas exklusiva legitimerande ställning – är det inte endast hos socialdemokratiska politiker och författare som denna idé framföres med styrka. Den tycks ha mycket bred förankring över hela det politiska fältet. Å andra sidan synes en hänvisning till Uppsalaskolans verkliga eller påstådda värdenihilism här ha mindre fog än i andra sammanhang. När justitieministern Lennart Geijer i sitt anförande i Lund år 1973 (se not 9 ovan) uttalar att bakom talet att domstolarna skall skydda den enskilde mot "överheten" ligger en antidemokratisk kritik mot det parlamentariska styrelseskicket och att detta talesätt därför är farligt, synes det mig svårt att i detta inläsa något naket maktförhärskande. Det är knappast menings-

fullt att räkna med ett mycket stort intentionsdjup i ett anförande av detta slag, men det förefaller mig inte heller kunna ses som uttryck för någon principiell ”domstolsfobi”.

Att de faktiska bakomliggande politisk-taktiska *motiven* till sådana uttalanden av politiker kan ha varit betänkliga från rättsstatlig synpunkt och att tolkningen om möjligt måste företas under jämförelse med den talandes *handlingar*, inte endast med de valda orden som underlag, det är självklart. Tolkat i det diskussionssammanhang där det hör hemma – och detta torde få anses vara den rimligaste tolkningsmetoden – kännetecknas väl uttalandet framför allt av en stark tonvikt på det demokratiska styrelseskicket så att säga inneboende egenvärde. Det ter sig – paradoxalt, om man så vill – alls inte befogat att se uttalandet som uttryck för en hägerströmskt inspirerad *värdenihilism*. Tvärtom får uttalandet anses innebära att talaren här ställer *andra grundvärden* mot dem som representeras av den traditionella europeiska rättsstaten och dennas främsta bärare, domstolarna, och att han ger dessa andra värden företräde. I det citerade talet är det parlamentarismen, alltså majoritetsprincipen i det politiska beslutsfattandet, som ges särskild tyngd, men denna mer tekniska beslutsprincip helgas så att säga av det överordnade begreppet ”demokrati”. Den talandes yttersta grundvärde är folkstyret, varmed han säkert helt enkelt menar beslutsfattande i enlighet med majoritetens uttryckta vilja, och förverkligandet av detta styrelseskick är den parlamentariska beslutsordningen, som därmed också omfattas av samma helgd. Djupare bör man nog inte försöka tränga in i den geijerska tankevärlden.

Några uttalanden från ett par av de många offentliga utredningar i rättighets- och lagprövningsfrågorna som inte kan anses återspegla specifikt socialdemokratiska idéer, bekräftar i hög grad slutsatsen att man har att göra med en rentav ängsligt rättrogen bekännelse till folkstyret och till majoritetsbaserade beslutsprocesser som så att säga självlegitimerande. Det hade eljest inte varit orimligt att med hänsyn till den ovanligt klara blockbildningen i svensk politik under den period som här avses förvänta sig att om den ena sidan ens visat en tendens till sympati för den ena eller andra principen, den andra sidan skulle ha sökt sig åt det motsatta hållet och de båda därefter låst sig i ståndpunkter som de utvecklat och preciserat var på sin kant. Så tycks det åtminstone under ett långt initialt skede, i varje fall under hela 1970-talet, inte ha förhållit sig.

I den så kallade heckscherska utredningens betänkande från 1978 – en kommitté med en tidigare högerledare som ordförande och en borgerlig

regering som mottagare – användes det välbekanta uttrycket att grundlagarnas huvuduppgift är att fastställa ”folkstyrelsens spelregler”. Det får visserligen – heter det – inte råda tvekan om att statsmakterna själva är bundna av gällande rätt, ”ehuru de givetvis har frihet att i föreskriven ordning ändra den”. När det talas om att ”medborgarna är i växande grad känsliga för vad de uppfattar som begränsningar i sina *naturliga* (kurs. här) fri- och rättigheter”, är det med hänvisning till de olyckliga reaktioner som kan inträffa om myndigheter och andra offentliga organ skulle ”förbise denna känslighet”: det kunde då finnas risk för att åtskilliga medborgares inställning till statsmakterna och deras arbete skulle bli mindre positiva än vad som nu är fallet.

I betänkandet betonas med kraft att begränsningar i statsmakternas handlingsfrihet ”inte får sådana former eller sker i sådan utsträckning att andra för folkstyrelsen grundläggande principer sätts åsido. Såsom nyss framhållits är det av högsta vikt att ingen verklig politisk makt – till skillnad från granskning och verkställighet – kommer att ligga hos de rättstillämpande organen”. ”Statsmakterna måste kunna handla snabbt”, heter det, och utredningen fortsätter med en formulering om vars tidstypiska klassicitet, som gör att den bör citeras ordagrant, textens upphovsmän rimligen inte kan ha varit medvetna: ”Det normala löpande reformarbetet, som sedan länge spelat en huvudroll i de svenska statsmakternas arbete, får under inga omständigheter förhindras.”¹⁰

Uppfattningen att statsmakternas ”normala löpande arbete” skulle ha karaktären av ett ”reformarbete”, som intet får hindra, präglas visserligen av en ovanligt snäv syn på rättsprincipernas och de rättsliga förfarandenas roll i samhällsarbetet, men det förefaller likväl att handla om aningslös samhällsteknologisk naivitet snarare än om något värdenihilistiskt credo. Till folkstyrelsen som grundvärde har här lagts den evigt reformerande staten. Rättsligt grundade invändningar ses som hinder.

Den så kallade petriska utredningen, tillsatt av en borgerlig regering med moderat dominans, upprepar i sitt betänkande grundsatsen – nu rubricerad som ett ”krav”, som utredningen uppenbarligen ansett sig skyldig att uppfylla – att den föreslagna ordningen ”inte får innebära att politisk makt förs över till icke politiska organ”. I fråga om behovet av ”judiciell normprövning” levererar utredningen ett uttalande som här må få tjäna som en lika pittoresk som praktfull slutvinjett:

Emellertid är enligt grundlagen riksdagen den främste lagstiftaren. Endast riksdagen kan stifta grundlag och vanlig lag. *Detta talar för att det är riksdagen som är den instans som är bäst ägnad att pröva om en viss lagföreskrift är grundlagsenlig eller ej.* (kurs. här).¹¹

Det är kanske fantasilöst att nöja sig med att peka på uttalandets originalitet i logiskt hänseende. Onekligen skulle man också utan att på minsta sätt göra våld på texten kunna läsa den som en devot hyllning av maktens visdom, men det förefaller av andra skäl så osannolikt att man ännu år 1993 skulle ha hemfallit åt sådana fromhetsövningar att denna tolkning likväl inte gärna kan komma i fråga. Att textens upphovsmän skulle ha hyst medvetet eller ens omedvetet hägerströmska tankar förefaller uteslutet. Sannolikast har de inte besvärats av rättsteoretiska tankar alls, lika litet som de bekymrat sig om slutledningens logik.

Slutsatser

De slutsatser som enligt min mening kan dras av ett försök att analysera den hägerströmska filosofins reella och konkreta betydelse för svensk konstitutionell diskussion, lagstiftning och praxis överensstämmer såvitt jag kunnat finna så gott som fullständigt med de reflexioner som Joakim Nergelius anställer i sitt stora arbete Konstitutionellt rättighetsskydd, och jag finner också denne författares formuleringar så välavvägda att det vore meningslöst att i ett kort föredrag försöka förbättra dem. Så heter det hos Nergelius:

Att Uppsalafilosofin tidigt inspirerade och på många sätt var användbar för den svenska socialdemokratin i dess politiska strävanden får numera anses vara klarlagt. Läran var en del av själva den tidsanda i vilken välfärdsstaten växte fram, men detta säger ingenting om dess konkreta rättsliga inflytande i olika skeden.

Och efter att ha karakteriserat Lundstedts och Undéns inställning och verkningsmöjligheter avslutar Nergelius:

Att härav (dvs. ur Undéns inställning) dra slutsatsen att Uppsalafilosofin är *ansvarig* för någon viss tendens i svensk statsrätt är dock vanskligt; den svaga svenska rättighetstraditionen har sannolikt andra huvudorsaker. Dock torde rättsrealismen ha förstärkt en idétradition som länge varit tydlig i svenskt rättsliv.¹²

Till denna avslutning vill jag helt ansluta mig.

Fotnoter

- 1 Den juridiska fakulteten i Uppsala, Uppsala 1976, citatet hämtat från s. 197.
- 2 J. Sundberg, "Rättsteorin och Europakonventionen" (i "Lindaela. Sigurdur Lindal sjötugur 2. júlí 2001, Reykjavík 2001, s. 553 f.).
- 3 Ett talande brevcitat om en juris studerandes minnen från 1940-talets Uppsala i J. Sundberg, "Volte face", Tidskr. utg. av Juridiska föreningen i Finland 2001, s. 377 ff. på s. 378, torde böra behandlas som autentiskt.
- 4 Se L. Kellberg i Studier i internationell rätt tillägnade Lars Hjernér, Stockholm 1990, s. 299 ff.
- 5 Den som kritiker oförtröttade, oöverträffade och här redan flerfaldigt utnyttjade professor J. Sundberg pekar på det starka inflytande som den hägerströmska filosofin, vid sidan av den radikalliberale statsvetenskapsmannen Axel Brusewitz lärör, utövade på högerledaren Gunnar Heckscher under studietiden i 1920- och 1930-talets Uppsala. Heckscher blev ordförande i 1977 års utredning om förstärkt skydd för medborgerliga fri- och rättigheter, som avgav betänkandet SOU 1978:34, till vilket vi återkommer härnedan. Se J. Sundberg i Sporröng-Lönnroth. En handbok, utgiven av J. Sundberg 1985 (Institutet för offentlig och internationell rätt nr 63), s. 12 ff.
- 6 Se Ö. Undén, Några synpunkter på begreppsbildning inom juridiken, i Festskrift tillägnad Axel Hägerström, Uppsala 1928 och artikeln Några reflexioner om termen "gällande rätt" i T.f.R. 1933. I Svensk sakrätt (här citeras del I, Lös egendom, i 4 uppl., Lund 1961, och del II:1 Fast egendom, likaså i 4 uppl., Lund 1960) nöjer sig Undén med att utveckla sin egen syn på äganderättens begrepp, polemiskt återge ett Lundstedtcitat som i sak kommer mycket nära ett av Lundstedt kritiserat uttalande av Undén samt hänvisa till tidigare skrifter (del II, s. 40, not 1).
- 7 Ö. Undén, Några ord om domstolskontroll över lagars grundlagsenlighet, SvJT 1956, s. 260 ff, s. 262.
- 8 Undén, a.a., s. 263.
- 9 I not 5 a.a. (s. 15) citerar Sundberg den dåvarande justitieministern Lennart Geijer, vilken i ett tal i Lund år 1973 uttalade följande: "Bakom talet att domstolarna skall skydda den enskilde mot 'överheten' ligger en antidemokratisk kritik mot det parlamentariska styrelseskicket. Det är därför ett farligt talesätt."
- 10 Förstärkt skydd för fri- och rättigheter (SOU 1978:34), s. 49–51.
- 11 Fri- och rättighetsfrågor. Del A (SOU 1993:40), s. 22 f.
- 12 J. Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv, 1996, s. 612 f.

Formalisme, pragmatisme, realisme: Teori, metode og grunnlovsforståelse hos Castberg, Knoph og Ross

Innledning

I denne artikkelen vil jeg undersøke tre typiske syn på teori, metode og grunnlovsspørsmål i dansk-norsk rettsvitenskap i det 20. århundre.¹ Ett mål med disse analyser er å se hvordan teori- og metodeoppfatningene virker inn på behandlingen av grunnlovsspørsmålene samt vurdere holdbarheten av noen av deres premisser.

Som eksponenter for de tre syn har jeg valgt Frede Castberg (1896–1977), Ragnar Knoph (1894–1938) og Alf Ross (1899–1979). Alle tre regnes som sentrale i det 20. århundres danske og norske rettsvitenskap. Alle har reflektert over rettsteori og juridisk metode. Og hver på sin måte har de gitt viktige bidrag til forståelsen av grunnloven; Castberg og Ross har sågar skrevet fullstendige fremstillinger av statsforfatningsretten.

Både Knoph og Ross blir vanligvis regnet som rettsrealister, mens Castberg regnes som normativist og naturrettstenker. Gjennom mine analyser vil jeg forsøke å vise at denne grupperingen er problematisk. Jeg vil argumentere for at Knophs teoritype skiller seg vesentlig fra både Castbergs og Ross, mens de to sistnevnte har mange vesentlige fellestrekk når det gjelder teori og metode.

Sammenligningen av Castberg, Knoph og Ross kan derfor gi et bidrag til å belyse forholdet mellom de ulike teoretiske retninger i det tyvende århundrets skandinaviske rettsteori, ikke minst forholdet mellom de ulike former for ”rettsrealisme”. Forholdet mellom de ulike former for realisme er uklart i den eksisterende litteratur, og fortjener derfor oppmerksomhet.

For å skille klarere mellom Knophs og Ross former for realisme introduserer jeg i denne artikkelen begrepet rettspragmatisme for å karakterisere den teoritype Knoph står for.² For å ha en samlebetegnelse for likhets-trekkene mellom Castberg og Ross, bruker jeg betegnelsen formalisme. Jeg skal si litt om disse to betegnelse før vi går videre. Rettspragmatismen kjennetegnes ved blant annet følgende trekk:

For det første er rettspragmatismen som teori *anti-fundamentalistisk*. Det betyr at den ikke tar mål av seg til å forankre moralerkjennelse eller (retts-)vitenskapelig erkjennelse i sikre utgangspunkter (fundamenter). Pragmatismen anser dette for umulig og vil derfor heller ikke prøve.

Videre nærer pragmatismen ingen tro på at svarene på den type spørsmål som stilles i jus, moral og filosofi kan være sikre. Vi kan kalle dette *toleranse for usikkerhet*. Fraværet av fundamenter og sikkerhet er omvendt ikke noe argument for radikal skeptisisme eller subjektiv relativisme, slik en rettspragmatist ser det. Pragmatismens relativisme og skeptisismen er moderat.

Som et tredje kriterium kan det fremheves at pragmatismen som etisk eller rettslig teori er *pluralistisk*. Dette kommer blant annet til uttrykk i synet på naturlig og positiv rett. Disse anses ikke som uforenlige motsetninger, men som ulike typer av argumenter, som må vurderes ut fra deres kvalitet. Pragmatismens forhold til naturlig rett kan også sees som en side av dens *kontekstualistiske karakter*. Pragmatismen ser retten som et menneskelig verk, som en del av historien og av samfunnslivet, som også må forstås og anvendes i lys av sin rolle i samfunnet. For pragmatismen er det en nær forbindelse mellom teori og praksis.

Pragmatismen har også en metodologisk side (både på rettsteoretisk og alminnelig juridisk nivå). Pragmatismen henter ikke sitt metodologiske ideal fra filosofisk logikk, men fra retorikkens argumentasjonsteori, som i sin tur i stor grad er utviklet med utgangspunkt i juridisk argumentasjon. Pragmatismens metode kan kalles argumentativ. Argumentasjon uten fundamenter og krav til sikkerhet anses forøvrig for en viktig form for rasjonalitet.

Pragmatismen står i opposisjon til den dominerende tendens i vestlig filosofi og rettstenkning fra Descartes og Pufendorf til Ross og Carnap. Det ville være meningsløst her å forsøke å sammenfatte 400 års vestlig metafysikk i noen enkle formler, så jeg skal innskrenke meg til å peke på noen kriterier som forener de tenkerne jeg skal behandle i denne artikkelen: Castberg og Ross (samt Kelsen og Astrup Hoel, som også kort berøres).

For det første er alle disse tenkerne filosofiske *fundamentalister*; de søker sikre grunnlag for erkjennelsen. Hos Ross er blant annet den velkjente prognoseteorien med læren om dommerideologien forsøk på å tufte den rettsvitenskapelige erkjennelse på et sikkert grunnlag. Hos Kelsen er grunnnormen et uttrykk for det samme. Videre opererer disse tenkerne med et

krav til sikkerhet i erkjennelsen. Dette preger som vi skal se Castbergs arbeid med naturrettsproblemet, mens det hos Ross ble brukt negativt som argument mot naturretten. De nevnte tenkerne har en preferanse for abstraksjon og anser teori som primær i forhold til praksis. Deres tenkning har en *kontekstuavhengig* karakter. Kelsen gjorde kontekstuavhengighet til program gjennom sitt krav om at rettslæren måtte være ”ren”, det vil si fri for moral, politikk og sosiologiske perspektiver.

Metodologisk sett er disse tenkerne formalister. De anser den formelle logikk med utgangspunkt i geometri og matematikk som den primære argumentasjonsform. De har også en tendens til å prioritere analyse, definisjoner og bokstavelig mening fremfor andre redskaper som for eksempel metafor.

Denne kategoriseringen er naturligvis en bevisst forenkling og det er selvfølgelig store individuelle variasjoner innenfor hver kategori at det allikevel dreier seg om en fruktbar distinksjon, håper jeg vil framgå av det følgende.

Hvordan er forholdet mellom disse to teoritypene på den ene siden og tendenser i rettsanvendelsen, i henholdsvis fri eller bundet retning, på den annen? Poenget her er at det *ikke* er noen nødvendig sammenheng mellom pragmatisme og en spesielt frirettslig rettsanvendelse, like lite som det er noe avhengighetsforhold mellom formalistisk jus og den teoritype som Ross og Castberg står for. En pragmatistisk rettsteori kan argumentere for formalistisk jus, liksom Astrup Hoel med sin logiske formalisme tok til orde for en særdeles frirettslig rettsanvendelse. Når jeg snakker om pragmatisme mener jeg således et teoretisk grunnsyn, ikke en holdning til enkelt spørsmål.

I det følgende vil jeg først gi en oversikt over to hovedlinjer i 1800-tallets norske forfatningsrettslitteratur. Disse linjene skal tjene som bakgrunn før jeg analyserer Castbergs og Knophs behandling av grunnlovens § 97. Deretter følger en kortfattet analyse av Ross behandling av spørsmålet om domstolenes prøvelsesrett. Til slutt foretar jeg en nærmere sammenligning av Castberg og Ross. Poenget er hele veien å forfølge de teoretiske og metodiske tendensene, ikke å sammenligne enkelte doktriner eller resultater. Selv om det kanskje blir en overvekt av norsk jus, er spørsmålene trolig relevante også for resten av Norden.

Linjer i 1800-tallets norske forfatningsrettslitteratur

Den norske grunnlov av 1814 var i mangt og mye et produkt av den rasjonalistiske naturrettens tankegang.³ Rettighetsbestemmelsene var inspirert av amerikanske og franske forbilder, såvel som av den alminnelige filosofiske naturrettstradisjon. Maktfordelingstanken bygget på Montesquieu, og selve idéen om i det hele tatt å skrive ned – ja skape – en grunnlov, var naturrettsgods, nærmere bestemt inspirert av læren om den store samfunnskontrakten.

Metodologisk sett var den rasjonalistiske naturretten utpreget formalistisk. De fleste forfattere tok til seg matematikken og geometrien som gyldige idealer for praktisk argumentasjon. Når systemene ble bygget opp gikk de aksiomatisk-deduktivt til verks, slik de mente at geometere eller fysikere gjorde i sine teorier. Tanken var at hvis det som var på toppen var gyldig og man sluttet seg deduktivt nedover, ville gyldigheten flyte nedover i systemet, som vann i en foss. Hume og Kant påpekte at dette kanskje var å strekke fornuftens evner noe langt. Jakten på første prinsipper og bruken av metodologisk formalisme fortsatte imidlertid, noe ikke minst Kant selv er et eksempel på.

I den første tid etter grunnloven kom det to arbeider om den. Det første – skrevet av Henrich Steenbuch – var preget av naturretten, i dens etterkantianske form. Det andre var forfattet av Frederik Stang d.e. og bar den noe omstendelige tittel: *Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges Grundlovsbestemte og Constitutionelle Ret* (1833). Fra disse to forfatterne har man trukket to linjer i 1800-tallets norske forfatningsrettslige litteratur.

Tradisjonelt har det vært enighet om å se Stangs linje som den dominerende, både i statsforfatningsretten og i norsk rettsvitenskap i det hele.⁴ Dette synet er i dag mere omstridt. Rune Slagstad har fremholdt linjen Steenbuch–Gaarder–Aschehoug som et alternativ, og antydnet at den er mer representativ enn den Stangske oppfatning, i hvert fall i spørsmålet om prøvingsretten.⁵

I metodisk henseende var Stangs arbeid uansett viktig. Det har en annen karakter enn Steenbuchs. Steenbuch tilhørte patriotene, og deres argumentasjon var visstnok preget av at de slo den ”evige langbold” mellom begrepene frihet og despoti.⁶ Frederik Stang likte å spille mer langs bakken og han sto i så henseende nærmere Ørsted.

Den rettsmetode som med Ørsted, Schweigaard og Stang fløt inn i norsk rettsvitenskap, var pragmatisk og virkelighetsnær. For Ørsted og

Schweigaard fant retten sitt sanne liv i dialektikken mellom regelmessighet og individualisering, og den rette avgjørelse – som aldri kunne pretendere å hvile på et absolutt sikkert grunnlag – måtte springe ut av en ”fuldstændig, udtømmende Overveielse af alle saavel individuelle som almindelige, forbigaaende og stadige Interesser” i saken, inkludert verdien av å ha en regel (det vil si hensynet til forutberegnelighet).⁷

Ut fra dette metodesyn var det naturlig at man ikke ville utlede absolutte skranker av bestemmelsen i grunnlovens § 97. Frederik Stang skrev således følgende i sin grunnlovskommentar:

I den store ubestemthet om hvad der skal ansees for tilbagevirkende kraft av en lov, siden ikke sjelden enhver skade noen lider ved forandrede samfunnsinnretninger anføres som eksempel på lovers tilbakevirkende kraft, turde det være fornødent å bemerke at setningen i grl. § 97 naturligvis ikke må utstrekkes videre enn nødvendig er, forat den kan få betydning og fyldestgjøre et ubetinget og til enhver tid gjeldende rettfærdighetskrav.⁸

Torkel Aschehoug behandlet både spørsmålet om prøvingsretten og tilbakevirkningsregelen i grl § 97 langt mer utførlig enn Stang hadde gjort.⁹ Over 200 sider gjennomgikk han alle tenkelige eksempler på tilbakevirkning. Også Aschehoug var influert av Ørsted, og ikke minst Schweigaard.¹⁰

En følge av Ørsteds og Schweigaards gjennomslag i dansk og norsk rettsvitenskap, var at den rettslige formalismen som ellers brøt frem i mange land på 1800-tallet (særlig Tyskland)¹¹ bare i meget begrenset utstrekning fikk fotfeste i Danmark og Norge. Først med Francis Hagerups berømte programartikkel om rettsvitenskapens metode, i første nummer av *TfR* 1888,¹² ble arven fra Schweigaard direkte utfordret i norsk teori.¹³ Og Francis Hagerups program var en moderat formalisme.

En som tok opp Hagerups program var Frede Castberg. Han gikk imidlertid lenger enn Hagerup; han var både mer abstrakt og mer formalistisk. Formalismen hos Castberg kommer klart til uttrykk i hans behandling av tilbakevirkningsspørsmålet i sin doktoravhandling fra 1919. Hvilken betydning dette hadde for hans grunnlovsforståelse, skal vi se i de følgende avsnitt.

Formalismen: Castberg

Castberg leverte sin doktoravhandling *Grunnlovens forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft* i 1919, da han bare var 23 år. Det er et ungdomsarbeid, og det er nok ikke helt representativt for Castbergs samlede forfatterskap. Dette kunne tale mot å legge stor vekt på det. Poenget her er imidlertid å illustrere en tendens, og Castberg var uansett preget av sitt utgangspunkt også senere. Dessuten er Castbergs verk interessant fordi det vakte reaksjoner fra Ragnar Knoph, som vi siden skal se på. Og ikke minst er det av interesse fordi det gir oss en gylden anledning til å sammenligne Castberg med Ross.

Castberg gikk frem på en annen måte enn Aschehoug hadde gjort. I stedet for et vell av eksempler på enkeltkonflikter, stilte Castberg opp noen klare og enkle regler, som ikke fulgte direkte av ordlyden i bestemmelsen, men som presumtivt skulle kunne anvendes av domstolene uten å behøve å trekke inn andre formål og hensyn ved avgjørelsen.

Castbergs behandlingsmåte er preget av at han søker et sikkert fundament for rettserkjennelsen. Et annet karakteristisk trekk er at han går ut fra nykantianske premisser. Endelig er Castbergs behandlingsmåte preget av at han prioriterer visse snevre former for logiske kategorier og slutninger. I alle tre henseender er Castberg på linje med tendensen i tysk-pråklig statsrettslitteratur rundt århundreskiftet.¹⁴

Individ og stat

Før Castberg gikk inn på behandlingen av bestemmelsen i grunnloven anså han det nødvendig å utrede nærmere det rettslige forhold mellom individ og stat.¹⁵ I forbindelse med dette forsøkte Castberg å gi en definisjon av rettsbegrepet og rettskildene. Han ønsket nemlig å bygge sine rettslige utviklinger på et sikkert grunnlag. All den tidligere mengde teoretisering hadde ikke gitt noe ”endelig, uangrikelig resultat”.¹⁶ Castberg ville nå forsøke å gi en ”løsning”. Han var beskjeden nok til å innvilge at den var ”rent foreløbig”, men målet var ikke desto mindre ”sandhetens erkjennelse”.¹⁷

Ved å stille seg et slikt mål var Castberg på linje med viktige strømninger i filosofi og vitenskap på denne tiden, strømninger som også preget rettsfilosofien: jakten på et fundament (filosofisk fundamentalisme) og kravet om sikkerhet (absolutisme). Fundamentalisme og absolutisme preget Astrup Hoel, som noen år senere mente å ha funnet et ”helt sikker grundlag” for rettsanvendelsen, i ”det logiske retsfundament”.¹⁸ Ross sat-

te som motto for sin første avhandling et sitat fra Schopenhauer, ”la oss si sannheten”,¹⁹ og fundamentproblematikk preget hele forfatterskapet. Også teknikken var tidstypisk, og felles for de tre som er nevnt: behovet for å gi *definisjoner* av rettens grunnbegreper. Og endelig var prioriteringen av visse snevre former for logikk som redskap et fellestrekk (metodologisk formalisme).

Spørsmålet om rettsbegrepet stiller Castberg opp som et spørsmål om grunnen til rettens forpliktende kraft. Staten må styre ved hjelp av lov, og undersåttene plikter å rette seg etter loven, men hvorfra henter loven sin bindende kraft? spør han. En begrunnelse ved hjelp av naturretten avvises som fåfengt, med en bemerkning i samme ånd som senere Ross: ”Ti naturretten er et ideal, – den positive rett virkelighet.”²⁰ Mer ”realistisk” finner Castberg Herman Scheels teori om at en rettsregel må anses å gjelde, fordi håndhevelsen av den fremmer samfunnets vel.²¹ Heller ikke denne teorien kan imidlertid i følge Castberg føre frem. Den ville lede til at lovformen bare ble et moment blant flere ved avgjørelsen av om en regel gjelder eller ikke. Dette mer pragmatiske synspunkt,²² godtar ikke Castberg, fordi man da ville overse det ”virkelige forhold”, nemlig at ”en positiv rettsnorm [...] gjelder uansett om dens håndhevelse er til gagn eller skade for samfundet”.²³ Endelig nevnes Hagerups teori om rettens psykologiske grunnlag, hvoretter gyldigheten av en regel skulle være avhengig av hvorvidt ”den formår å virke motiverende på menneskelige handlinger og unnlatelser”.²⁴ Castberg påpeker noen absurde konsekvenser av en slik teori, og lar den falle.

Det Castberg lander på når disse alternativene er avvist, er en rent formell teori om retten som et system av normer, med kildene sedvane og grunnlov som systemets ”aksiomer”.²⁵ Teorien er rent normativ, rent formell og rent positivistisk. De teoretiske fordringer gjør at Castberg også må operere med en meget snever definisjon av rettskildene.

Castberg avviser at det finnes rettskilder utover grunnlov (og dermed også lov som er korrekt avledet fra grunnloven) og sedvanerett. ”’Sagens natur’ og rettsvitenskapens konstruksjoner”, fremhever han, ”er ikke rettskilder i samme forstand som grunnlov og sedvanerett”.²⁶ Finnes det en sedvanerettsregel eller en lovbestemmelse, er det etter Castbergs oppfatning intet mer for dommeren å gjøre: saken er ”uten videre løst”.²⁷ Castberg tiltrer riktignok ikke tesen om rettens fullstendighet,²⁸ men hevder at der loven tier, er det ikke spørsmål om at dommeren *avgjør* spørsmålet på samme måte som ved lovgivning, men at han *skaper* rett.²⁹

Teorien minner om Kelsens,³⁰ og om Ross i *Theorie der Rechtsquellen*.³¹ Alle tre bygger på nykantianske premisser og opererer med noen av de samme forutsetninger når det gjelder målsetning (bygge teori, sikkerhet) og metodiske redskaper (logisk formalisme). Selvfølgelig er det også forskjeller, ikke minst i grad av utarbeidelse og argumentasjon. Men det er påfallende og betydningsfullt i hvilken grad det er likhet.

De tre er også helt på linje når det gjelder å avvise naturretten. For Castberg var dette imidlertid et større problem enn det var for de to andre.

Idealrettsproblemet

Resultatet av Castbergs prinsipielle betraktninger om forholdet mellom individ og stat, er nokså pussig. Siden han anlegger en rent positivistisk og formalistisk betraktningssmåte, må han konstatere at de grunnlovsbestemte skranker for lovgivningens makt "ikke har krav på nogen almenyldighet". Grunnlovens § 97 kan således oppheves, så sant det skjer i "de former som grunnloven foreskriver i § 112".³² Heller ikke andre materielle skranker for lovgivningen – uavhengig av bestemmelsene i grunnloven – kan anerkjennes i Castbergs system. Implikasjonen av dette er at Stortinget – bare de først sørger for å oppheve § 97 – kan kjøre i vei og gi tilbakevirkende lover om hva som helst. Ut fra Castbergs teori finnes det ingen bremseklosser: ingen naturrett, ingen rettferdighetsprinsipper, ingen målestokker. Kun det rent formelle: normene og deres sammenheng.

Resultatet synes konsekvent i forhold til utgangspunktet, men det kan ikke være et resultat som har smakt Castberg særlig godt. Er det ingen grenser for rettsutøvelsen ut over de som følger av positiv lov? synes Castberg ha tenkt, og i artikkelen "Idealrettsproblemet" fra 1922, vender han tilbake til denne problematikken.³³ Han jakter på målestokker, men måten han stiller spørsmålet opp på gjør det lett å bli skuffet. Oppgaven er nemlig å finne det absolutt sikre.

Castberg anser riktignok troen på et "evig og uforanderlig idealrettsystem", som "forlængst helt opgit". Men han stiller seg ikke desto mindre oppgaven å finne "det eneste riktige – det ideelle", "en evig og uforanderlig idealret". Riktignok skal dette ideal relateres til tid og sted. Spørsmålet begrenses til å angå forholdet til skiftende konkrete samfunnsformer: "det ideelle – for dette samfund".³⁴ Det er altså tale om en viss relativisering. Men det er stadig spørsmål om det ideelle, ikke om det best mulige eller minst ufullkomne.

Resultatet av undersøkelsen av rettferdighetens fordringer blir nedslående. Den menneskelige ”erkjendelse” strekker ikke til, når det gjelder å fastslå hva som ”helt ut” er rettferdig rett.³⁵ Spørsmålet om det eksisterer en ”objektivt gyldig idealrett” må dermed ”besvares benegtende”.³⁶ Castberg må avvise naturretten i alle dens former.

Vi skal ikke oppholde oss mer ved dette problemet hos Castberg, men bare nevne at han modifiserte sin formalisme senere i forfatterskapet, og endte opp med å bekrefte en form for idealrett. Det skjedde imidlertid nærmest som en trossak, uten noen egentlig teori om rasjonelle overveielser.³⁷

Det disse utredningene viser oss, er de resonneringsmåter og forutsetninger som Castberg arbeider ut fra når han drøfter rettsspørsmål (hittil riktignok av den abstrakte sorten). Denne behandlingsmåten tar Castberg også med seg i drøftelsen av de enkelte rettsspørsmål knyttet til bestemmelsen i grunnlovens § 97.

Den konstruktive metode

I avhandlingen om tilbakevirkningsforbudet anvendte Castberg den konstruktive metode; i sin prøveforelesning over selvvalgt emne foredro han dens teori.³⁸ Den konstruktive metode beskrev han i innledningen som ”den metode [...] å sammenfatte den positive retts normer i almindeligere setninger i den hensikt å erkjenne den logiske sammenheng i rettsordenen, spare hukommelsen for å fastholde en uendelighet av detaljnormer og – efter manges opfatning – i de opstillede generalisasjoner å erhverve midler til løsning av nyopdukkende rettsspørsmål”.³⁹

Castbergs konstruktive metode var induktiv-deduktiv, han mente at man kunne gå induktivt fra forskjellige positive bestemmelser og enkelttilfeller til en almen regel, og derfra igjen deduktivt til nye tilfeller. Det dreide seg om ”tankens vandring fra det spesielle til det almindelige og derfra igjen til det spesielle”, en ”forening av induksjon og deduksjon”.⁴⁰

Ved bestemmelsen av tilbakevirkningsforbudets rekkevidde, tok Castberg utgangspunkt i en rent språklig fortolkning av ordene ”virke tilbake”, og så dette i sammenheng med formålet bak § 97. Det anså han å være det å skape ”beregnelighet, – å gjøre det mulig for individene å forutse sin fremtidige rettsstilling”.⁴¹

Når Castberg videre skulle bestemme hvilke rettigheter som var beskyttet av grunnlovens § 97 mente han ikke at man kunne gjøre det ved å gi en

”tilfredsstillende definisjon”. Han ville gå induktivt til verks, den ”rette fremgangsmåte tør være å behandle spørsmålet konkret”, med utgangspunkt i den positive rett.⁴² På denne måten mente Castberg det var mulig å oppstille bestemte setninger: ”Undersøkelsen av de enkelte anvendelser av prinsippet vil vise at der kan oppstilles visse, almindelige setninger om hvad der inngår under begrepet”.⁴³ Det var dette som var den juridiske konstruksjon. Vi skal se et eksempel på Castbergs fremgangsmåte.

Tilbakevirkningsforbudet

Castberg delte bestemmelsen i § 97 opp i en regel om handlinger og en om rettigheter. Det var særlig i sistnevnte relasjon at bestemmelsen om forbudt tilbakevirkning måtte kalle på konstruksjoner. Hvilke rettigheter kunne beskjæres eller hvilke lover kunne gis, uten å aktualisere tilbakevirkningsnormen? Som eksempel på lovlig bortfall nevnte Castberg at en lov uten å hindres av grunnlovens § 97 (eller § 105) kunne bestemme at rettigheter skulle falle bort eller gå over til staten, hvis rettighetshaveren foretok en handling som var satt som betingelse for rettighetens bortfall eller overgang. De eneste kravene han stilte for at dette skulle være lovlig, var at loven var utformet generelt og at det var mulig for rettighetshaveren å oppfylle betingelsen; altså rent formelle krav. Generalitetsprinsippet mente Castberg å kunne utlede av en del rettspraksis om bestemmelsen; mulighetskravet stammet fra læren om viljens autonomi,⁴⁴ samt setningen ’til det umulige er ingen forpliktet’. Her er litt mer av Castbergs eget resonnement:

Likesom loven kan forby en handling og knytte den virkning til handlingens foretagelse, at en beskyttet rettighet fortapes, – således må loven også uten å erklære handlingen rettsstridig kunne bestemme at dens foretagelse skal ha denne følge. M.a.o.: Dersom det står i lovgiverens makt å oppstille et forbud (resp. påbud) av et bestemt innhold og la overtredelse medføre rettstap, så må lovgiveren også kunne undlate å erklære de handlinger det gjelder, forbudt, men allikevel bestemme at handlingens foretagelse skal trekke det samme rettstap efter sig.⁴⁵

Også konsesjonslovgivningens bestemmelser om hjemfallsrett finner Castberg godtagbare ut fra rent formelle betraktninger, de vil sage at rettighetstapet knytter seg til en fremtidig handling, og at subjektet hatt mulighet til fritt å velge om han vil foreta handlingen eller ei. At hjemfallsrettsbestemmelsene er gyldige i forhold til grunnlovens § 97 (og heller ikke utløser erstatning etter § 105) forklarer han derfor slik:

Dersom dette kan skje uten erstatning efter grunnlovens § 105, synes den mest nærliggende forklaring å være den, at avgivelsen jo alene skjer som resultat av en i forhold til loven fremtidig rettshandel fra eierens side, nemlig hans salg til en konsesjonspliktig person. At grunnlovens § 105 likeså litt som dens § 97 forbyr lovgiveren å knytte en slik rettsovergang som virkning til rettighetshaverens fremtidige rettshandel, er den nødvendige forutsetning for dommens riktighet.

Likeledes er setningens anerkjennelse den nødvendige forutsetning for grunnlovsmessigheten av [vassdragsreguleringslovens bestemmelser om konsesjon for regulering på egen grunn]. Rettighetenes vederlagsfri overgang til staten skjer her, bare såfremt rettighetshaveren utfører vassdragsreguleringer. Og han er selv herre over hvorvidt han vil gjøre dette.⁴⁶

Det som er verdt å bemerke ved disse tekststedene er at Castberg forutsetter et logisk system som enkeltresultater fra praksis på en eller annen måte må kunne innordnes i. Det er det som ligger i hans henvisning til ”forklaring”, og til ”setningens anerkjennelse” som den ”nødvendige forutsetning”. Det er også denne bakenforliggende tankegangen som ligger til grunn for talen om ”dommens riktighet”. Dommen er riktig hvis den kan utledes riktig fra Castbergs konstruksjoner. Tanken om et slikt system er en metafysisk forutsetning, ytterst sett en form for platonisme.⁴⁷

Også når det gjaldt den konstruktive metode, modererte Castberg seg senere. Allerede i *Norges Statsforfatning* (1935) var behandlingen mer skjønsmessig, og i *Rettsfilosofiske Grunnspørsmål* (1939) brukte han til og med sin egen tidligere utvikling om grunnlovens § 97 som eksempel på uheldige resultater av metodens bruk.⁴⁸ Man kan si at Castberg ble mer pragmatisk med årene.

Knoph: Rettspragmatisme

En som kan ha påvirket Castberg i pragmatisk retning, var Ragnar Knoph. Han disputerte i 1921 på en avhandling om *Hensigtens betydning for grensen mellem rett og urett*.⁴⁹ Her kom han blant annet inn på grunnlovens § 97 og kritiserte Castberg, både når det gjaldt enkeltresultater og med hensyn til metoden.

Om Castbergs bruk av den konstruktive metode ved utviklingen av tilbakevirkningsforbudet, skrev Knoph:

De resultater som Castberg ad denne vei kommer til, er efter min mening ganske besynderlige, og synes mig å være vel egnet til å vise hvilken skjebnesvanger misforståelse det er, å ville søke å bestemme området for

grunnlovens §§ 97 og 105, uten å ta nogensomhelst notis av den lovs formål som spørsmålet gjelder. Tatt på ordet, vil jo Castbergs lære f. eks. lede til, at en lov uten å komme i kollisjon med grunnloven kunde bestemme at enhver rådighetsutøvelse som fant sted efter loven, skulde ha den skjebensvangre konsekvens, at rettigheten falt bort, eller gikk over til staten. ”Hvis en jordeier dyrker sin jord, skal den være hjemfallen til staten; hvis en kreditor krever inn sin fordring, skal den være ugyldig”, vilde begge være rettsnormer som hadde grunnlovens fulle billigelse. Helt har visstnok ikke Castberg sett disse konsekvenser av sine setninger i øinene; men det mangler heller ikke meget på, at han positivt har underskrevet dem. Side 112 begrunner han f. eks. grunnlovmessigheten av reguleringsloven av 14/12 1917 – som gjør vassdragsregulering også på egen grunn betinget av konsesjon med hjemfallsplikt til staten – på den enkle måte, at han gjør opmerksom på, at en vassdragsregulering er en fremtidig handling, som rettighetshaveren godt kan undlate hvis han vil. Enhver ytterligere diskusjon om vilkårets art, om reguleringslovens begrunnelse og formål, om inngrepets vesentlighet osv., er derved overflødiggjort. Om det utbyggede vannfall derfor skal falle tilbake til staten om 60 år eller om 2, om loven endog hadde bestemt at enhver reguleringshandling som vannfallseieren foretar, skal lede til at vannfallet straks blir statseiendom, er i følge Castberg ganske uten enhver betydning.⁵⁰

Det første vi legger merke til her, er at Knoph bebreider Castberg at han ikke har tatt lovens formål med i betraktning ved avgjørelsen. Knoph betoner gang på gang i sin avhandling at man må ta hensyn til lovens formål når man avgjør rettsspørsmål. Forskjellen mellom Knoph og Castberg kunne i så henseende lett oppfattes som et innlegg i striden mellom den konstruktive og den teleologiske metode.⁵¹

Forskjellen mellom Castberg og Knoph stikker imidlertid dypere enn som så. Knoph opererte nemlig også med en helt annen behandlingsmåte enn Castberg. Han hadde en annen underliggende oppfatning av juridisk metode. Opp mot Castbergs metodologiske formalisme stiller han en argumentativ metode, med en helthetsvurdering av alle de ulike momenter og hensyn som er relevante i saken. Dette skjer ut fra en pragmatisk rettsteori. Knophs rettsteori står således i den pragmatiske tradisjon fra Ørsted over Schweigaard, Bentzon og Stang.

Knophs rettspragmatisme har betydning også for hvordan han behandler ”idealrettsproblemet”. For Knoph er ikke dette egentlig noe stort problem, slik det er for Castberg. Et inntrykk av dette får vi hvis vi ser på Knophs betraktninger om ”riktig rett” i innledningen til *Oversikt over Norges Rett*.⁵²

Riktig rett

Knoph avviser ganske visst naturretten i dens klassiske, rasjonalistiske form. Det skjer imidlertid først og fremst på grunnlag av naturrettens abstraksjonsnivå, ikke fordi den som kilde skulle stå i noe problematisk forhold til den menneskelige erkjennelse, eller av andre logiske eller metafysiske grunner. Det Knoph skriver er ikke avansert eller dypsindig, og det er overhodet ikke originalt. Men det gir et godt uttrykk for det pragmatistiske syn på ”naturretsproblemet”:

Når man taler om retten kort og godt, mener man de reglene som lever og virker i et bestemt samfunn, som folk innretter seg etter, og som domstolene legger til grunn for sine avgjørelser. For tydelighets skyld kaller man ofte denne slags rett for den positive rett.

Disse rettsregler er dog ikke de eneste som har betydning. Når man sammenligner den retten som er med den rett som bør være, holder man den opp mot det billede av den ideelle rett, som enhver av oss danner seg ut fra sine innerste rettsinstinkter. Helt fra rettens ungdom har dens regler fra tid til annen vært konfrontert med denne skjulte idealrett, som man til dels har gitt forskjellige navn. Best kjent er vel navnet ”naturrett” [...]

Men naturrettens forkjempere gav idealrettstanken en slik form og slik bærekraft at det naturlig måtte komme en reaksjon, og denne blev så kraftig at den bragte hele naturrettstanken i varig miskreditt. Som alt nevnt tilla de sin naturrett en evig og universell gyldighet, uavhengig av tid, sted og samfunnsforhold. [...]

[N]aturretten skjøt over målet. Det som er riktig rett for et nomadefolk på Kristi tid, behøver ikke være det for et industrifolk i våre dager. Og det ville føre til anarki, om dommerne kunne sette strek over rettsbud som de fant uriktige. Men dermed er det ikke sagt at alle forestillinger om en riktig rett er verdiløse. [...] Den ”riktige rett”[...] som man bruker til målestokk, tar ganske visst farve av den enkeltes rettsfølelse og livsoppfatning, og gjelder ikke en gang for alle, men varierer etter samfunnsforholdene. Den har heller ikke kraft til å sette den positive rett til side. Men allikevel har den stor betydning for rettens innhold, trivsel og utvikling.

[En dommer vil] ta hensyn til hva han mener er riktig rett, dersom loven tier om det spørsmålet som er forelagt ham, eller ordene ikke fører til noe sikkert resultat [...].⁵³

Det Knoph her omtaler som riktig rett, er så vidt jeg kan se det samme som Ørsted omtalte som den naturlige rett. Det var det rettssystem som ”har dannet sig selv ved den naturlige Retsfølelse, det borgerlige Livs Tarv, Retsgjenstandenes Natur og Folkets Sæder”.⁵⁴ Ørsted hentet denne måte å fremstille den naturlige rett på fra Aristoteles *Politikken*.⁵⁵ Fra Aristoteles har denne oppfatningen om naturlig rett gjennom Ørsted flytt inn i dansk

og norsk rettsvitenskap som ”Sagens Natur”, ”reale hensyn”, ”reelle hensyn”, osv.⁵⁶

Etter pragmatismens oppfatning er det ikke noen dyp og uovervinnelig motsetning mellom argumenter fra positiv rett og argumenter fra frie eller ”naturlige” faktorer. Og det er som vi ser heller ikke noe stort problem at man ved rettsanvendelsen tyr til argumenter av moralsk karakter. Alt sammen ”problemer” som har ført til endeløse og fruktløse diskusjoner mellom rettspositivister og naturettstilhengere.

Jeg vil anta – uten å kunne grunngi det nærmere her – at det også er en aristotelisk oppfatning (kall det gjerne en retorisk oppfatning⁵⁷) av argumentasjon og juridisk metode, som blir artikulert med Ørsted og videreutviklet av rettspragmatistene rundt århundreskiftet – Viggo Bentzon, Fredrik Stang, Vinding Kruse med flere. Det er denne argumentative metode som jeg mener ligger til grunn for Knophs behandling av grunnlovsspørsmålene. Metoden er kjernen i den juridiske virksomhet også i dag, slik den drives av de fleste forskere og praktikere. Den er en så naturlig del av dansk og norsk rettsvitenskap (og de øvrige nordiske lands, antar jeg) at vi knapt er oppmerksomme på den; den er som luften vi puster i.⁵⁸ Dens trekk trer bare frem når vi kontrasterer den med den logiske formalismen hos Castberg (og som vi senere skal se, Ross) som henter sine idealer og modeller fra geometrien og – dypest sett – fra Platon.

Den argumentative metode

Knoph gjorde selv ikke noe poeng av at Castberg og han hadde ulike grunnholdninger til rettslig argumentasjon. Men det er lett nok å se at Knoph og Castberg skiller seg fra hverandre, ikke bare i resultater og i spørsmålet om å legge vekt på formålet eller ei, men også i behandlingsmåten.

En god illustrasjon på den argumentative metode hos Knoph får vi ved å betrakte det Knoph i forbindelse med standardlæren kalte ”rasjonaliseringen”.⁵⁹

”Rasjonaliseringen”⁶⁰ skiller seg meget vesentlig fra den konstruktive metode. Rasjonaliseringen skal hjelpe dommeren ved den helhetsvurderingen som han eller hun må foreta ved anvendelsen av standarden, ikke erstatte denne. Det dreier seg om å peke på visse argumenttyper og argumentasjonsmønstre som kan brukes i forbindelse med spørsmål som angår standardbestemmelsen. Hensikten er ikke å bestemme en regel som antas å

foreligge i et eller annet ”system”, men å nærme seg en objektivisering av innholdet i standarden, så langt dette er mulig og forsvarlig. Dette i motsetning til idealene om sikkerhet og objektivitet som ligger bak den logiske formalismen. Knoph presiserer således uttrykkelig at en rasjonalisering aldri kan bli uttømmende eller fullkommen.⁶¹

Når Knoph skal redegjøre for rasjonaliseringen er han ikke upåvirket av tendensen til å skille skarpt mellom viten og vurdering, mellom rasjonelt og irrasjonelt, som var så utbredt i årene fra 1920 og fremover, og som Ross blant andre bygget på. Knoph skriver:

Så lenge dommeren foretar efterforskninger for å finne ut hvordan skikkelige og hederlige forretningsfolk ser på denslags, står han på helt rasjonell grunn, og bruker bare sin objektive fornuft. Det samme gjør han når han slår op i Rettstidende, og leter efter eldre rettsavgjørelser som kan være ham til veiledning. Men når han så går fra efterforskningen til avgjørelsen, er det ikke logiske syllogismer han betjener sig av. Han skaffer sig et helhetsbillede av situasjonen ved å leve sig intuitivt inn i den, og så vurderer han den ut fra en målestokk som han mere eller mindre tydelig har fått ’på kjenn’, gjennom de undersøkelsene han ha foretatt i rettslivet og i domssamlingene. Disse to siste prosessene står ikke under forstandens enehrerredømme, og kan aldri få så objektiv og almengyldig karakter som rene fornuftsdommer.⁶²

Til tross for den positivistiske sjargongen – ”helt rasjonell grunn”, ”objektiv og almengyldig karakter”, ”rene fornuftsdommer” – skinner det igjenom at Knoph opererer med forutsetningen om at også overveiellesaktiviteten er en rasjonell del av dommerens arbeide. Henvisningene til ”helhetsbilde”, ”leve sig intuitivt inn”, vurdering ut fra en ”målestokk”, erfaring (”på kjenn”) viser dette. Knophs argumentative metode er således del av en rik teori, der persepsjon, innlevelse, fortolkning og erfaring inngår som nødvendige bestanddeler av rettsanvendelsesprosessen.⁶³ I dette skiller han seg både fra Castberg og Ross.

Knoph beskriver tre hovedoppaver for rettsvitenskapen i arbeidet med å konkretisere standarden: For det første må selve

målestokken i standarden [...] gjøres så klar og uttrykksfull, så presis og entydig som dens natur tillater. Det må slås fast hvilket formål den forfølger, hvilke interesser den vil beskytte og hvilke den forkaster. Kreves det en avveining av interesser som i sig selv er rettsverdige, bør også standardens almindelige interessevurdering bringes på det rene, eller om man vil, dens hovedinnstilling til de kollisjonene det er tale om.⁶⁴

Deretter vil Knoph peke på visse typesituasjoner og visse typisk relevante momenter ved anvendelsen av standarden. Endelig vil Knoph gi praktiske eksempler for å gi rettsanvenderen ”den riktige målestokken i blodet”.⁶⁵ Så er det opp til rettsanvenderen å se om han eller hun kan ha nytte av anvisningene.

Som vi ser må konkretiseringen av standarden tilpasses standardens natur. Det handler ikke om å gjøre en ubestemt anvisning om faste regler innordnet i et forutsatt system, ei heller om å foreta forutsigelser av fremtidig dommeradferd – visstnok med tanke på senere verifisering⁶⁶ – men om å hjelpe dommerens skjønnsvirksomhet; om samarbeid mellom teori og praksis.

Det er ikke ukjente eller spesielt overraskende anvisninger Knoph gir om rasjonaliseringen av standarden. Dette er ingen metoderevolusjon. Tallose rettsforskere har i generasjoner arbeidet mer eller mindre ubevisst på den måten Knoph gjør. Og de trekk ved rettsvitenskapens tolkningsvirksomhet som Knoph beskriver, er jo heller ikke strengt bundet til utredningen av standarder. Overalt hvor lovens ord er vage eller usikre, eller der positive holdepunkter helt mangler, finner man de samme fremgangsmåter.

Revolusjonerende er Knophs anvisninger først hvis man holder dem opp mot hvordan enkelte filosofer ser på argumentasjon, enten det er i etikk eller i andre disipliner der sikre svar er mangelvare (og det er de fleste). Mye filosofi utspiller seg i en evig dialektikk mellom fundamentalisme og skeptisisme, fordi man stiller uopnåelige idealer for begrunnelse og argumentasjon. Matematikk og geometri, ikke jus, tjener filosofene til modell når de lærer seg hvordan man skal danne seg ”gyldige” oppfatninger. Den formelle logikken, inspirert av matematikk og geometri, har imidlertid beskjedent anvendelighet i praktisk argumentasjon.

Mens Castberg anvendte den metodologiske formalismen til å begrunne resultater i den positive rett, kan formalismen også anvendes så og si *mot seg selv*. Det man gjør er å anvende modeller som kanskje kan ha en viss begrenset anvendelighet i visse teoretiske spørsmål, også overfor praktiske spørsmål. Man spør etter viten og sikre utgangspunkter. Men hvis formalismen presses av en dreven logiker, har den en tendens til å kollapse. Det er det som skjer når Hume introduserer den berømte logiske kløften mellom ”er” og ”bør”. Resultatet kan bli at hele idéen om praktisk fornuft avvises. Og man blir lett stående igjen med tanken om en skarp todeling, i teoretisk, rasjonell viten på den ene siden, og praktisk, irrasjonell handling på den annen, *uten noen mellomting*.⁶⁷ Dette nokså urimelige resultat

(bedømt ut fra et pragmatistisk ståsted) har i mange omganger gått for god filosofi, og det ble dyrket omtrent som dogmet om den ubesmittede unnfangelse av Alf Ross. Hva dette betyr for synet på prøvingsretten, skal vi se i de neste avsnitt.

Ross om prøvingsretten

Ross var rask til å skrive nye lærebøker når han overtok en lærestol. I 1950 fikk han fagansvaret for den alminnelige rettslære etter Vinding Kruse; tre år etter fulgte *Om Ret og Retfærdighed* (1953). I 1958 var det statsforfatningsretten han ble tildelt; året etter forelå første bind av *Dansk Statsforfatningsret* (1959, annet bind 1960). Forgjengeren Poul Andersen hadde gitt ut sin fremstilling av det samme emnet så sent som i 1954, året etter den nye grunnloven, så behovet for ”avløsning kan neppe ha vært skrikende”, som Torkel Opsahl skrev i en anmeldelse. Ikke desto mindre skrev Ross en helt ny bok.

Poul Andersen var i likhet med Vinding Kruse en utpreget rettspragmatist.⁶⁸ Han hadde tidlig tatt avstand fra fundamentalismen og formalismen både hos Astrup Hoel og Ross.⁶⁹ Andersens rettspragmatisme var således utslag av en reflektert oppfatning.⁷⁰ I fremstillingsform og metode var Andersens verk preget av kontekstualisme: Han ønsket om å se retten i dens sosiale og historiske kontekst.⁷¹ Dessuten opererte Andersen med avveiningsmodellen og den argumentative metode.

I boken *Dansk Statsforfatningsret* behandlet Andersen naturlig nok spørsmålet om prøvingsretten. Behandlingen av dette spørsmålet starter med en argumenterende drøftelse av de ulike hensyn, på ”fritt” eller ”rettspolitisk” grunnlag. Deretter følger behandlingen av spørsmålet om prøvelsesrettens eksistens og omfang etter gjeldende rett. Igjen er det – lik som hos Knoph – vanskelig for en jurist å se noe revolusjonerende eller overraskende i Andersens behandlingsmåte. Det spesielle ved Andersens fremgangsmåte trer først frem hvis vi ser den i forhold til den behandling Ross ga det samme spørsmålet.

Vitenskap og politikk

Det første som utmerker Ross behandling av prøvingsretten, er måten han stiller problemet opp på. Ross tar utgangspunkt i at forfatningen ”fortrinnsvis” består ”af kompetencenormer”.⁷² Ross kompetansebegrep

innbefatter også materiell kompetanse, hvorunder hensynet til individuelle rettigheter som skranke for flertallets makt prinsipielt kan inngå. Overtredelse av kompetanse medfører normalt ugyldighet, konstaterer Ross. At en lov kan være ugyldig på grunn av strid med forfatningen følger utvilsomt av dette utgangspunktet. Man skulle tro at Ross er nær ved å konkludere med at prøvingsretten er en naturlig konsekvens av at den positive retten har en hierarkisk struktur.

Men Ross går umiddelbart i gang med å motarbeide denne slutningen. Han forsikrer leseren om at det hører til sjeldenhetene at en myndighet forsettlig overskrider sin kompetanse. Han fremhever videre at det jevnlig vil være uenighet om hvorvidt kompetansen er overskredet eller ikke (altså om loven er i konflikt med grunnloven). Hvordan skal gyldighetsspørsmålet i så fall avgjøres, spør Ross?

Man kunne svare at såvel lov som grunnlov må tolkes, og at den eventuelle konflikten mellom dem må avgjøres etter sedvanlig juridisk metode, noe som må kunne ansees som en rasjonell behandlingsmåte. Ross slår imidlertid ikke inn på denne vei, men går tvert i mot inn for å diskreditere dette synspunktet. Det sentrale tekststedet er følgende:

Først må den mulige misforståelse afvises, at spørsmålet om en akts gyldighet er spørsmål om en objektiv sandhet som det skulle tilkomme videnskapen at afgøre. Spørsmålet drejer sig om, hvorledes der skal handles, og dets afgørelse beror, ligesom alle andre retsspørsmåls afgørelse, på en beslutning, en viljetilkendegivelse.⁷³

Det Ross gjør her, er å bruke formalismen mot den selv. Vi kan plukke resonnementet fra hverandre som følger: Uten å argumentere for det trekker Ross først inn målestokken ”objektiv sannhet” som relevant for spørsmålet. Med denne målestokken i hånden finner han så at stoffet (avgjørelsen av gyldighetsspørsmålet) ikke passer: jus og ”vitenskap” settes ut av spill. Deretter introduserer Ross sitt alternativ: Spørsmålet beror på beslutning, på vilje (og dette er for Ross irrasjonelle faktorer). Dermed er veien åpen for å erklære at problemet ikke er hva, men hvem. Konklusjonene hos Ross, eller rettere: omdefinieringen av problemstillingen om domstolenes prøvelsesrett, er nemlig slik: ”[S]pørsmålet er hvem der skal have kompetencen til at afgøre om en lov er grundlovsstridig eller ej”.⁷⁴

Hele resonnementet hviler imidlertid på en underliggende forutsetning om at svaret må være et enten–eller.⁷⁵ (Enten objektiv viten, eller subjektiv

vilje. Ikke objektiv viten: altså subjektiv vilje). Hvorfor skal vi godta en slik forutsetning? Det sier Ross ingenting om. Det er imidlertid denne forutsetningen, samt bruken av kriteriet ”objektiv sannhet” som er misforståelsen her, ikke den oppfatning at spørsmålet om en lov strider mot grunnloven kan avgjøres ved en rasjonell prosess. Dikotomien hos Ross innrømmer ingen plass for mellomtingen mellom objektiv sannhet og irrasjonell beslutning. Muligheten for en svakere form for rasjonalitet (ingen vil hevde at lovtolkning befatter seg med objektive sannheter) – som den sedvanlige juridiske metode – er derfor utelukket på forhånd. Men derfor viser ”resonnementet” heller ingenting. Det hele er i grunnen en avansert form for bløff.

Hva mer er: Det samme gjelder brorparten av Ross filosofi. Det vi nettopp har sett på, er ingen tilfeldig teorikomponent hos Ross. Den dikotomien Ross her benytter seg av, er selve grunnlaget for hele hans rettsfilosofi. Den er den underliggende forutsetning for såvel *Theorie der Rechtsquellen* som for *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* og *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*. Skjemaet fortsetter i *Om Ret og Retfærdighed*, selv om Ross gjør en innrømmelse.⁷⁶ Dikotomien er grunnlaget for hans kritikk av naturretten.⁷⁷ Den er grunnlaget for den antatte betydning av å formulere en ”vitenskapelig” metode for rettsvitenskapen (prognoselæren). Den ligger til grunn for hans oppfatning om rettspolitikk, og hans syn på juristens rolle (”rationel teknolog”). I det hele tatt: Uten denne dikotomien er det ikke mye igjen.

Ross var selvfølgelig ikke alene om å operere med dette tankeskjemaet i sin tid. Det var umåtelig populært, og ble nesten et slagord: ”sak og vurdering”. En annen formulering av det samme er den såkalte verdifrihetstesen, som var et kjernepunkt i den samfunnsvitenskapelige positivisme; i Norge representert ved for eksempel Ragnar Frisch, i Sverige ved for eksempel Gunnar Myrdal.

Svenske samfunnsvitere og jurister – som Vilhelm Lundstedt – kunne liksom Ross hente støtte for denne posisjonen i Axel Hägerströms filosofi. Men posisjonen går lenger tilbake i filosofiens historie, og kan i sin moderne form sies å ha et dobbelt utspring hos filosofene David Hume og Immanuel Kant. Opphavet til Ross bekjennelse til denne posisjonen går tilbake til Kant, over nykantianere som Herman Cohen og Hans Kelsen (og senere Hägerström). Kant hadde oppstilt den skarpe sontringen mellom teoretisk og praktisk – mellom ”Sein” og ”Sollen” – men hadde for begge vedkommende anerkjent dem som rasjonelle, som gjenstand for

erkjennelse. Nykantianerne eliminerte den rasjonelle erkjennelse innenfor "Sollen", og ble på den måten sittende igjen med en "kantianisme uten Kants etiske teori".⁷⁸ Hägerström utgikk likeledes fra kantianismen og foretok en tilsvarende eliminering, bare mer radikal. Via den østerrikske filosofen Ernst Mach fløt nykantiansk lære over i den logiske positivismen, som Ross fra slutten av 1940-tallet tilegnet seg.

Posisjonen – at det er en absolutt, gjensidig utelukkende motsetning mellom ren viten på den ene siden og ren handling eller vurdering på den annen – må vel anses å være en av de mest diskrediterte i moderne filosofi. Jeg har ovenfor vist hvordan Ross bruk av dikotomien kollapser, og skal ikke gå nærmere inn på det. Men det kan være interessant å nevne, at Ross aldri, så vidt jeg har kunnet konstatere, har gitt noe argument for riktigheten av å operere med sin dikotomi. For Ross må skillet ha fremstått som en åpenlys sannhet og fungert som en trossetning. Det var et av hans aksiomer.

Castberg og Ross: Motsetninger?

Ross og Castberg oppfattes ofte som motsetninger i teoretisk henseende. Torstein Eckhoff bekjenner seg til Ross "realisme" som han setter opp mot Castbergs "idealisme".⁷⁹ Andenæs opererer med den samme motsetningen når det gjelder oppfatningen om gjeldende rett og rettsvitenskapens oppgave.⁸⁰ Og Rune Slagstad følger det samme skjemaet, men bytter fortegn: Castberg som en "enslig naturrettslig svale";⁸¹ rossianerne stengt inne av "mesteren" i hans "intellektuelle fengsel".⁸²

Det mangler ikke på at aktørene selv har gitt næring til dette bildet. Ross avfeide i flere sammenhenger Castberg som en diletant.⁸³ Castberg på sin side tok behørig avstand fra Ross antimetafysikk.

Spørsmålet er imidlertid hvor dyptgripende denne motsetningen er. Det jeg nå vil forsøke å påvise er at den umiddelbare motsetningen i posisjoner dekker over en dypere enhet i tenkemåte og metode. Denne enhet kommer frem på en rekke punkter

For det første stiller både Ross og Castberg seg avvisende eller uforstående til pragmatismen;⁸⁴ ja Ross tar den knapt nok alvorlig. Et utvalg av hans karakteristikker taler for seg: Pragmatismen vandrer i følge Ross "den brede Midtervej", dens teori er den "traditionelle, om jeg saa maa sige aandelig Stavnsbundne, almindelige Retslære"⁸⁵, dens realisme "blot en Skin-realisme".⁸⁶ Den argumentative metode – som ikke skiller

skarpt mellom det normative og det deskriptive – er en ”metodeløs Pærevelling”.⁸⁷ De reelle hensyn – Ørsteds og Knophs naturlige rett – avfeies som ”yderst vage, generelle Skøn [...] aldeles overgroede af [...] dogmatisk-metafysiske Forestillingsparasitter”.⁸⁸ Og pragmatismens kommunikasjonsstil har heller ingen appell:⁸⁹ ”en sjasket-sjusket, snaksomt vævende Tale-Stil – ofte tilsat den vulgære Retoriks Krydder eller Døgnjournalistikkens Vitseri – en Stil, der kun daarligt giver Udtryk for Videnskabens upersonlig-saglige Strenghed og trods alt ophøjede Alvor”.⁹⁰

For det annet har Ross og Castberg de samme teoretiske og metodologiske preferenser. Ross og Castberg utgår på en måte fra en underliggende forutsetning om at bare platonisme eller kantianisme – eller deres motsetninger – er tenkning. Liksom Castberg, vil således også Ross bygge teori: ”Teori, Teori og atter Teori”.⁹¹ Liksom Castberg er Ross begeistret for nykantianske synsmåter. Og liksom Castberg, var også Ross formalist i sin behandlingsmåte.

Vi så et eksempel på det i hans behandling av prøvingsretten. Et annet eksempel er diskusjonen av hvorvidt grunnlovens endringsbestemmelse selv kunne endres i kraft av sin egen ordlyd. Ross avviste dette: ”Grdl. § 88 angår ikke sig selv”. Resultatet nådde han ut fra normlogiske betraktninger. Ross oppfattelse i dette spørsmålet møtte massiv kritikk, men denne kritikk formådde ikke å overbevise ham om hans ”opfattelses urigtighed, men nok om nødvendigheden av fordybet logisk analyse”.⁹² Uheldige konsekvenser av teorien avviste han som ”irrelevant med hensyn til spørsmålet om dens sandhed eller falskhed”. ”At jurister uden fagmæssig skoling i logik har svært ved overhodet at se at der er et logisk problem”, sa han med et nytt spark til Castberg, ”kan ikke undre”.⁹³

I Ross sene studier av strafferettens grunnbegreper, finner vi utslag av det samme. I boken *Forbrydelse og straf* fra 1974 behandlet Ross blant annet tilregnelighetsbegrepet. I en anmeldelse reiste Knud Waaben kritikk mot det han kalte ”forf.s fænomonologiske og sproglige analyser og hans tilbøjelighed til at insistere på en retlig relevans af disse analyser”.⁹⁴ Om Ross behandling av tilregnelighetsbegrepet spesielt, skrev Waaben:

Hos Ross drejer det sig om at finde løsninger gennem en rent intellektuel analyse. Det er som om man ikke behøver at tænke over hvilke mennesker og hvilke tilstande disse sager i praxis angår, og som om det er lige meget om flere eller færre sindssyge eller tidligere sindssyge gerningsmænd kommer i fængsel, når blot man har et ”rigtigt” begreb om hvad tilregnelighed er.⁹⁵

Hører vi ikke her noe av det samme som i Knophs kritikk av Castberg?

Men, vil man kanskje innvende, er det ikke også forskjeller, ja tildels betydelige forskjeller, mellom de to? Har vi ikke simpelthen å gjøre med en av de mest grunnleggende forskjeller i skandinavisk rettsteori i det 20. århundre? Det vil si forskjellen mellom normativisme og naturalisme; mellom idealisme og realisme; mellom naturrett og rettspositivisme? Jo, slik er det vanlig å fremstille det. Men la oss ta teoriene litt nærmere i øyesyn for å se om det ikke også er likheter, som kanskje til og med overskygger forskjellene.

Castberg og Ross: Nærmere om teoristruktur

Det skal medgis at det er forskjeller mellom Castberg og Ross. Vi skal nå gå igjennom noen av dem, og se hva de består i, og hva de hviler på.

Formalismen kan som rettsteori ytre seg som normativisme, og står da tilsynelatende i opposisjon til rettsrealismen. Castberg er normativist i den forstand at han oppfatter retten som et system av bindende normer. Castbergs normativisme er en avledet form for kantianisme (en slags mellomting mellom Jellinek og Kelsen). Ross på sin side hevder at rettsvitenskapelige utsagn må referere til faktiske fenomener i den fysiske verden. Ved første øyekast synes det her å være en avgjørende forskjell mellom Castberg og Ross. Men hva består den nærmere i? Dette spørsmålet har sammenheng med hvordan vi ser på Ross realisme. Her er det min påstand, at Ross realisme egentlig ikke er så realistisk som den gir seg ut for.

For det første er Ross ikke realist i den forstand at hans teori bygger på erfaringen. Han har en teori om at rettsvitenskapen *må* bygge på erfaring, innsnevret til bestemte former for erfaring verifisert gjennom prognoser. Men dette er ikke en teori som er utviklet ut fra hvordan rettsforskere arbeider. Det er omvendt: Den er et forsøk på å regulere deres virksomhet. Og grunnlaget er metafysisk, ut fra Ross egne begreper om metafysikk.⁹⁶ Ross gjorde vel heller ikke noe seriøst forsøk på selv å etterleve sin egen teori i sin praksis (noe som vel ville vært tilnærmet umulig, og i hvert fall nokså uinteressant). Teorien er således slett ikke så empirisk fundert som man kunne forvente ut fra hans sterke bekjennelse til det antimetafysiske program. Heller ikke Ross tidligere bestemmelse av rettsbegrepet ved hjelp av en radikal behaviorisme, står i noe som helst alminnelig forhold til erfaringen. Det er igjen metafysisk, selv etter Ross egne begreper.⁹⁷

For det andre er Ross ikke realist i den forstand at han vil beskrive ret-

ten som et rent sosialt faktum, alene karakterisert ved sin sosiale effektivitet, slik for eksempel visse typer av sosiologer vil kunne gjøre det.⁹⁸ Han avviser klart slike sosiologiske definisjoner av begrepet ”gieldende rett”.⁹⁹ Også Ross opererer nemlig med retten som et system av normer. Ross kaller riktignok normene for direktiver,¹⁰⁰ men han overtar forøvrig det meste av Kelsens teori og begrepsapparat.¹⁰¹ Rettens innhold er således for Ross – liksom for Kelsen og Castberg – av normativ art. I denne forstand er han normativist så god som noen.

Forskjellen på normativismen hos Castberg og Ross, er at mens Castberg ser på normene som et bindende system av bør-setninger i en egen gyldighetskategori, vil Ross redusere normene til visse faktiske fenomener. Det betyr *ikke* at Ross vil *eliminere* normene, som abstrakte enheter i rettsbeskrivelsen, men bare at han vil *føre deres mening tilbake til fenomener i den fysiske virkelighet* (reduksjon = tilbakeføring). Denne reduksjonen er bare den nødvendige konsekvens av hans innbitte kamp mot gyldigheten. I Ross metafysikk finnes det ikke gyldighet; det finnes bare én verden og én erkjennelse. Derfor *må* normene naturaliseres.¹⁰²

Men motsetningen til Castberg er jo på dette punkt egentlig ikke så stor. For å se dette må vi bare rykke litt tilbake og betrakte de to, ikke ut fra posisjonenes forhold til hverandre i deres eget skjema, men se på *selve dette skjemaet* og de underliggende forutsetninger og tenkemåter. Og dette skjemaet er likeartet. Også Castberg vil nemlig redusere. Han er bare en to-verdensmann, ikke en én-verdensmann, som Ross. Castberg vil – liksom Kelsen – tilbakeføre normene til visse aksiomer (grunn-normen Kelsen; grunnloven og sedvaneretten Castberg). Men *ikke desto mindre vil han redusere*. Tenkemåten er den samme.

Castberg og Ross: Nærmere om opphavet

Formalismen hos Castberg og Ross bygger ikke bare på likhetstrekk i teoriene, men også på felles utgangspunkt i nykantianismen og den tyskspråklige statsrettsvitenskap. Vi må også se kort på denne forbindelsen før vi kan slippe de to.

Det konstruktive program som Hagerup hadde tatt til orde for i 1888, var i tysk teori ført fra privatrettsvitenskapen over i behandlingen av den offentlige rett med Carl Friedrich von Gerber. Paul Laband og Georg Jellinek fortsatte hans arbeide. Det var blant andre fra Jellinek at Castberg tok mye av sin teori. Ross startet derimot ikke hos Jellinek, men hos

Kelsen. Poenget er imidlertid at Kelsen på mange måter fortsatte der Jellinek slapp.

Pandektivitenskapens konstruktive metode tok Kelsen opp fra Laband og Jellinek og førte inn i sin tidlige teori, den kritiske konstruktivisme.¹⁰³ Derfra fløt den i modifisert form videre inn i den klassiske fase: den rene rettslære. Ross tok opp metoden fra Kelsen, sammen med en hel mengde av Kelsens læresetninger.

Etter sin første Kelseninspirerte fase slår Ross så over i "realismen". Det skjer etter oppholdet i Uppsala i 1928–29, der han studerte under Hägerström. Også Hägerström har imidlertid utgått fra Kant og nykantianismen, og hans grunnsetninger og metodologi bærer preg av dette. Ross trengte således egentlig ikke å tenke på en ny måte, selv om han var kommet til Uppsala; han kunne bare slå over en bryter (gyldighet–virkelighet).¹⁰⁴ Det var tilsvarende enkelt for Vilhelm Lundstedt å omvende seg fra sin tidligere formalisme til Hägerströms program. Det han måtte gjøre, var å flytte sin konstruktive byggeplass fra den positive rett opp på metaplan. Der han tidligere hadde insistert på at retten var et system av regler som det var opp til rettsvitenskapen å pusse blanke, kunne han nå insistere like iherdig på at rettsreglene ikke fantes: "Det finns bevisligen icke några rättsliga bud."¹⁰⁵ Bevistemaet var imidlertid det samme: eksistensen av rettsregler. Om man setter pluss eller minus foran svaret kan etter mitt skjønn være nokså underordnet, i forhold til blikkretning og målestokk.

Det man således kan si er at den metodologiske formalismen fra pandektivitenskapen og Hagerups konstruktive metode består i rettsrealismen, den flyttes bare opp på et høyere plan. Rettsrealismen lar sine begrepsdeksjoner og logiske eller kvasilogiske modeller og tankemåter angå rettens grunnbegreper, ikke begreper umiddelbart innenfor den positive rett. (Selv om Ross heller ikke unnslo seg for det, slik vi har sett.) Vi kan således se rettsrealismen som en form for *sublimert formalisme*.

Avslutning

Vi har i denne artikkelen sett hvordan det teoretiske og metodiske utgangspunkt preger grunnlovsforståelsen hos Castberg, Knoph og Ross. Tankeskjemaene og de metodiske mønstre ga seg også utslag i måten de tre filosoferer på og i hvordan de når juridiske resultater. De feil i tankeskjemaene som er påvist særlig hos Ross betyr ikke at resultatene ikke kunne

vært nådd på annen måte. Jeg har ikke interessert meg så mye for hvilke resultater de tre når, som for hvordan de når dem.

Når Knoph i motsetning til de andre to ikke har fått så mye kritikk, er ikke det fordi jeg mener at det i hans tilfelle ikke er noe å sette fingeren på. Knoph har vært brukt mest for å kontrastere Castberg og Ross, og som eksempel på en tradisjon som griper langt ut over Knophs egne arbeidere, og som er artikulert bedre og mer inngående av andre enn ham. Også mot Knoph kunne man reist innvendinger, blant mot hans tilbøyelighet til å slippe dommeren alt for fri og mot hans målestokker, som ofte fortaper seg i vage og alminnelige formuleringer (almenn rettsbevissthet, og liknende). Videre er det sikkert ikke alle som vil dele hans preferanser for kollektivismen og sosial rett. Slike innvendinger rammer imidlertid ikke grunntrekkene i Knophs teori og metode, slik innvendingene mot Ross fører til at storparten av hans filosofi kollapse som et korthus.

Jeg vil antyde en moral i denne historien, og det er at jurister kanskje ikke skal være så imponert av "teoretisk teori" à la Ross og Castberg.¹⁰⁶ Teoretisk teori er neppe overvunnet med disse to, vi finner trolig varianter også blant dagens nyformalister og hva jeg vil kalle restrealister (de som fortsetter å bruke "realismens" forutsetninger og skjemaer uten klare intensjoner om å være rettsrealister).¹⁰⁷

Det finnes kanskje også en moral for filosofer. Forholdet mellom den argumentative metoden og den logiske formalismen gjør det nemlig til et spørsmål om det egentlig er juristene som skal gå i lære hos filosofene, slik Ross og Castberg gjorde, eller om det ikke bør være omvendt. Kanskje har filosofene noe å lære av jurister?¹⁰⁸

Hvilken betydning har de tre forfatterne hatt, kunne man spørre til slutt. Det er ikke lett å gi klare og fyldestgjørende svar. Som vi så ble Castbergs formalistiske teori raskt tilbakevist, og senere moderert av forfatteren selv. Den kan neppe sies å ha spilt noen stor rolle i det tyvende århundre.

Hva med Knophs pragmatisme? Når man reflekterer over denne, tror jeg det er viktig å se den i lys av en langt større og bredere tradisjon for rettsvitenskapelig arbeid og juridisk problemløsning. Jeg har antydnet at det finnes en tradisjon – delvis skjult av "rättsrealismen" – som kan kalles nordisk rettspragmatisme. Knoph er bare en av mange inrenta denne retningene. Et poeng med denne artikkelen har vært å vise at denne retningen har litt det felles med det som kallas skandinavisk rettsrealisme.

Et siste spørsmål er selvfølgelig hvilken betydning Alf Ross har hatt.

Han har jo gjerne vært regnet som det uomgjengelige utgangspunkt og grunnlag for nyere dansk og norsk rettsvitenskap. Men denne typen oppfatninger har gjerne vært fremført som devote hyldninger eller holdt i nok-så generelle vendinger.¹⁰⁹ Her har jeg ikke mulighet til å svare med annet enn et bilde.

Kjører man nordover fra Oslo, kommer man til Groruddalen. Der ligger en rekke drabantbyer med høyblokker i funksjonalismens 'internasjonale stil', slik det finnes omkring alle større byer i Europa og i resten av verden. Jeg ser for meg slike byggerier som ekvivalenter til Alf Ross rettsfilosofi, bare i sten, eller rettere: i glass og betong. Rasjonalismen, fremskrittstroen og ekspertveldet, glemselen for de små ting, for mellomrommene og forskjellene; det er alt det samme. Det er mye godt å si om boligprosjektene etter krigen, og det er mye godt å si om funksjonalismen. Det er sikkert også mye godt å si om Alf Ross form for filosofi. Men det er som vi har sett også noen svakheter.

Akkurat som etterkrigsfunksjonalismens bygninger er en del av våre omgivelser, så er Alf Ross filosofi en del av vår historie. Men den er heller ikke noe mer enn det. Like lite som vi kan gå tilbake til Oslo anno 1920, kan vi gå tilbake til rettsteoriens tilstand anno 1920. Men det betyr ikke at vi ikke kan foreta nye valg. Vi trenger imidlertid historien for å vite hvordan vi skal velge. Ellers kan vi lett fortsette i de samme spor, uten å være klar over det.

Fotnoter

- 1 Betegnelsen kan kanskje overraske, for Danmark-Norge sluttet vitterlig å være en enhet i 1814. Rettsfelleskapet fortsatt imidlertid lenge utover dette; inntil omkring 1900 var Norske og Danske Lov stadig grunnlaget for store deler av privatretten. Og i rettsvitenskapen fortsatte kontakten enda lenger. Det siste klare uttrykk for dette er kanskje Hermann Scheels artikkel om "Rettskildene i norsk og dansk rettslitteratur" fra *TfR* 1940 s. 119–144, som fremhever Ørsted som det felles utgangspunkt, og anbefaler norske studenter og dommere å lese Vinding Kruses bok om rettskildene, for å få "en klar og rasjonell fremstilling av denne rettslærens mest grunnleggende disiplin" (s. 144).
- 2 Se Jørgen Dalberg-Larsen: *Pragmatisk retsteori*, København: DJØF 2001. Den dansk-norske rettsteori og metode fra Ørsted over Bentzon til Poul Andersen m.fl., er imidlertid – så vidt jeg har kunnet konstatere – ikke tidligere klart brakt inn under denne synsvinkelen.
- 3 Se til idégrunnlaget for grunnloven, bl.a. Trond Nordby: *I politikkenes sentrum. Variasjoner i Stortingets makt*, Oslo: Universitetsforlaget 2001, kap. 2.3 og Eivind Smith: *Høyesterett og folkestyret*, Oslo: Universitetsforlaget 1994, kap. 4.
- 4 Slik Fredrik Stang: "Rettsvitenskapen", i Gerhard Gran m.fl.: *Det kongelige Fredriks Universitet 1811–1911*, Kristiania 1911; Jens Arup Seip: *Utsikt over Norges historie, første del*, Oslo: Universitetsforlaget 1974, m.fl.

- 5 Rune Slagstad: "Prøvingsretten i det norske system", i: *Rettens ironi*, Oslo: Pax 2001, s. 261–262.
- 6 Johan Sebastian Welhaven, sitert etter Jens Arup Seip: *Utsikt over Norges historie, bind 1*, s. 101.
- 7 Anton Martin Schweigaard: "Betragtninger over Retsvidenskabens nærværende Tilstand i Tydskland", i *Juridisk Tidsskrift* 1834, s. 307.
- 8 Sitert etter Knoph 1939, s. 53.
- 9 Det er et spørsmål om Stang i det hele tatt behandlet prøvingsretten i vår moderne forstand, eller heller spørsmålet om motstandsrett for undersåttene, men det trenger vi ikke å gå nærmere inn på her.
- 10 Aschehoug var influert av den historiske skolen, som i pandektismen utviklet seg til formalisme. Det var imidlertid ikke denne dimensjonen, men den historiske behandlingsmåten Aschehoug tok til seg.
- 11 Se Franz Wieacker: *A History of Private Law in Europe*, Oxford 1995, s. 341 flg.
- 12 Francis Hagerup: "Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter", *TfR* 1888, s. 1–58.
- 13 Ørsted hadde møtt en viss utfordring i dansk teori, bl.a. fra Bornemann, se Lars Bjørne: *Brytningstiden. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del II 1815–1870*, Lund 1998, s. 41.
- 14 Derunder Gerber, Laband og Jellinek. Hans Kelsen følger på som den fjerde i denne linjen, men det er noe usikkert hvordan Castberg står i forhold til ham.
- 15 Castberg var opptatt av menneskerettigheter og forholdet mellom individ og stat. Se: Frede Castberg: "Staten og de individuelle Rettigheter i fransk Retsteori", *TfR* 1917, s. 306–323; "Nogle Ord om Magtfordelingsprincippet og dets Stilling i fransk og norsk Statsret", *TfR* 1918, s. 243–296.
- 16 Castberg 1919, s. 18.
- 17 Castberg 1919, s. 18.
- 18 Gunnar Astrup Hoel: *Den moderne Retsmetode*, Oslo: Gyldendal 1925.
- 19 Alf Ross: *Theorie der Rechtsquellen*, Wien 1929.
- 20 Castberg 1919, s. 20.
- 21 Hermann Scheel hadde lansert denne teorien i sin prøveforelesning fra 1892 "Om Rettens Grund som Udgangspunkt for Læren om Retskilderne", publisert i *TfR* 1907, s. 249–262.
- 22 Jeg tenker ikke på henvisningen til en overordnet målestokk i samfunnets vel, men til avveiningsmodellen, som for eksempel Eckhoff også bygger på.
- 23 Castberg 1919, s. 20.
- 24 Fremsatt av Francis Hagerup i artikkelen "Det psykologiske Grundlag for Retten", *TfR* 1907, også i samlingen *Udvalgte mindre juridiske Afhandlinger*, Kristiania 1913.
- 25 Castberg 1919, s. 24.
- 26 Castberg 1919, s. 23.
- 27 Castberg 1919, s. 23.
- 28 Se Wieacker 1995, s. 344.
- 29 Resonnementet er temmelig svakt. Hva er det dommeren i så fall bygger på når han skaper rett, kunne man spørre. Sakens natur og rettsvitenskapens konstruksjoner, ville formodentlig Castberg svare. Men hvorfor er da ikke dette rettskilder? Castbergs sondring synes å være rent formell.
- 30 Læren om retten som et hierarki av normer, med grunnnormen på toppen fikk sin definitive utforming i Hans Kelsens mesterverk *Reine Rechtslehre*, fra 1934.
- 31 Ross har gitt en kort sammenfatning av teorien i artikkelen "Videnskab og Politik i moderne Jurisprudens", *Juridisk Forenings Aarbog* 1926–27, s. 25–46.
- 32 Castberg 1919, s. 28.
- 33 Frede Castberg: "Idealretsproblemet", *Samtiden* 1922, s. 150–157. (Castberg 1922a)
- 34 Castberg 1922a, s. 150.

- 35 Castberg 1922a, s. 154.
- 36 Castberg 1922a, s. 156–157.
- 37 Se bl.a. Frede Castberg: *Rettsfilosofiske grunnspørsmål*, Oslo: O. Christiansens Boktrykkeri 1939, fjerde kapittel.
- 38 Frede Castberg: "Den konstruktive metode", *TfR* 1922, s. 294–317. (Castberg 1922b).
- 39 Castberg 1922b, s. 294.
- 40 Castberg 1922b, s. 305.
- 41 Castberg 1919, s. 51.
- 42 Castberg 1919, s. 54.
- 43 Castberg 1919, s. 54.
- 44 Stammer fra Kants morallære.
- 45 Castberg 1919, s. 109.
- 46 Castberg 1919, s. 112.
- 47 Dette var også et av Carl Ussings implisitte kritikkpunkter mot Francis Hagerup, se Ussings artikkel "Om Retsvidenskabens Methode", *TfR* 1888, s. 272–277.
- 48 Frede Castberg: *Rettsfilosofiske grunnspørsmål*, Oslo: O. Christiansens Boktrykkeri, 1939, s. 110.
- 49 Ragnar Knoph: *Hensigtens betydning for grensen mellem rett og urett*, Kristiania: Norli, 1921.
- 50 Knoph 1921, s. 68–69.
- 51 Det klassiske uttrykk for denne striden i nordisk rettsteori, er polemikken mellom Hagerup og Ussing i første årgang av *TfR* 1888.
- 52 Ragnar Knoph: *Oversikt over Norges Rett*, tredje utgave ved Sverre Grette, Oslo: Nationaltrykkeriet 1949.
- 53 Knoph 1949, s. 5–6.
- 54 Anders Sandøe Ørsted: *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed*, København 1822, Bind I, s. 81.
- 55 Sten Gagnér: "Ørsteds vetenskap, de tyske kriminalisterna och naturrättsläran", *TfR* 1980, s. 366–444, på s. 427–441.
- 56 Som Fleischer er inne på er det så absolutt en "misforståelse" å tro at bruken av reelle hensyn er noe nytt, eller at "spesielt Torstein Eckhoff har skapt noe nytt her". Se Carl August Fleischer: *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo: Ad notam Gyldendal 1998, s. 358. Fleischer viser at reelle hensyn har vært en betydningsfull kilde i norsk teori og rettspraksis helt fra Nitroglyserindommen i 1875. Det jeg hevder – selv om plassen ikke tillater å gi en utførligere begrunnelse her – er at bruken av reelle hensyn går helt tilbake til begynnelsen – til grekerne og romerne.
- 57 Jfr Aristoteles: *Art of Rhetoric*, Cambridge: Harvard University Press (Loeb) 1926, Chaim Perelman and L. Olbrechts-Tyteca: *The New Rhetoric, A Treatise on Argumentation*, Notre Dame: University of Notre Dame Press 1969. Se også Cecilie Elisabeth Schjathvet: "Fru Justitia, er du anstendig? Betydningen av retoriske virkemidler i juridisk argumentasjon", *Kritisk Juss* 2000, s. 329–338, som også berører enkelte andre aspekter ved retorikkens rolle i jusen.
- 58 Ketchers refleksjon omkring "argumentativ ret" inneholder således egentlig ikke så mye nytt. Det betyr imidlertid ikke at slik refleksjon ikke har verdi. Tvert i mot. Pragmatismens problem har alltid vært å bli artikulert. Vi vet hva vi gjør når vi gjør det, men kan ikke så godt gjøre rede for det i en teori. Men en artikulering og refleksjon over pragmatisk teori vil ha nytte av å studere tidligere forsøk på å formulere pragmatistiske programmer, som Ørsteds, og Bentzons, Stangs og andres.
- 59 Ragnar Knoph: *Rettslige Standarder*, Oslo: Grøndahl, 1939, kapittel 3.
- 60 Uttrykket er ikke helt heldig valgt. Det deier seg hverken om rasjonalisme i den forstand som 1600-tallets naturrett var rasjonalistisk, om rasjonalisering som effektivisering, eller om rasjonalisering slik non-kognitivistene yndet å bruke dette ordet: som betegnelse på

- den forstandsmessige legitimering av irrasjonelle beslutninger eller standpunkter. Det Knoph sikter til er den nærmere tolkning og presisering av standardens innhold.
- 61 Knoph 1939, s. 33.
- 62 Knoph 1939, s. 30.
- 63 Det er unødvendig å påpeke at Knoph heller ikke opererer med noe vanntett skott mellom ren rettsvitenskap og uren, politisk, rettsanvendelse, slik Ross (og Castberg) gjør.
- 64 Knoph 1939, s. 31.
- 65 Knoph 1939, s. 31.
- 66 Det er ikke lett å si om man skal anse prognoseteorien hos Ross som noe annet enn en talemåte eller en metafor. Bakgrunnen for dens formulering er åpenbar: å komme på linje med den logiske positivismens verifikasjonsteori for mening. Men å etterleve teorien, annet enn rent billedlig, går det i det hele tatt an? Jeg tviler. Og jeg tror ikke Ross heller var mye interessert i å forsøke.
- 67 Hume var ikke så primitiv.
- 68 Andersen gjorde seg ikke skyldig i slike utskeielser som Vinding Kruse sto for, i sin sene "filosofiske" fase. Jfr om Vinding Kruse: Blandhol 1999, kapittel VI. Bildet som der er gitt av Vinding Kruse er nok noe ensidig.
- 69 Se Poul Andersen: Anmeldelse av G. Astrup Hoel: Den moderne Retsmetode, *UfR* 1925B, s. 146–147; Anmeldelse av Alf Ross: *Theorie der Rechtsquellen*, *UfR* 1930B, s. 71–80.
- 70 Det er av betydning å skille mellom rettspragmatisme som teori, og som alminnelig holdning.
- 71 I samme retning Jørgen Dalberg-Larsen: *Retsvidenskapen som samfunnsvidenskap*, København 1977, som i fotnote s. 393, fremhever Poul Andersen sammen med svensken Nils Herlitz som representanter for en "bred historisk, komparativ betraktningssmåde, der i visse henseender minder om [Fredrik] Stangs", en annen rettspragmatist.
- Det er et viktig trekk ved rettspragmatismen, at den er kontekstualistisk. Dette har noen ganger ytret seg i at man søker forbindelse med samfunnsvitenskapene, men dette er ingen nødvendig betingelse for en pragmatistisk teori. Mens rettspragmatismen er kontekstualistisk, er det et gjennomgående trekk ved de formalistiske rettsteorier, at de prioriterer kontekstuaavhengig tenkning.
- 72 Alf Ross: *Dansk Statsforfatningsret*, 2. udgave, København: Nyt Nordisk Forlag 1966, s. 181.
- 73 Ross 1966, s. 181.
- 74 Ross 1966, s. 183.
- 75 Enten-eller-argumentet er selvfølgelig ikke nytt med Ross. Det er en klassiker i filosofihistorien. Platon bruker det som et av argumentene for å introdusere idélæren i åpningen av *Staten*.
- 76 Se Alf Ross: "Videnskap og politik i juridisk doktrin", *TfR* 1952, s. 252–257, nå også i: *Ret som teknik, kunst og videnskap* (1999), s. 295–301, der Ross på grunnlag av umuligheten av å forutsi sosiale prosesser uten å innvirke på prosessen selv, hevder at det i samfunnsvitenskapen (inkludert rettsvitenskapen) er "princiipielt umuligt at gøre en skarp sonndring mellem teori og politisk indgreb" (s. 298). Dette berører imidlertid ikke – så vidt jeg kan se – den underliggende antagelsen hos Ross, om to separate sfærer.
- 77 Se Blandhol 1999, kap. IV.
- 78 Richard Tuck: "History of political thought", i Peter Burke (red.): *New Perspectives in Historical Writing*, Cambridge: Polity 2001, s. 218–232, på s. 223.
- 79 Torstein Eckhoff: "Realisme og idealisme i rettsvitenskapen", *Jussens Venner* 1954, s. 37 flg.
- 80 Rune Slagstad: "Norsk rettsrealisme etter 1945", *TfR* 1987, s. 385–403, på s. 388 og 386.
- 81 Rune Slagstad: *De nasjonale Strateger*, Oslo: Pax 1998, s. 387.
- 82 Johs. Andenæs: "Frede Castberg", *Lov og Rett* 1997, s. 293–301, på s. 297.
- 83 Se for eksempel Alf Ross: "Retten Grundproblemer. Betragtninger i anledning af to

- nordiske bøger”, *TfR* 1940, s. 281–298. Ross taler om Castbergs filosofiske utgangspunkter går i retning av Kants filosofi, ”omend paa en Maade, der antyder, at Forfatterens Kendskab til Kants Filosofi næppe engang er Andenhaands” (s. 282).
- 84 Jeg snakker her om deres stilling til det jeg kaller pragmatismen. Ross og Castberg bruker ikke denne betegnelsen.
- 85 Alf Ross: *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*, København: Levin & Munksgaard 1934, s. 17.
- 86 Alf Ross: ”Bevisbyrdelæren i Støbeskeen”, *UfR* 1930B, s. 349–358, nå også i: *Ret som teknik, kunst og videnskab*, København: DJØF 1999, s. 280–294, på s. 282.
- 87 Alf Ross: ”Retskilde- og Metodelære i realistisk Belysning”, *TfR* 1931, s. 240–301, på s. 245.
- 88 Alf Ross: ”Socialvidenskabernes Krise”, *Tilskueren* 1931, s. 60–65, på s. 64. (Ross 1931b).
- 89 Spørsmålet om fremstillingsform og stil er ikke irrelevant eller underordnet ved sammenligningen mellom formalismen og pragmatismen. Formalistiske filosofer har alltid hatt en tendens til å prioritere bokstavelig mening fremfor eksempelvis metafor og ironi. Men kanskje er det slik at man for å håndtere et område som for en stor del består av konkrete fenomener – slik jusen gjør – også må ha et konkret språk. Og kanskje er metafor da vel så egnet som teknisk filosofisk talestil. Eller rettere: Kanskje er det ikke så mye valget av metafor eller analytisk presisjon det kommer an på, som idealene klarhet, enkelhet og uttrykkskraft. Ross ofte nesten ugjennomtrengelige stil (særlig i de tidlige verkene), dyngnet ned av fremmedord, scorer ikke høyt på den skalaen.
- 90 Ross 1931b, s. 65.
- 91 Alf Ross: ”Videnskab og Politik i moderne jurisprudence”, *Juridisk Forenings Aarboeg* 1926–1927, s. 25–46, på s. 46.
- 92 Alf Ross: *Dansk Statsforfatningsret*, 2. udg., København: Nyt Nordisk Forlag 1966, s. 180.
- 93 Ross 1966, s. 181.
- 94 Knud Waaben: ”Almindelige ansvarsbegreber i strafferetten”, *UfR* 1974 B, s. 1–26, på s. 2.
- 95 Waaben 1974, s. 24.
- 96 Se Blandhol 1999, s. 80.
- 97 Se om det samme poenget, i en noe annen formulering, Henrik Palmer Olsen: ”Det forudsatte førvidenskabelige retsbegreb”, i Kirsten Ketcher og Peter Blume (red.): *Ret og skønsomhed i en overgangstid. Festskrift til Agnetha Weiss Bentzon*, København 1998, s. 261–272, på s. 267.
- 98 Et eksempel i nordisk teori, er Theodor Geiger.
- 99 Se om dette Jørgen Dalberg-Larsen: ”Geiger, Illum og Ross om ret og retsvidenskab”, i: *Perspektiver i samfundsvidenskabene. Festskrift til Harnoe*, Aarhus 1994, s. 35–48.
- 100 Se *Om Ret og Retfærdighed*, s. 18.
- 101 Se om dette bl.a. Preben Stuer Lauridsen: ”Kelsen og Ross”, i *Samfunn, rett, rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoff*, Oslo: Universitetsforlaget 1986.
- 102 Ikke å forveksle med naturalisme i den forstand at man (eller helst ens motstandere) mener at man kan utlede gyldige normer av utsagn om virkeligheten. Dette dømte G.E. Moore ”den naturalistiske feilslutning”. Poenget er beslektet med David Humes argument om at ”er” og ”bør” er logisk adskilte kategorier, og at ingen slutningsbro fører over fra den ene til den andre.
- 103 Jfr Stanley Paulson: ”Hans Kelsen’s Earliest Legal Theory: Critical Constructivism”, i Paulson & Paulson (red.): *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Clarendon Press 1998, s. 26.
- 104 Det er det som skjer i boken *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* (1934).
- 105 Vilhelm Lundstedt: ”Kritik av nordiska skadeståndsläror”, *TfR* 1923, s. 55–154, på s. 57.

- 106 Det betyr ikke at jeg mener at jurister ikke kan ha bruk for teoretisk refleksjon, det er bare et spørsmål om hvor man henvender seg.
- 107 En sterk nyformalistisk stemme finner vi hos Knut Bergo, se hans doktorsavhandling *Tekst og Virkelighet i Rettskildelæren* (under utgivelse), der det er mer enn bare tittelen som vitner om innflytelse fra Ross. Dikotomier av Ross' type synes å være et av de viktigste virkemidler i Bergos aggressive angrep på nyere norsk rettskildelære.
- En typisk rest-realist har vi kanskje i Hans Petter Graver, som mener at den juridiske metoden ikke "finnes", og at det heller ikke "finnes" noen rettslige løsninger utover de som til enhver tid velges, se f.eks. hans anmeldelse av Nils Nygaards *Rettsgrunnlag og standpunkt* i *Lov og Rett* 1999, på s. 572–73. Men hva mener egentlig Graver med dette verbet, kunne vi spørre? Hvilket eksistenskrav er det tale om? Jeg lurer på om ikke vi også her har å gjøre med en variant av Ross dikotomi, i en ny forkledning.
- 108 Jfr. Chaim Perelman: "What the philosopher may learn from the study of law", i: *Justice, law and argument*, London 1980, s. 163–174. Mye nyere filosofi har gått i denne retning, om enn ikke så radikalt at filosofer *en masse* har begynt å studere jus. Pragmatismen er imidlertid et viktig trekk både hos den sene Wittgenstein, hos J.L. Austin ("dagligspråksfilosofien"), Richard Rorty og – blant mange andre – Jürgen Habermas. Habermas er således uttrykkelig oppmerksom på Perelman.
- 109 Jeg er selv ikke uskyldig. Hele boken *Juridisk ideologi* hviler jo på forutsetningen om at Ross hadde stor innflytelse.

DEL II
Konstitusjonens gjennomslagskraft

Ett kvartssekel efter "det författningslösa halvseket": Har Sverige nu en författning?

Inledning

När jag en gång talade om den gamla svenska regeringsformen med en juristkollega som är väl förfaren i konstitutionella frågor, berättade hon en episod från sina tidigaste juristår, då hon i början av 1970-talet förde protokoll i tingsrätten. Det hände en gång att en advokat återopade grundlagen i sin plädering i ett tvistemål. Rättens ordförande vände sig då till protokollföraren med en resignerad min och suckade: "En rättshaverist!"

Den enkla episoden är belysande för vad jag har kallat det författningslösa halvseket.¹ Jag syftar då på åren 1922–1974, mellan det första valet med allmän rösträtt och den nya regeringsformens ikraftträdande. *Formellt* var ännu 1809 års regeringsform i kraft, *reellt* saknade Sverige en författning.

Frågan i rubriken över mitt föredrag kan alltså formuleras så: Har ett kvartssekel varit tillräckligt för att komma från rättshaveri till seriös juridisk argumentation? Det finns säkert flera advokater som vill svara nej – ännu har vi en god bit kvar. Själv vill jag försöka belysa argumenten både för och emot.

Först vill jag kort redovisa hur jag kommer att disponera min framställning och varför. Jag menar att man måste ha bakgrunden klar för sig, om man skall kunna diskutera Sveriges författning idag på ett realistiskt sätt. Man måste överväga åtminstone tre frågor om det författningslösa halvseket, innan man tar itu med 1974 års regeringsform. Hur hamnade Sverige i ett författningslöst tillstånd? Hur gick det till i det skedet? Varför och hur genomförde man i Sverige en ny grundlag?

Sedan jag tagit upp de här frågorna, går jag över till den nya grundlagen. Jag belyser först utvecklingen efter 1974. Vilka ändringar har genomförts i grundlagen? Vilka förändringar har skett utan ändringar i grundla-

gen? Både grundlagstexten och det praktiska författningslivet avviker 2001 väsentligt från vad som gällde 1975.

Efter dessa bakgrundsavsnitt tar jag upp en diskussion av rubrikens fråga. Jag kommer då att ta fram ett antal fakta och synpunkter som jag menar kan problematisera frågan.

Hur hamnade Sverige i ett författningslöst tillstånd?

Varje utvecklad stat har något slags författning i sociologisk bemärkelse. Den behöver, som det brittiska exemplet visar, inte vara ett sammanhängande, skrivet dokument. Att tala om ett ”författningslöst halvsekel” i en gammal rättsstat som Sverige kan därför sägas vara nonsens, men som beskrivning av det faktiska rättsläget 1922–1974 är uttrycket träffande. Författningen spelade ingen eller åtminstone en mycket liten roll både i den politiska och i den juridiska argumenteringen.² För att anknyta till temat för detta seminarium uppfattades den gamla regeringsformen varken som en rättslig norm eller som ett politiskt dokument.

Själva det tänkande – den inställning till författningen – som utvecklats under en sådan period ändras inte över en natt därför att en ny grundlag avlöser den gamla. Det utgör ett särskilt skäl att fundera över vilka faktorer som lett in i det ”författningslösa” tillståndet. En jämförelse med andra länder med mycket gamla författningar är också av intresse: 1809 års regeringsform var något yngre än den amerikanska konstitutionen och fem år äldre än den norska grundlagen, men i de länderna är det, såvitt jag förstår, främmande att tala om ett författningslöst tillstånd.³

Tre förklaringar till den svenska författningens förfall är klassiska:

1. Ett helt nytt konstitutionellt system genomfördes när den gamla grundprincipen maktindelning ersattes med den nya grundprincipen parlamentarisk demokrati.
2. Systemförändringen fullföljdes inte med en ny grundlag, inte ens med djupare förändringar i grundlagen, utan i huvudsak ändrades bara rösträttsbestämmelserna.
3. Det fanns inte något lagprövningsinstitut eller liknande som gav domstolarna eller annan utomstående en möjlighet att uttolka grundlagen och i någon form hålla liv i den.

Bara några korta kommentarer till dessa punkter innan jag går vidare. Den andra kan kanske förefalla som en självklarhet i sammanhanget, närmast en del av den första. Jag tror dock att det är realistiskt att göra en uppdelning på två punkter. Även om man hade gjort verkliga förändringar i den gamla grundlagens text, hade nog dess juridiska auktoritet tagit skada. Att operera bort själva grundelementet för en författning och plantera in något helt nytt måste ge en tvivelaktig produkt.

Om man skärskådar de tre faktorerna ser man snart, att de inte ger en tillräcklig förklaring. Ingen av dem är nämligen originell för Sverige, men inte i något annat land har man, såvitt jag vet, på samma sätt upplevt ett författningslöst tillstånd. En rad närstående stater genomförde samma systemförändring till demokrati, och jag vågar påstå att flertalet gjorde som vi och underlät djupgående ändringar i den formella författningen. Undantag är främst en del länder som skakades av revolutioner efter första världskriget, till exempel Tyskland och Österrike. Sverige var också långtifrån ensamt om att sakna lagprövning eller liknande institut.

Däremot ger de tre faktorerna en god del av förklaringen till skillnaden gentemot USA och Norge. Där genomfördes ingen lika djup konstitutionell reform. I USA kan man över huvud taget knappast tala om en systemförändring, och i Norge skedde övergången till parlamentarism och demokrati både tidigare och enklare än i Sverige. I både USA och Norge fastslogs lagprövningsrätten redan på 1800-talet, vilket gjorde att man domstolsvägen kunde öva konstgjord andning på de gamla författningarna. Denna respiratormodell var inte möjlig i Sverige.

Man får alltså gräva djupare när man frågar sig varför just Sverige hamnade i vad som kan beskrivas som ett författningslöst tillstånd. Jämförelsen med USA och Norge ger ytterligare en förklaring:

4. I motsats till bland annat USA och Norge saknade Sverige en nationell förankring för grundlagen.

Om det kunnat hävdas att medborgarna eller riksdagen hade en särskild känsla för den gamla regeringsformen, hade jag inte velat använda uttrycket författningslöst tillstånd, även om det varit en juridisk realitet. Läget var emellertid snarast att regeringsformen fått en *negativ* betydelse för breda folklager, genom att den under skedet från 1905 blivit i viss mån ett tillhygge för den politiska reaktionen i en slutstrid mellan kungamakten och vänstern. Regeringskriserna 1906 och 1914, då den liberale ledaren

Karl Staaff avgick efter konflikter med kungamakten, hör till de mest omskrivna händelserna i svenskt politiskt liv under 1900-talet.⁴

Den här omedelbara bakgrunden ger en förklaring till den andra punkten: När kungen och högern frivilligt dragit sig tillbaka och gått med på önskade reformer, varför skulle man plåga dem med grundlagsändringar som förlängde författningskrisen, drog upp onödiga schismer i efterhand och i sämsta fall gav motståndarna chans att hämta sig och komma tillbaka?

Ytterligare två faktorer bedömer jag som viktiga:

5. Det var ingen plötslig scenförändring som skedde 1917–1921. Systemet var undergrävt långt tidigare genom en kraftfull praxisutveckling, främst på lag- och finansområdena.
6. Sverige saknade en författningstradition att falla tillbaka på. Grundlagarna hade aldrig varit mycket mera än arbetsordningar, och intresset för grundlagsfrågor var ringa.

Den konstitutionella utvecklingen i Sverige kan beskrivas både som långsam och som snabb. Redan 1841 vingklippes kungamakten efter en maktkamp med Rikens Ständer – adel, präster, borgare och bönder – och 1867 ersattes ståndsriksdagen, bärare av fyra seklers traditioner, med tvåkammarriksdagen. Ännu 1917 stretade kungen emot parlamentarismen.⁵ Men alltifrån början av 1800-talet hade dock en praxisutveckling skett som i praktiken gett riksdagen den största makten. Grundlagen hade varit en svag motvikt. Det hade inte varit fråga om att omtolka grundlagen utan snarare om att ersätta den med en annan verklighet. Problemet blev inte att riksdagen hade för liten makt utan att man fått en orationell ordning med långtgående riksdagsbindningar och detaljregleringar på både lagstiftningens och budgetens områden.

Enligt den svenska författningstraditionen var en regeringsform närmast ett slags arbetsordning. Stig Strömholm talade mera färgstarkt om exercisreglementen. Grundlagarna hade slagit fast kungens och riksdagens existens och huvudsakliga verkningsområden samt gett vissa organisatoriska föreskrifter. Ett embryo till dagens regering tillkom först 1841, och medborgerliga fri- och rättigheter grundlagsfästes inte förrän i slutet av 1970-talet.

En faktor av grundläggande betydelse för det författningslösa tillståndets inträde kan formuleras så:

7. Det fanns inget intresse och upplevdes inget behov av en ny författning. Man ansåg sig kunna leva bra med den arbetsordning som fanns, sedan de stora politiska frågorna lösts.

Den här punkten är ett slags sammanfattning av skeendet. Innan man talar mera högtidligt om "vår nya författning", bör man enligt min tanke överväga vilka ändringar i tänkesätt som hade brutit igenom när grundlagsreformen genomfördes vid årsskiftet 1974–1975. Innan jag går in på det skall jag dock säga något om hur det gick till under det författningslösa tillståndet.

Hur gick det till under det författningslösa tillståndet?

Här vill jag först, med tanke på dagens situation, skjuta in vad som närmast är en parentes. Även under de 53 år som jag nu avser genomfördes en lång rad grundlagsändringar, dock inga av systemkaraktär (förrän vid den partiella reformen 1968–1971, se nedan). Fortfarande ägde kungen "allena styra riket", och alltsedan 1930-talets början rådde "svår penningkris" eftersom guldmyntfoten övergetts utan grundlagsändring osv.⁶ Men i de konkreta detaljer där grundlagstexten lade hinder i vägen för en önskad reform genomfördes ändringar.

Man kan säga att lagstiftaren hade ett något schizofrent förhållande till grundlagen: Den hölls snygg i småsaker men lämnades i övrigt obeaktad. Man brukade säga att ordet "konungen" i grundlagstexten skulle läsas som "regeringen" ("Kunglig Majestät") utom när konungen som enskild person avsågs. Med detta juridiska fikonlöv doldes att en verklig författning saknades.

Det författningslösa tillståndet innebar dock varken rättslöshet eller anarki. Utan formellt stöd i regeringsformens bokstäver gällde, som jag nyss nämnde, en väl utvecklad *statspraxis*. Dessutom erkändes vissa grundläggande *principer*.

Två saker var utmärkande för det författningslösa tillståndet: att alla höll noga fast vid statspraxis, som utvecklades vidare utan mycket bråk och dramatik, och att alla tog ansvar, riksdag, regering, partier osv. Dessa båda punkter är grundläggande om man vill förstå och diskutera svensk författningspolitik.

Ett författningslöst tillstånd är inget "flytande" tillstånd. Politiker är enligt min erfarenhet i allmänhet konservativa när det gäller det regelsy-

stem som omger dem själva. Jag har till exempel aldrig upplevt en så fast och strikt praxis som i fråga om riksdagens tillämpning av riksdagsordningen. Högsta Domstolen rider med lösare tyglar. Belysande är också den kartläggning av praxis på budgetområdet som redovisades 1954 av en särskild kommitté, budgeträttskommittén (SOU 1954:40). Grundlagen hade mycket liten betydelse för det faktiska rättsläget, men praxis hade desto större. Denna inriktning på praxis snarare än på grundlagstext är fortfarande väsentlig. Och det gemensamma ansvarstagandet bidrog nog till den misstänksamhet mot domstolar och andra "utomstående" som alltjämt gör sig gällande på sina håll.

Även allmänna principer erkändes under det författningslösa tillståndet och skulle ha gällt även om regeringsformen hade upphävts formellt. Ett typexempel är den om statsmyndigheternas självständighet. Den hade gällt alltsedan Axel Oxenstierna i början av 1600-talet och hade främst en organisatorisk innebörd: Myndigheterna var fristående organ som fattade beslut på eget ansvar. De fick inte påverkas i enskilda partsärenden men skulle i övrigt enligt 1809 års regeringsform "lyda konungens bud och befallningar". Sedan parlamentarismen erkänts insmög sig en extensiv syn på självständigheten. Statsrådets möjligheter att informellt hävda regeringens politik ansågs begränsade och regeringens makt att styra riket i motsvarande mån inskränkt. Först på 1980-talet började en reaktion mot detta synsätt göras gällande. Fortfarande är myndigheternas svårstyrbarhet ett av huvudproblemen inom svensk förvaltningspolitik.⁷

En annan princip som växte fram under denna tid är den om kommunal självstyrelse. Denna har i och för sig gamla traditioner i Sverige men i sin moderna form anses den grundlagd genom 1862 års kommunalförordningar. Den nämndes inte alls i 1809 års regeringsform, och vid riksdagsreformen 1867 infördes bara en bestämmelse som upplyste om kommunernas beskattningsrätt. Att den kommunala självstyrelsen utgjorde en viktig del av den svenska demokratin blev dock erkänt, och på 1960-talet blev "det kommunala sambandet" en huvudfråga i författningsdebatten.⁸ Denna förgrundsplats återfick principen på 1990-talet men partierna har olika åsikter om vad man konkret bör lägga in i den.⁹

Den författningspolitiska traditionen – arbetsordning, inga medborgerliga rättigheter osv. – innebar en begränsning för den betydelse allmänna principer kunde få, men det är av intresse att notera att de snarast var viktigare under 1809 års regeringsform än idag under 1974 års. Till det bidrog förstås den mångåriga principdebatten om demokrati och parlamentarism.

Ett närmare studium av det författningslösa halvseket ger alltså knappast underlag för att påstå, att rättstillståndet var särskilt otillfredsställande. Behovet av en aktuell skriven författning framstår inte som trängande. Jag har ställt mig den populistiska frågan, vilka konstitutionella skandaler som inträffade under perioden, och har haft lättare att hitta tråkigheter under senare år. Vid en tillbakablick stannar jag bara inför två händelser, båda från 1950-talet då vi hade en koalitionsregering av socialdemokraterna och bondeförbundet (nuvarande centerpartiet).

En ändring av valsystemet genomfördes 1952, inför det årets andrakammarval. Den hade diskuterats länge men var uppenbart mest angelägen från bondeförbundets synpunkt och genomdrevs mot oppositionspartiernas högljudda motstånd. En ännu obehagligare debatt uppkom 1957 inför folkomröstningen i tjänstepensionsfrågan. Det beslöts att tre alternativ skulle ges. Därigenom fick bondeförbundet ett eget. Då enighet inte kunde nås om frågornas formulering, beslöts de av riksdagen med regeringspartiernas röster mot oppositionspartiernas.

Om båda dessa händelser kan man konstatera att de hörde bättre hemma i en bananrepublik än i Sverige. Av intresse är därför att notera att någon upprepning inte har skett. En viktig princip är nu att konstitutionella frågor av betydelse skall beslutas i bred politisk enighet. Endast få undantag kan påvisas, bl.a. införandet av kvinnlig tronföljd 1979. En ny incident kunde ha inträffat dagarna före detta seminarium, då regeringen skulle framlägga ett förslag till ändringar i tryckfrihetsförordningen – i Sverige en grundlag – för att motverka massmediekoncentration. I slutänden meddelades att något förslag inte skulle läggas fram, eftersom tillräcklig enighet inte kunnat nås. Och när en ny folkomröstning med tre alternativ skulle ske 1980, om kärnkraften, var partierna trots starka politiska motsättningar helt på det klara med att de måste bli eniga om frågornas formulering. Det lyckades efter hård mangling.

Varför och hur genomförde man i Sverige en ny grundlag?

Om nu det författningslösa tillståndet var så idylliskt som min framställning kan ge intryck av, varför lämnade man det då? Svaret hänger nära samman med *hur* det gick till. Det skedde i två etapper: först en partiell reform 1968–1971 och därefter en total reform 1973–1975.

Under hela efterkrigstiden hade tunga konstitutionella reformkrav framställts. Det gällde främst övergång från tvåkammarriksdag till enkammarriksdag och införande av ett strikt proportionellt valsystem. Under de första åren, på 1940- och 1950-talen, spelade också folkömröstningsinstitutet en rätt viktig roll. Reformkraven drevs av oppositionen, främst folkpartiet, medan socialdemokraterna var ointresserade eftersom de gynnades av det rådande systemet. När författningsarbetet sattes igång 1954 beslöt därför regeringen att inte inrikta det enbart på de punkter där det yrkades på reformer utan ge ett allmänt uppdrag att modernisera författningen. Efter en rad politiska kompromisser kunde så den partiella reformen beslutas 1968 och bli genomförd 1971 då den första enkammarriksdagen samlades.

En faktor av avgörande betydelse i detta sammanhang är att alla reformkrav som låg bakom att man hade satt igång arbetet med författningen hade blivit tillgodosedda genom den partiella reformen. Det fanns ingenting av politisk tyngd kvar till slutetappen.

För min framställning idag är det *den totala* författningsreformen som står i förgrunden. Det var genom den reformen, vid den tidpunkten, som det författningslösa halvseket bragtes till ett slut. Från början hade de flesta inte alls tänkt sig att nå dit. Man ville på sina håll få vissa partiella reformer, men därefter ville en bred politisk majoritet gärna fortsätta kanske ett författningslöst halvsekel till med en moderniserad arbetsordning. Men processen rullade på av egen kraft. Den juridiska kvarnen gick inte att stoppa utan malde vidare.¹⁰

Om vi ser på den totala reformen och sluttidpunkten, kan vi konstatera två saker. Det stora flertalet av politikerna inom alla partier saknade intresse för grundlagsfrågan sedan de stora politiska reformfrågorna lösts. Och en allmän önskan var att ändra så litet som möjligt i sak, om det inte gick att slippa ifrån en ny grundlag.

Detta är ingen nidbild av skeendet och innebär ingen underskattning av engagemanget i författningsfrågan. Fram till enkammarreformen bars den upp av ett ideologiskt motiverat engagemang, som jag för övrigt delade själv. Det är *slutfasen* jag nu talar om, åren efter 1970. Då var läget mycket likt det som förelåg vid första världskrigets slut: Så länge demokrati och parlamentarism fanns att kämpa för fanns ett starkt engagemang, men sedan segern vunnits i praktiken kunde det engagemanget inte föras vidare till den formella grundlagsfrågan.

Nu blev det förstås åtskilliga förändringar, särskilt av en typ som juris-

ter anser viktiga, till exempel ett helt nytt 8 kap. i regeringsformen om lagar och andra föreskrifter som vände upp och ned på den gamla formella ordningen och har gett upphov till många rättsvetenskapliga bidrag. Men just dessa reformer expedierades utan politisk drivkraft och, vågar jag påstå, utan djupare insikter om vad frågorna och förslagen innebar. I det praktiska livet gick utvecklingen vidare i gamla spår, och den fann också en del nya spår, utan minsta hänsyn till den nya grundlagen. Jag återkommer strax till detta.

Kanske någon här gör reflexionen: Det var väl bra att politikerna inte lade sig i mera än politiken och i huvudsak lät jurister och statsvetare sköta resten? Det är dock knappast rätt. Remisskritiken blev nämligen närmast förödande om man ser till de tunga juridiska instanserna: Regeringsrätten, Högsta Domstolen, Svea hovrätt, Justitiekanslern, Advokatsamfundet. Bara två juristinstitanser var positiva: hovrätten i Malmö och kammarrätten i Göteborg som hade starka personband till utredningssekreteriaten.¹¹

Jag går inte närmare in på remisskritiken i sak utan noterar bara två huvudinvändningar: Grundlagsförslaget gav inte en korrekt bild av det faktiska statsskicket, vilket sagts vara ett syfte, och det saknade bestämmelser i viktiga hänseenden, främst om grundläggande fri- och rättigheter. Förslaget blev emellertid genomfört med en del justeringar; en förutsättning var att en kommitté tillsattes för att fortsätta arbetet med grundlagsfästade av fri- och rättigheter.

Slutvinjetten för det författningslösa halvseket blev alltså, att riksdagen beslöt en reform som mycket få var angelägna om och som juristerna avstyrkte, och gjorde det mest för att bli av med frågan, med så små ändringar som möjligt i sak sedan önskade reformer genomförts inom ramen för det författningslösa tillståndet. Också ett sätt att få en ny författning! Men just denna bild är viktig att teckna som bakgrund för den aktuella diskussionen.

Vilka grundlagsändringar har genomförts under det här kvartsseket?

Den bakgrund jag skisserat bör ha gjort begripligt att jag tvekar något inför ett högtidligt uttalande, att Sverige verkligen har fått en ny författning, inte bara en ny regeringsform. Denna tvekan minskas inte av att mängder av ändringar har genomförts i grundlagen under de gångna 27 åren. Den

grundlag som antogs 1974 är inte densamma som vi har idag. Bortåt hälften av paragraferna är ändrade.

De sex väsentligaste grundlagsändringarna är följande:

1. Grundlagsregler om fri- och rättigheter har införts och lagprövningsrätten bekräftats.¹²
2. Europakonventionen om fri- och rättigheter har införlivats med nationell rätt.
3. Sverige har blivit medlem i Europeiska Unionen.
4. Kvinnlig tronföljd har införts.
5. Valperioden har förlängts från tre till fyra år.
6. Riksbanken har getts en självständig ställning i förhållande till riksdag och regering.

En sjunde punkt får tilläggas om ett år, då även den statliga revisionen blir i huvudsak självständig i förhållande till riksdag och regering.

Av dessa reformer är de tre först nämnda så djupgående att jag vill se dem som systemförändrande. De strider så klart mot gamla begrepp och förutsättningar i svensk författningsdebatt, att det är vanskligt att tala om samma författning före och efter dem.

Grundlagsarbetet utgick från synen, att folkstyrelsen är ett representativt system byggt på de politiska partierna och utan utomstående krafter som står emot den riksdagsmajoritet som utgått ur senaste allmänna val. Detta sades vara uttryck för *folksuveränitetens princip*. Att denna lidit väsentliga inskränkningar råder det inget tvivel om. Frågan är om den idag har större intresse än som en rent systematisk-språklig princip.

Vilka ändringar har skett utan grundlagsändringar under samma tid?

Lika viktigt är enligt min tanke att en rad betydelsefulla ändringar har skett *utan* grundlagsändringar under det senaste kvartsseklet. Genom dem har verkligheten och den ”levande” författningen ändrats delvis djupgående. Jag nämner bara fem riktigt stora saker:

1. En genomgripande budgetreform genomfördes häromåret, med utgiftstak och över huvud taget den kraftigaste beskärning av riksdagens formella makt som någonsin skett.

2. Även på lag- och föreskriftsområdet har djupgående förändringar skett, bland annat genom tillkomsten av "ramlagar" med obestämt innehåll och tusentals myndighetsförfattningar.
3. Statsmyndigheternas självständighet och makt har ökat kraftigt bland annat genom lag- och budgetreformerna. Deras svårstyrbarhet är ett huvudproblem inom förvaltningspolitiken.
4. Kommuner och landsting har under cirka trettio år fått ständigt större frihet. En viss svängning har skett de senaste åren men är politiskt kontroversiell.
5. Granskningen av regeringen genom konstitutionsutskottet har, efter ett mer än hundraårigt förfall, blommat upp och blivit ett viktigt redskap i enkammarriksdagen.

Som en röd tråd går genom dessa punkter att riksdagens och/eller regeringens ställning har försvagats. Detsamma gäller om de förutnämnda grundlagsändringarna utom den om tronföljden. Uppgifter har lyfts över till EU och till statliga och kommunala myndigheter, större befogenheter har getts domstolarna liksom till exempel riksbanken, både den rättsliga och den politiska kontrollen har stärkts osv. Mest märker man maktförskjutningen på finansmaktens område. Jag kan tillägga att statsskuldens förvaltning har flyttats från riksdagen till regeringen.

Genomgående är alltså att de centrala statsorganens ställning – framför allt riksdagens – har försvagats. Denna utveckling skall man se mot grundlagens huvudtanke: Riksdagen är det dominerande statsorganet. Dess betydelse tonar fram starkt i grundlagstexten. Grundlagen bygger på den parlamentariska demokratins majoritetsstyre som inte ens vill låta sig inskränkas av fri- och rättigheter åt de egna medborgarna. Särskilt de tre första av mina fem punkter nyss visar att grundlagen inte har förmått påverka utvecklingen. Förarbetena antyder inte att grundlagsstiftarna varit medvetna om tendensen.

Ett centralt tema i dagens svenska grundlagsdebatt är maktindelning. Mot den här tecknade bakgrunden har jag svårt att förstå vare sig ordet eller inriktningen. Det verkar som om man slår in öppna dörrar. Men naturligtvis kan man också uttrycka inställningen så, att det är angeläget att *förstärka* tendensen att försvaga centralmakten.¹³

Mina sex plus fem punkter pekar på ett grundläggande problem: Kan man säga att 1974 års regeringsform gav Sverige en ny författning, inte bara en ny grundlag, när den i själva verket redan efter ett kvartssekel är

både så ändrad och så undergrävd av utvecklingen och så ifrågasatt i debatten?

Har Sverige nu en författning?

Jag kommer nu till min huvudfråga. Som envar förstår kan man enkelt svara ja på den. Ett sådant svar är dock inte av större intresse. Det öppnar inte för en diskussion, som den svenska situationen väl motiverar. Å andra sidan skulle det vara onödigt utmanande att svara nej. Så bristfällig är inte den konstitutionella situationen.

Jag väljer en mellanlinje genom att ta fram ett antal punkter och frågeställningar som jag menar att man bör ha i tankarna när man diskuterar det här ämnet. De talar alla för ståndpunkten att Sverige visserligen har fått en ny regeringsform men knappast ännu har nått till det stadium i den konstitutionella utvecklingen där man kan mera högtidligt tala om en författning (annat än givetvis i sociologisk mening). Ett kvartssekel har inte varit tillräckligt för att frigöra sig från den inställning och det tänkande som präglade det författningslösa halvseklet.

En inkonsistent grundlag

Jag börjar med den synpunkt jag nyss tog fram, att den svenska grundlagen har undergått stora ändringar som delvis har brutit igenom själva den ideologiska grundvalen. Vi har inte idag en gedigen författning som konsekvent bygger på folksuveränitetens princip och ger uttryck för den parlamentariska demokratins synsätt. Inte heller är det å andra sidan fråga om en författning som konsekvent ger uttryck för ett annat synsätt, med kontroller och motvikter skapade av domstolar, internationella organ etc. Den här svagheten blir inte mindre av att grundlagen inte ens i sin ursprungliga utformning gav en rättvisande bild av det faktiska statsskicket, som flera juridiska remissinstanser framhöll i sina yttranden över grundlagsförslaget 1972.

Man kan finna fog för att anse, att vi måste klara ut denna principiella dunkelhet innan vi kan göra anspråk på att ha fått en verklig författning. Vi måste med detta synsätt skapa en solidare grundval.

Mot detta kan man invända att den svenska situationen inte är märkvärdigare än den i flera andra stater, som också bygger på både demokrati, parlamentarism, skydd för fri- och rättigheter genom grundlag

och Europakonventionen, medlemskap i EU osv. Läget är – åtminstone än så länge – långtifrån jämförbart med det under åren närmast efter 1921.

Ett dilemma för domstolarna

Den bristande gedigenhet som jag just har påpekat utgör givetvis ett särskilt dilemma för domstolarna när de skall pröva författningars och enskilda besluts grundlagsenlighet. Alla vet vilken vikt domare brukar lägga vid att utgå från lagens värderingar, inte från sina egna, och framför allt att inte låta sig påverkas av politiska åsikter. Leder inte det till att domstolarna fortfarande måste hålla fast vid grundlagsstiftarens parlamentariska perspektiv där det inte blivit uttryckligen överspelat genom till exempel medlemskapet i EU eller införlivandet av Europakonventionen med nationell svensk rätt?

Dilemmat ställs på sin spets när domstolarna har att fråga efter det konkreta innehållet i oklara konstitutionella principer, exempelvis den om kommunal självstyrelse. Utifrån vanlig juridisk metod kan man förutse att grundlagstolkningen kommer att bli restriktiv. Domstolarna kommer att vara försiktiga när det gäller att fylla ut grundlagen.

Mot detta resonemang kan invändas att dilemmat inte skall övervärderas. Vad det i praktiken är fråga om, kan det sägas, är att EG-rätten och Europakonventionen skall tillämpas, och därvid finns det ingen grund för restriktivitet liksom inte heller i fråga om grundläggande fri- och rättigheter enligt 2 kap. regeringsformen. Kommer man utanför dessa områden, finns det däremot goda skäl för en restriktiv tolkning, men det är inte märkvärdigare än på andra områden.

Det får emellertid konstateras att domstolarnas – och till exempel lagrådets – restriktiva grundlagstolkning inte är allmänt godtagen utan kritiserar i både den partipolitiska och den rättspolitiska debatten. För egen del menar jag att den kritik som framförts i allt väsentligt beror på bristande förståelse för lagtolkningens och rättsbildningens problematik och att man måste skilja noga mellan gällande rätt och politiska önskemål.

Minimiprincipen

Närmast skall jag ta upp ett par synpunkter som är typiskt svenska. En sådan rör vad jag vill kalla minimiprincipen. Jag kan formulera den så: Ingenting är för litet för att motivera en grundlagsändring i Sverige, men en

del saker är för stora för att behandlas i grundlag, och om man inte kan klara sig helt ifrån dem, bör man i vart fall göra så litet som möjligt.

Just inträdet i det författningslösa halvsekle är ett typexempel på tillämpning av denna princip. Den slutliga övergången till demokrati och parlamentarism var en alldeles för stor och viktig reform för att motivera en grundlagsrevision. Helt kunde man inte "låtsas som om det regnade" men man klarade sig undan med att i stort sett bara ändra rösträttsbestämmelserna.

Ett annat typexempel ger behandlingen av frågorna kring finansmakten. De var alldeles för stora och svåra för att man skulle vilja formulera regler i grundlag. Som Nils Stjernquist, som deltog i hela det tjuugoåriga grundlagsarbetet, ofta framhöll: "Inget parti ville binda sig på det området." Resultatet blev det i sak tunnaste kapitlet i 1974 års regeringsform, vilket bland annat gjorde det möjligt att genomföra den stora budgetreformen häromåret utan annan grundlagsändring än i bestämmelsen om budgetårets förläggning.

Sveriges medlemskap i EU ger det senaste, onekligen drastiska exemplet. Den parlamentariska kommitté som övervägde grundlagsfrågorna föreslog ett allmänt stadgande om förhållandet mellan EG-rätten och den nationella rättsordningen (SOU 1993:14). Efter en livlig debatt blev resultatet – som jag själv förutsåg utifrån minimiprincipen – att förslaget föll och att endast en ändring gjordes i procedurreglerna för beslut om överlåtelse av befogenheter på internationella organ.

Min uppfattning är att det finns goda skäl för den svenske grundlagsstiftarens återhållsamhet. Uppenbart är dock att utvecklingen fram till en verklig författning hämmas av det synsätt som minimiprincipen ger uttryck för. Det är fråga om en kvarleva från det författningslösa halvsekle, som visar att en bred majoritet ännu idag hyser tvekan och mistro till konstitutionell ingenjörskonst.

Att hålla grundlagen fräsch

En annan typiskt svensk attityd uttrycks genom de här orden som jag har hämtat från en av de få verkligt kunniga och intresserade konstitutionalisterna i svenska riksdagen, både ordförande i konstitutionsutskottet och vice talman men numera avgången: Det är viktigt att hålla grundlagen fräsch, att genomföra de ändringar som behövs för att den skall förbli aktuell.

Inställningen är onekligen behjärtansvärd och lättbegriplig mot bakgrunden av det författningslösa halvseklet. Det är viktigt att undvika en återgång till en inaktuell grundlag.

En motstående synpunkt som man bör överväga är dock, att ett alltför energiskt ändrande i detaljer kan motverka att grundlagen får verklig normativ betydelse. Om detta anses önskvärt, finns det skäl att varna för att reducera grundlagen till deskription och kodifiering. Särskilt gäller detta förstås om man även beaktar minimiprincipen, som ju leder till att en del stora saker regleras vid sidan av grundlagen.

Om man studerar grundlagens förarbeten finner man, att lagstiftarna såg funktionen som väsentligen deskriptiv och kodifierande och var i huvudsak främmande för vad vi idag lägger in i en normerande författning. Den attityden svarar knappast mot den som flertalet jurister intar idag, men jag undrar om den inte fortfarande är utmärkande för flertalet svenska politiker.

Lagprövning och annan rättskontroll

Resonemang om författningens normerande roll leder naturligt över till den rättsliga kontrollen av dess efterlevnad. Sverige har i sin nationella lagstiftning tre institut för denna kontroll: *lagprövning* som är en efterhandsgranskning av lagar och förordningar, *lagrådsgranskning* som är en förhandsgranskning av viktigare lagar, samt *rättsprövning* som är en väg att få förvaltningsbeslut i sista instans, särskilt regeringsbeslut, omprövade. Härtill kommer alltså kontroll genom Europadomstolen i Strasbourg och genom EG-domstolen.

Jag går inte närmare in på dessa institut. De har redan blivit föremål för mycken uppmärksamhet. Jag vill bara konstatera att alla tre har utvecklats väsentligt sedan slutet av 1980-talet. Man kan diskutera vilken skärpa och betydelse sådana institut *bör* ha – och naturligtvis avgörandena i enskilda fall – men det går inte att förneka den utveckling som skett. Både domstolarna och lagrådet är i dag att räkna med på ett annat sätt än för, säg, tjuugo år sedan. Däremot förefaller det mig som om särskilt EG-rättens betydelse har överdrivits ganska kraftigt.

Grundlagen måste alltså beaktas i rättslivet. Jag kan själv vittna om att denna insikt vaknade först flera år efter grundlagsreformen. För egen del kan jag datera insikten mycket precist till hösten 1986, då jag som ledamot i lagrådet hade att föra pennan i ett ärende om en politiskt mycket om-

stridd engångsskatt på förmögenhet.¹⁴ Att grundlagen hade fått ökad betydelse var alla på det klara med men inte med vidden av nyordningen.

Utvecklingen mot ökad effektivitet i rättskontrollen kommer med all sannolikhet att fortgå, men grundlagen själv sätter vissa gränser för möjligheterna. Är grundlagen svag, blir rättskontrollen svag. De svenska debatterna kring uppmärksammade grundlagstvister har visat, att de rättsliga förfarandena tenderar att bli mest en förlängning av de politiska debatterna.¹⁵

Man måste i det här sammanhanget ställa frågan hur stor del av författningen som är eller kan bli föremål för rättskontroll i hävdvunna former. Enligt min bedömning faller författningen till helt övervägande del utanför rättskontrollens rāmärken. Man kan rentav hävda att det bara är marginellt som domstolarna kommer in i bilden. Jag brukar litet provokativt säga, att domstolarna bevakar tio procent av författningen, på väg mot tjugo. Jag anser det önskvärt med en fortsatt utveckling, i första hand till finansmaktens område, men därutöver tror jag inte att man kommer så långt utan att införa en författningsdomstol med kvasipolitiska uppgifter.

Då blir frågan: I vilken utsträckning låter sig *politiker i riksdag och regering* vägledas av författningen? Alltså på egen hand, utan stödet (eller hotet) av domstolskontroll. Kan man påstå att författningen har blivit i egentlig mening normbildande? Enligt min bedömning har man anledning att vara mycket skeptisk i Sverige. Inställningen har knappast ändrats mera djupgående sedan det författningslösa halvseket. Klart är bland annat att den gamla inriktningen på praxis mera än på grundlagstext lever kvar.

Kringgående av grundlag

En företeelse i det moderna svenska författninglivet som förtjänar en egen rubrik är kringgående av grundlag. Det är givetvis fråga om ett nytt inslag i bilden. Under det författningslösa skedet var det ju meningslöst att tala om kringgående, eftersom själva huvudprincipen i författninglivet var att man bortsåg från grundlagen.

Tekniken att kringgå grundlagen har i Sverige numera utvecklats till en skön konst. Ibland har konstverken ratats av kritikerna i lagrådet, men som regel har framgång vunnits. Jag skall ge några särskilt välkända och flagranta exempel från senare år.

Som ett led i budgetsaneringen ville regeringen 1995 överföra ansvaret för den kommunala skatteutjämningen från staten till kommunerna själva.

Det gjordes först så klumpigt att lagrådet avvisade förslaget som grundlagsstridigt, dock med en antydning att saken kunde ordnas med en annan lagstiftningsteknik. Ärendet kom tillbaka oförändrat i sak men med en annan formell utformning av lagförslaget. Detta godtogs då och vid efterföljande lagprövning.¹⁶

Häromåret beslöt riksdagen att en viss bestämd privatägd kärnkraftsreaktor skulle stängas. En lag konstruerades med detta syfte och klarade sig igenom både lagrådsgranskning och lagprövning. Det uppsatta målet nåddes trots långdragen och ingående rättsprövning. Flera konstitutionella principer kringgicks framgångsrikt, bl.a. att lag inte får ingripa i enskilda fall.¹⁷

I våras (2001) upptäckte regeringen att rättsgrunden för att ta ut koncessionsavgift av vårt reklam-TV-bolag hade fallit bort. Lagändring skedde per halvårsskiftet men drygt en kvarts miljard svenska kronor skulle förloras under första halvåret. För att ta igen förlusten konstruerades en övergångsbestämmelse som i praktiken gav dubbel intäkt under andra halvåret, trots grundlagens förbud mot retroaktiv beskattning. Lagrådet betecknade detta som "ett flagrant försök" att kringgå grundlagen men ansåg sig inte kunna underkänna förslaget på den grunden, eftersom det inte stred mot grundlagens ordalydelse. Däremot avstyrktes det av ett annat skäl och genomfördes inte.¹⁸

Jag skulle kunna fortsätta en god stund med liknande exempel på mer eller mindre framgångsrika men fullt officiella försök att kringgå grundlagen. Viktigt att framhålla är två saker. Lagrådets och domstolarnas ställningstaganden har varit juridiskt korrekta; jag har inte kunnat finna grund för att underkänna föreskrifter i flera fall än där det skett. Men just detta visar förstås en väsentlig begränsning av grundlagens normativa kraft.

Jag nämnde förut att jag under det äldre skedet bara kunde peka på två händelser som förtjänade mera allvarlig kritik, eventuellt beteckningen skandaler. De var valreformen 1952 och formuleringen av folkomröstningsfrågorna 1957. I båda fallen var det iögonfallande att lagbesluten omöjligen kunde ha underkänts vid rättskontroll med dagens instrument. Besluten var i och för sig helt korrekta; kritiken var politisk och inte juridisk. Så långt är parallellen med 1990-talets ärenden god.

Det är inte fruktbart att diskutera om någon incident på senare år förtjänar beteckningen skandal, men den har i debatten åsatts bland annat de exempel jag tagit. Ett ännu bättre exempel ger dock enligt min tanke de lagregler om krav på kvalificerad majoritet för vissa kommunala beslut

som införts under de allra senaste åren. Innebörden är i praktiken att ge riksdagsmajoritetens partier vetorätt i de kommuner där riksdagsoppositionens partier vunnit i kommunalvalen.

Principer för grundlagstolkning

Man kan sammanfatta de svenska principerna för grundlagstolkning så, att en restriktiv tolkning tillämpas utom när Europakonventionen eller EG-rätten kommer in i bilden eller det annars gäller grundläggande fri- och rättigheter. Både huvudregeln och undantagen är av stor vikt, och båda är fakta. En granskning av lagråds- och domstolspraxis visar att det inte finns minsta tendens till extensiv grundlagstolkning utanför undantagsområdet. Tvärtom kan man tala om en ibland nästan överdrivet formell och försiktig tolkning. Belysande är det nyssnämnda lagrådsuttalandet att ett flagrant försök att kringgå förbudet mot retroaktiv skattelag inte kunde underkännas, eftersom grundlagens ordalag hade iakttagits. Å andra sidan kan man inte heller se någon restriktivitet eller formalism vid tillämpningen av Europakonventionen.

Den restriktiva grundlagstolkningen har, som jag redan antytt, stundom kritiserats som undfallenhet gentemot de politiska instanserna etc. Utifrån vanligt juridiskt synsätt har den dock goda skäl för sig. Vad man saknar – och detta gäller inte bara grundlagsområdet – är att allmänna rättsprinciper ännu inte har fått någon riktig plats i svensk juridisk teknik, framför allt inte vad gäller domsskrivning. I detta avseende bör man kunna hoppas på att det europarättsliga inflytandet skall leda till en viss ändring. Samtidigt är det förstås viktigt att se upp med de risker som följer. Våra hittillsvarande grundlagstvister har visat en klar tendens att sätta likhetstecken mellan allmänna rättsprinciper och riksdagsminoritetens politiska uppfattning.

Grundlagens potential

Avslutningsvis vill jag säga några ord om vad man kan kalla grundlagens potential. Den konstitutionella diskussion vi haft i Sverige har helt koncentrerats på grundlagens brister. Dessa är otvivelaktiga, men man bör inte bortse från att grundlagen också inrymmer möjligheter. Om den politiska viljan finns, kan man inte bara krångla sig ifrån grundlagens stadganden med listiga tekniska konstruktioner, man kan också driva utvecklingen

framåt inom grundlagens ram genom konstitutionell praxis.

Det enda mera iögonenfallande exempel jag känner på en sådan praxis-utveckling är vitaliseringen av konstitutionsutskottets granskning av, som det heter, statsrådets tjänsteutövning och regeringsärendenas handläggning. Även om kritik mot ”politisering” av granskningen både förekommer och är i någon mån befogad, måste man konstatera att utskottet har uppnått en effektivitet som med häpnad slår den som i likhet med mig har erfarenhet av hur systemet fungerade i tvåkammarriksdagen. Man får leva med situationen att riksdagen faktiskt sysslar med politik, och dra slutsatser av detta. Slående är att det alltid är den sittande regeringen, oberoende av politisk färg, som främst kritiserar granskningens politisering.

Det är inte svårt att peka på möjligheter som grundlagen ger. Riksdagen kunde till exempel slå vakt om sin lagstiftningsmakt genom att reagera mot åtminstone de slappaste uttrycken för intetsägande ramlagstiftning, som i praktiken innebär att lagstiftningsmakt i strid med grundlagens intentioner flyttas från riksdagen till statsmyndigheterna via regeringen. Ett önskemål om återhållsamhet med ramlagstiftning uttalades för övrigt av riksdagen 1987 på förslag av konstitutionsutskottet, men det blev aldrig beaktat i lagstiftningsarbetet, inte heller av riksdagen själv.

På finansmaktens område ser man en parallell till ramlagarna i de så kallade finansbemyndiganden som riksdagen årligen ger till mångmiljardbelopp. En översikt som gavs av riksdagens revisorer 2000 upptog bland annat bortåt åttio miljarder kronor till försvaret, bortåt fyrtio miljarder till internationellt bistånd och betydligt över tjugo miljarder till arbetsmarknad och arbetsliv.¹⁹ I ett läge där den statliga revisionens självständighet förbättras kunde man tänka sig, att också riksdagens budgetprövande utskott skulle sträva efter en mera ingående och självständig prövning. De skulle kunna väsentligt bättre utnyttja de möjligheter grundlagen faktiskt ger dem i form av initiativrätt, utredningsbefogenheter m.m.

Det är viktigt att diskussionen om författningens normativa betydelse inte blir alltför ensidig, så som ibland blir fallet i Sverige. Det är inte bara fråga om att begränsa de politiska organens möjligheter att agera utan också om att befordra en sund utveckling inom de konstitutionella ramar som ges. Det är till samhällets och medborgarnas bästa om till exempel riksdagen hävdar sin ställning och bättre sätter sig in i vad de lagar och anslagsbeslut den antar verkligen innebär.

Min framställning mynnar alltså ut i konklusionen att Sverige visserligen har fått en ny grundlag men kanske inte en ny författning. Särskilt har man anledning att vara skeptisk om man ser skillnaden mellan de två begreppen i att författningen bör ha en särskild normerande kraft. I svenskt författning-liv gör sig ännu idag flera faktorer gällande från vad jag har kallat det författningslösa halvsekle.

Själva det konstitutionella tänkandet har knappast förändrats mera djupgående, särskilt inte i de politiska kretsarna. Men vilken bedömning man än gör står det naturligtvis klart, att en grundläggande förändring av den konstitutionella situationen har skett. Det är dock viktigt att ha för ögonen, att författning-livet aldrig står stilla och att flera av förändringarna under senare år har ägt rum oberoende av grundlagen.

Fotnoter

- 1 Föredraget utgår från min bok *Författning i utveckling* (Rättsfonden 1998), titeluppsatsen på s. 9–38.
- 2 Min beskrivning är, som jag framhållit i min bok (s. 14), i stort sett allmängods. Märk citaten (s. 12 och 14) av Gunnar Heckscher och Nils Herlitz, välkända professorer i statsvetenskap resp. statsrätt och mångåriga riksdagsmän: "Själva föreställningen att konung, regering och riksdag hämta alla makt ur regeringsformen" var främmande (Herlitz), det uppfattades "som närmast löjligt att anföra grundlagens ordalydelse eller andemening som argument" (Heckscher) osv. Däremot var det naturligtvis möjligt att ställa samman en bild av ett faktiskt existerande normsystem som kunde kallas Sveriges författning. En god överblick över det konstitutionella rättsläget under perioden ger bl.a. det samlingsverk som gavs ut på 1930-talet till riksdagens femhundraårsjubileum och de läroböcker som publicerades av professor Robert Malmgren i Lund.
- 3 Jag vill här nämna att ett viktigt intryck av seminariet var att jag inte har bedömt den konstitutionella situationen i Norge aldeles korrekt. Jag förefaller ha överskattat skillnaden gentemot "det författningslösa halvseklet" i Sverige. Vid redigeringen har jag stannat för att låta texten svara ungefär mot min muntliga framställning. Att en skillnad föreligger mellan Norge idag och Sverige 1922–1974 är jag övertygad om, på bl.a. de grunder som framgår av texten, men en närmare jämförelse och ett mera säkert omdöme har jag inte underlag för.
- 4 Se t.ex. Ivar Öman: *Karl Staaffs första ministär* (1923) och Olle Nyman: *Högern och kungamakten 1911–1914* (1957).
- 5 Parlamentarismen anses i Sverige ha fått sitt slutliga genomslag när kungen 1917, efter att ha misslyckats med en annan regeringsbildning, uppdrog åt Nils Edén att bilda en vänsterregering och samtidigt gjorde medgivanden att inte upprepa de ställningstaganden som hade framdrivit regeringskriser 1906 och 1914. Författningsfrågan löstes i slutet av 1918 och expedierades formellt under de följande tre åren. Se min bok *Parlamentarismen i författningen* (1999). Klassiska källor är Gunnar Gerdner: *Det svenska regeringsproblemet 1917–1920* (1947) och *Den svenska parlamentarismens kris vid 1920-talets början* (1954).
- 6 De citerade orden återfanns i 4 § resp. 72 § i 1809 års regeringsform.
- 7 Frågan togs först upp av den parlamentariska förvaltningsutredningen i betänkandet (SOU 1983:39) *Politisk styrning – administrativ självständighet* och senast i förvaltningspolitiska kommissionens slutbetänkande (SOU 1997:57) *I medborgarnas tjänst*.
- 8 Det kommunala sambandet lanserades av socialdemokraterna, främst statsminister Tage Erlander, som menade att det nära sambandet och växelspelet mellan stat och kommun måste i ett enkammersystem komma till uttryck genom ett valtekniskt samband mellan riksdags- och kommunalvalen. Ett sådant samband förelåg i tvåkammarriksdagen genom att första kammaren valdes av vissa kommunala församlingar. Den ordningen (liksom valsystemet) gynnade socialdemokraterna. Oppositionen motsatte sig ett valtekniskt samband och krävde fristående kommunalval. Lösningen blev att riksdags- och kommunalvalen förlades till samma valdag.
- 9 Mot bakgrunden av den konflikt om finansieringen av den kommunala skatteutjämningen, som jag berör nedan, tillsattes 1995 en parlamentarisk kommitté för att överväga frågor om den kommunala självstyrelsen och grundlagen. Den lade fram ett förslag (SOU 1996:129) till ett helt nytt kapitel i regeringsformen, men det har inte lett till någon lagstiftningsåtgärd.
- 10 De väsentliga förarbetena till regeringsformen är först författningsutredningens betänkanden SOU 1963:16–19, sedan för den partiella reformen grundlagsberedningens betänkande SOU 1967:26, prop. 1968:26 och konstitutionsutskottets bet. KU 1968:20 samt för den totala reformen SOU 1972:15, prop. 1973:90 och KU 1973:30.
- 11 Se närmare t.ex. min översikt i *Svensk Juristtidning* 1974 s. 597–622.

- 12 Lagprövningsrätten ansågs erkänd i princip vid tiden för den nya regeringsformens genomförande, men regeringen ville då inte sträcka sig längre än till ett uttalande i motivtexten (propositionen). En grundlagsbestämmelse (11:14) tillkom först 1979 som ett led i den andra reformen beträffande grundlagsfästade av fri- och rättigheter. Den kom då att uppta den ännu gällande, mycket diskuterade begränsningen, att en lag eller en regeringsförordning endast får åsidosättas om den "uppenbart" strider mot grundlag. För egen del gör jag bedömningen att begränsningens praktiska betydelse har överdrivits väsentligt, men att rättsutvecklingen hade gått enklare om lagprövningsrätten fått förbli oreglerad i grundlag. Jfr minimiprincipen nedan.
- 13 Se t.ex. *Makt utan motvikt* (1999) och *Den konstitutionella revolutionen* (2001) av det privata Cityuniversitetet i Stockholm, numera tyvärr nedlagt.
- 14 Se min uppsats *Lagrådet och engångsskatten* i *Rättsfondens antologi Våra rättigheter III* (1987).
- 15 Som dessa debatter visar är min här redovisade bedömning inte vedertagen. Jag har utvecklat min syn bl.a. i *Juridik och politik. Grundlagen inför 2000-talet* (IUSTUS 1999) s. 83–93.
- 16 Se prop. 1994/95:150 och 1995/96:64 samt finansutskottets bet. 1994/95:19 och 1995/96:5. Regeringsrättens Årsbok 2000 ref 19.
- 17 Regeringsrättens Årsbok 1999 ref 76. Se mina artiklar i *Juridisk Tidskrift* 1999–2000 s. 658–675 och 2000–2001 s. 220–223.
- 18 Se prop. 2000/01:132, KU 2000/01:26.
- 19 Rapport 1999/2000:8 av riksdagens revisorer.

Jens Peter Christensen

Norm og praksis under grundloven som aldrig ændres

Titlen på dette bidrag er delvis misvisende. Den danske grundlov er trods alt blevet ændret nogen gange, siden den kom til verden i 1849. De væsentligste ændringer fandt sted i 1866, i 1915 og senest i 1953.¹

Det er imidlertid det rigtige i titlen, at den danske grundlov i sin nuværende udformning snart har bestået uændret i et halvt århundrede. Set i lyset af de væsentlige samfundsmæssige ændringer, der har fundet sted i den periode, er det ganske længe.

Der er også det rigtige i titlen, at meget væsentlige dele af den nuværende danske grundlov er stort set uforandret siden 1849. Størstedelen af bestemmelserne svarer i vidt omfang både indholdsmæssigt og sprogligt til bestemmelserne i den grundlov, der kom til verden for nu mere end 150 år siden.

Endelig er der det rigtige i titlen, at den danske grundlov er meget vanskelig at ændre. Først skal grundlovsforslaget vedtages uforandret to gange i Folketinget med mellemkommende folketingsvalg. Derefter skal det vedtagne forslag sendes til folkeafstemning, hvor et flertal af vælgerne og mindst 40 procent af alle stemmeberettigede skal stemme for forslaget. Erfaringen viser at det kan være svært at mobilisere tilstrækkeligt mange vælgere til en sådan afstemning.

Kravet om en bekræftende folkeafstemning blev indført ved grundlovsændringen i 1915, vist nok navnlig som følge af det parlamentariske sejrherreparti Venstres ønske om at vanskeliggøre fremtidige grundlovsændringer. Før 1915 krævedes blot to vedtagelser af Rigsdagen med mellemkommende rigsdagsvalg. 1915-grundloven bestemte, at mindst 45 pct. af samtlige stemmeberettigede vælgere skulle stemme for et forslag til grundlovsændring, for at det kunne stadfæstes. 1953-grundlovsforslaget overlevede kun med nød og næppe dette krav. Selv om grundlovsforslaget, som noget folkeligt meget populært, gennemførte kvindeligt arvefølge, formåede forslaget kun at samle 45,76 pct. af de stemmeberettigede 2.585.800 vælgere bag sig, svarende til 1.183.292 ja-stemmer. Imod stemte ca. 320.000 vælgere. Var blot ca. 19.000 af de ja-stemmende vælgere blevet hjemme på

sofaen, ville forslaget have været forkastet. Grundlovsændringen i 1953 inddelar, at grænsen på 45 pct. blev sænket til en grænse på 40 pct. af samtlige vælgere.

Ikke alene har ændringer været sjældne, når vi kigger i bakspejlet. En ændring må også antages at have ganske lange og usikre udsigter, når man kigger fremad.

For tiden har det danske Folketing med Folketingets formand i spidsen sat 10 millioner kroner af til at stimulere den folkelige debat om grundloven. Der er til det formål nedsat en ”styregruppe” med ikke mindre end 60 personer, der repræsenterer snart sagt alle dele af det danske samfund. De 10 millioner kroner skal blandt andet bruges til at støtte informations- og debataktiviteter med grundloven i fokus. Initiativets officielle formål er, ”at give Folketingets politikere et grundlag for at vurdere, om befolkningen støtter en ajourføring og modernisering af grundloven”. Sigtet er, at man i 2003, når den nuværende grundlov fylder 50 år, vil forsøge at få en afklaring af, om der bør nedsættes en grundlovs-kommission med henblik på at indlede en grundlovsreform.

– Eller om man skal lade være.

Mange tror, det sidste bliver resultatet.²

Under alle omstændigheder synes befolkningens opbakning om grundloven at være meget stor, om end det konkrete kendskab til loven er ringe. Opinionsundersøgelser foretaget i 1998 og 1999 viser således, at mere end to tredjedele af den danske befolkning over 15 år aldrig har læst i grundloven. Alligevel(?) er befolkningens tillid til grundloven overordentlig stor: 77 procent af den voksne befolkning mener således, at ”Grundloven sikrer demokratiet i Danmark”, 61 procent erklærer sig uenig i, at ”Grundloven er mere af symbolsk end egentlig praktisk værdi”, og 50 procent erklærer sig enig i, at ”Grundloven betyder noget for mig personligt”.

Myten om grundlovens omfortolkning

I den debat, der foregik i forbindelse med den danske grundlovs 150 års jubilæum i 1999, hørte man ofte det synspunkt bragt til torvs, at når vi i Danmark har kunnet klare os uden grundlovsændring, trods den hastige samfundsudvikling, skulle det skyldes navnlig to forhold:

1. For det første at grundloven til stadighed og i væsentligt omfang er blevet omfortolket og omtydet, således at det, der i dag står i den, ”i virkeligheden” betyder noget helt andet, end hvad der står.
2. For det andet at grundloven i meget vidt omfang er blevet gennembrudt af politisk praksis og sædvaner i strid med grundloven. Gældende forfatningsret skulle således i vidt omfang være noget andet og anderledes, end hvad grundloven udtrykker.

Tesen om forholdet mellem norm og praksis

Der kan findes eksempler på begge de nævnte forhold – at grundloven er blevet omfortolket, og at grundloven er blevet gennembrudt af politisk praksis og sædvaner.

Kongens rolle i statsstyret er et eksempel på det første: At grundloven er blevet omfortolket. I hvert fald når det gælder det stort set upraktiske spørgsmål – også i et historisk perspektiv – om Kongens vetoret, har en sådan omfortolkning fundet sted. Men i øvrigt har spørgsmålet om Kongens rolle ikke vedrørt den juridiske fortolkning af grundlovens bestemmelser, men det rent faktiske spørgsmål om Kongens selvstændige indflydelse i forfatningslivet.

Mens det i de nyeste forfatningsretlige fremstillinger er antaget, at Kongen ikke har nogen selvstændig vetoret i forbindelse med stadfæstelse af lovforslag m.v. (Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret 1*, 3. udgave, Christian Ejlers Forlag, København, 2001, side 301, og Peter Germer, *Statsforfatningsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, side 72, note 46), var det i den ældre litteratur antaget, at der bestod en sådan vetoret. I sin afhandling ”Regering og rigsdag 1849–1866” i *Historie, Jyske Samlinger*, Ny Række, 16. bind, side 206–233, 1986, fremhæver Poul Meyer, at flertallet i Den Grundlovgivende Rigsforsamling i 1848–49 gik ud fra, at ”magtfordelingslæren skulle forstås absolut i den forstand, at kongen havde ret til at nedlægge veto over for rigsdagens love” (side 209 f.). Samtidig påpeger Poul Meyer imidlertid, at grundlovens konstitutionelle princip betød, ”at kongen ikke længere havde anden politisk magt end den, han var i stand til at udøve ved at overtale ministrene til at følge hans synspunkter. Det betød naturligvis ikke, at kongen var afskåret fra at fremsætte sine synspunkter, når disse afveg fra ministrenes. Der findes imidlertid ikke noget eksempel på en egentlig konstitutionel konflikt i anledning af stadfæstelsesspørgsmål. Derimod findes der eksempler på, at ministrene bøjer sig for kongens ønsker, dog kun i underordnede spørgsmål” (side 212 f.). Efter at have nævnt en række eksempler på uenigheder og opræk hertil konkluderer Poul Meyer, at ”Det har altså fra første færd været forfatningspraksis, at den lovgivende magt er hos regeringen og rigsdagen i forening, og den udøvende

magt hos regeringen” (side 214). Se i øvrigt om den ældre statsretlige litteraturs opfattelse af spørgsmålet om Kongens kompetence: Jens Peter Christensen, *Forfatningsretten og det levende liv*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1990, side 29 ff., side 44 ff. og side 60 ff.

Et eksempel på det andet – at grundloven er blevet gennembrudt af en politisk praksis, der i dag må anerkendes som en retssædvane på grundlovstrin – er Folketingets Finansudvalgs kompetence til at give ministre bevilling til at afholde udgifter, uden at grundlovens krav i § 46, stk. 2, om forudgående hjemmel på finansloven er opfyldt.

Den bedste koncentrerede redegørelse for de bevillingshistoriske forhold finder man i professor, dr.jur. Max Sørensen responsum af 20. april 1963, optrykt i *Folketingstidende 1962-63*, Tillæg B, sp. 1021-1066. Sammenfattende konkluderer Max Sørensen om tiden op til 1914, at der havde ”udviklet sig den forfatningsretlige sædvane, at en minister var berettiget til uden bevillingsmæssig hjemmel, men i forventning om senere tillægsbevilling, at afholde påtrængende og uforudsete udgifter, som var et rimeligt og naturligt led i forsvarlig statsforvaltning” (sp. 1039).

Vedrørende brugen af finansudvalgsaktstykker som selvstændig bevillingsmæssig hjemmel, fremgår det af Max Sørensens responsum, at man slog ind på den vej under første verdenskrig, dels fordi omstændighederne gjorde det nødvendigt at handle med kort varsel, dels fordi Rigsdagen var samlet det meste af året, så Finansudvalgene kunne fungere nogenlunde kontinuerligt. Ministrene kunne så sikre sig forudgående rygdækning til udgifters afholdelse på forventet efterbevilling.

At praksis således er blevet til en forfatningsretlig sædvane på grundlovstrin, er man nødt til at anerkende, med mindre man da som forfatningsjurist vil hævde, at det, der nu gennem snart 100 år er foregået omtrent hver uge på Finansudvalgets møder, er forfatningsstridigt.

Kongens mulighed for at tiltræde regeringens lovforslag og andre beslutninger uden for Statsråd, således at stadfæstelsen siden bekræftes i Statsråd – den såkaldte korroborationspraksis – er et andet eksempel på en retssædvanedannelse i strid med grundloven.³

Min ”tese” er imidlertid, at sådanne eksempler er få, og at det egentligt interessante og karakteristiske er, at den danske grundlov er udformet på en sådan måde og til stadighed er blevet fortolket på en sådan måde, at det levende forfatningsliv har haft meget frie muligheder for at udvikle sig i overensstemmelse med det politiske livs kræfter og omstændighedernes skiftende krav.

Grundloven har i udpræget grad, når vi taler om grundlovens regler om

de øverste statsorganers konstitution, kompetence og samspil – det område, som denne artikel er koncentreret om – dannet en yderste ramme, inden for hvilken det levende forfatningsliv har kunnet udfolde sig nogenlunde frit. Det vil sige:

- Uden at der har været forfatningsretligt behov for vældigt kreative omfortolkninger og omtydninger
- Og uden at der har været forfatningsretligt behov for retssædvanemæssige konstruktioner for at kunne give en modsigelsesfri juridisk fremstilling af det forfatningsretlige system.

Norm og praksis har for så vidt kunnet leve nogenlunde konfliktfrit med hinanden.

Jeg vil i det følgende illustrere min tese med nogle centrale eksempler fra dansk forfatningspraksis. Såvel nutidige som historiske.

Eksemplerne vil alle vedrøre reglerne om forholdet mellem de to politiske statsorganer – regering og Folketing – således som afgrænsningen af nærværende artikel, jf. ovenfor, mest nærliggende lægger op til.

Eksemplerne kunne imidlertid også have været valgt vedrørende reglerne om forholdet mellem regering og domstole eller forholdet mellem Folketing/lovgivningsmagt og domstole. Disse problemstillinger har dog delvis en lidt anden karakter. Hvad angår grundlovens regler om de personlige og politiske frihedsrettigheder, har disse i deres kerne været uforandrede siden 1849, og domstolenes fortolkning har indtil nu ikke været præget af nogen særskilt kreativ eller dynamisk tendens.

Forholdet mellem norm og praksis: Nogle centrale eksempler

De grundlæggende forfatningsretlige regler om forholdet mellem regering og Folketing er i den danske grundlov ganske enkle.

På den ene side kan Folketinget i kraft af grundlovens parlamentarismeregel i § 15, stk. 2, til enhver tid skaffe sig af med en regering, man ikke ønsker skal blive siddende. Folketinget kan i så fald vedtage et mistillidsvotum, hvorefter regeringen skal begære sin afsked eller udskrive nyvalg. Hvis regeringen vælger det sidste, indbringes sagen så at sige for vælgerne.

På den anden side kan regeringen som en art modvægt, i kraft af opløs-

ningsretten i grundlovens § 32, stk. 2, til enhver tid skaffe sig af med Folketinget ved at udskrive nyvalg.

Mens de grundlovmæssige regler således er ganske enkle, har den parlamentariske praksis, der har udfoldet sig inden for disse reglers ramme, været overordentlig kompleks.

Det gælder for det første med hensyn til, hvad en (mindretals)regering vil finde sig i fra et folketingsflertals side i henseende til at få forkastet sine forslag.

Og det gælder for det andet med hensyn til spørgsmålet om regeringsdannelse.

Der skal i det følgende ses nærmere på begge eksempler.

"Omvendt parlamentarisme" og "alternative flertal"

Hvad angår det første, hvad en (mindretals)regering vil finde sig i fra et folketingsflertals side i henseende til at få forkastet sine forslag, kunne parlamentarisk praksis endnu i en lærebog i statskundskab, der udkom i 1982, beskrives således, at en regering i Danmark ikke ville acceptere et afstemningsnederlag i et væsentligt spørgsmål: "Man kan derfor sige", hed det i bogen, "at enhver afstemning i Danmark er en tillidsafstemning".⁴

Tryksværten i bogen var imidlertid knap nok blevet tør, før denne parlamentariske praksis blev radikalt ændret. Under den borgerlige regering, ledet af den konservative statsminister Poul Schlüter, der tiltrådte i september 1982, fik vi den "omvendte parlamentarisme" med "alternative flertal".

I en lang række spørgsmål, først og fremmest vedrørende sikkerhedspolitikken, blev regeringen stemt ned, uden at den af den grund opgav taburetterne.⁵ Også i en række andre sager om energi-, miljø-, kultur- og retspolitiske anliggender led regeringen nederlag.

Gør man det op statistisk, tabte regeringen i 10-årsperioden 1982–1992 mere end 100 afstemninger i Folketinget. I 6-årsperioden 1982–88 tabte regeringen hver tolvte endelige afstemning i Folketinget.⁶

Når man med nogen ret kan kalde dette fænomen for "den omvendte parlamentarisme", beror det på, at man kan sige, at regeringen på den måde i en række spørgsmål nærmest fik rollen som opposition, mens oppositionen fik rollen som regering.

Og hertil kommer, at det danske centrumparti, Det Radikale Venstre, fik rollen som både regering og opposition på en og samme tid. I perioden

1985–1986 var Det Radikale Venstre således med i flere flertal end regeringen selv!⁷

I den danske debat om denne ”omvendte parlamentarisme” lød der mange advarende røster om, at regeringen – når den fandt sig i at blive nedstemt – misbrugte og forbrød sig mod grundloven. Synspunktet blev gjort gældende fra begge sider af det politiske spektrum. Fra højre side af dem, der helst så, at den borgerlige regering viste mere mandsmod og satte hårdt mod hårdt. Fra venstre side af dem, der helst så, at den borgerlige regering forlod taburetterne.

Mange af debattørerne gjorde sig på denne måde store anstrengelser for at forplumre debatten ved at føre egne politiske kæpheste frem under dække af påstande om grundlovsbrud og forfatningskrise.

Det blev påstandene imidlertid ikke mere rigtige af. Den danske grundlovs regler om samspillet mellem regering og Folketing var – og er – som nævnt ganske enkle og ligetil og giver et godt grundlag for at sondre klart mellem, hvad der er jura, og hvad der er politik.

Det forfatningsjuridiske er klart: En regering kan blive siddende, så længe et flertal i Folketinget ikke utvetydigt vedtager, at den skal gå af. Vil en regering derfor finde sig i at administrere oppositionens politik – sådan som Poul Schlüters regeringer gjorde det i en lang periode med den begrundelse, at regeringen først og fremmest betragtede sig som en regering for økonomisk genopretning – kan den gøre det.

Den kan også lade være. Sætte hårdt mod hårdt. Nægte at følge de folketingsbeslutninger, den påtvinges af oppositionen. Nægte at stadfæste de lovforslag, et flertal i Folketinget har vedtaget. Men regeringen løber så den risiko, at der mobiliseres et flertal imod den i Folketinget, som vælter den med et mistillidsvotum.

Som nu afdøde professor Bent Christensen har sagt, har den danske grundlov ikke noget retligt svar på alt mellem himmel og jord.⁸ Når det gælder de grundlæggende regler for forholdet mellem regering og Folketing, regulerer den danske grundlov kun de yderste rammer for den politiske proces. Ikke de detaljerede spilleregler for processen.

Det gav plads for en – måske noget særegen – parlamentarisk praksis i en periode i 1980'erne. Men det var en praksis, der tjente det formål, at regeringens og folketingsflertallets ønske om økonomisk genopretning kunne realiseres. Samtidig kunne et andet folketingsflertals ønsker på blandt andet det sikkerhedspolitiske, det miljøpolitiske og det retspolitiske område blive til praktisk politik.

Som nævnt hindrede den forfatningsjuridiske klarhed imidlertid ikke, at mere eller mindre juridisk prægede forfatningsmæssige synspunkter blev inddraget i debatten om den parlamentariske praksis.

Efter min vurdering karakteriserede Folketingets daværende formand, statskundskabsprofessoren H.P. Clausen, denne tendens meget rammende, da han i 1992 vedrørende debatten om den ”omvendte parlamentarisme” og de ”alternative flertal” udtalte, at det er karakteristisk, at ”politikerne griber til juraen og principperne, når de ikke politisk kan komme igennem med deres synspunkter”.⁹

Norm og praksis for regeringsdannelse.

Også med hensyn til spørgsmålet om regeringsdannelse er de grundlovs-mæssige regler få og enkle, mens den parlamentariske praksis, der har udfoldet sig inden for disse reglers ramme, har været meget kompleks og under stadig udvikling.

Selve regeringsdannelsen er kun direkte omtalt ét sted i den danske grundlov, nemlig i § 14. Her hedder det i 1. og 2. punktum, at ”Kongen udnævner og afskediger statsministeren og de øvrige ministre. Han bestemmer deres antal og forretningernes fordeling imellem dem”. Hvilken fremgangsmåde, der i øvrigt skal følges, når en regering skal dannes, siger grundloven intet om.

Hvad angår den praktiske fremgangsmåde, når en regering skal dannes, har der gennem parlamentarismens 100 år groft sagt været 3 metoder:¹⁰

1. I årene umiddelbart efter Systemskiftet i 1901 rådførte Kongen sig med den siddende statsminister, om hvem der skulle udnævnes som ny statsminister.
2. Ret hurtigt – og mere fast fra 1926 – kom man ind på, at kongen rådførte sig med partilederne. (Og parlamentarisk interessant nok både med Folketingets og Landstingets ledere).
3. Og endelig kom man i forbindelse med de meget komplicerede regeringsforhandlinger i 1957 ind på at udpege en ”forhandlingsleder” (eller ”kg. undersøger”, som det senere blev kaldt), der fik et særskilt mandat om, hvilke regeringsmuligheder han skulle undersøge. Det var i 1957 en opfindelse til lejligheden på grund af de meget vanskelige parlamentariske forhold efter valget i maj det år.

Regeringsforhandlingerne i 1957 var da også i det hele et festfyrværkeri af taktik. En af de mere mindeværdige begivenheder var, da lederen af centrumpartiet Det Radikale Venstre (Bertel Dahlgaard) på pladsen foran kongens residens Amalienborg, efter at have været hos Kongen for at afgive sit råd om den forestående regeringsdannelse, udtalte de sidenhen så berømte ord om, at han hellere ville ”dø en naturlig død” end sidde i regering med partiet Retsforbundet. Hvorefter han få dage senere gik i regering med samme parti.

En særlig nydannelse fandt sted i 1975, da Folketingets formand, den radikale Karl Skytte, blev forhandlingsleder. Det var, skriver den danske samtidshistoriker Tage Kaarsted, alene et led i taktikken fra socialdemokraters og radikales side for at undgå Venstremanden Poul Hartling som statsminister.¹¹ Folketingets formand kom da heller ingen vegne med forhandlingerne.

Modellen med Folketingets formand blev genopfundet i maj 1988 efter Nato-ubåds-valget, nu med den socialdemokratiske folketingsformand Svend Jacobsen som aktør.¹² Igen var det et led i et politisk-taktisk spil, hvor der først og fremmest blev vundet tid. Navnlig vandt Det Radikale Venstre tid, idet det var vanskeligt for partiet uden videre at pege på den siddende statsminister Poul Schlüter, da partiet selv havde været med til at foranledige valget.

Nogen stor succes var valget af folketingets formand som forhandlingsleder heller ikke denne gang. De borgerlige boykottede nærmest forhandlingerne ved at sende folk fra ”andet geled” til forhandlingerne, mens partiets topfolk vistnok tog på skovtur i Kongens Have. Der var, som Poul Schlüter skriver i sine erindringer, tale om flere uger med ”ejendommelige politiske fægtninger”.¹³ Udgangen blev, at Poul Schlüter fortsatte som statsminister, men nu sammen med det radikale parti, der havde været med til at foranledige regeringens fald. Resultatet blev en treparti-regering bestående af Det Konservative Folkeparti, Venstre og Det Radikale Venstre.

Ser man på regeringsdannelserne gennem navnlig de sidste 50 år som helhed, må man sige, at forløbene ofte har været præget af store mængder politisk taktik og taskenspillerkunst, og – som Tage Kaarsted skriver – ”underfundighed og uoprigtighed”. Men, som han også skriver: ”det står værre til i andre lande”.¹⁴

Lige så komplicerede og mangfoldige de praktiske regeringsdannelsesforløb har været, lige så enkle og letforståelige er til gengæld de forfat-

ningsretlige regler. Formentlig må man sige, at de indskrænker sig til følgende tre:¹⁵

1. Regeringsdannelsens indledende faser med dronningerunde, råd til majestæten og udpegning af forhandlingsleder falder ind under den sidende statsministers kompetence og foregår på hans ansvar.
2. Udnævnelse af en ny regering og afskedigelse af den gamle sker på den tiltrædende statsministers ansvar.
3. Det er grundlovsstridigt at udnævne en regering, om hvilken det vides, at den vil blive mødt med et mistillidsvotum; alle oplysninger, der fremkommer inden udnævnelsen, skal tages i betragtning. Der er her tale om den såkaldte ”refleksvirkning” af grundlovens § 15, stk. 2, der bestemmer, at regeringen skal gå af eller udskrive valg, hvis et flertal i Folketinget udtrykker mistillid til den.

Inden for rammerne af disse enkle regler har nye parlamentariske fremgangsmåder som nævnt set dagens lys, ikke mindst som følge af det stærkt opsplittede partisystem. Det har dermed været muligt på en fleksibel måde at løse de problemer, der er dukket op.

Hvad der ligger uden for de nævnte forfatningsretlige regler er ikke jura, men politik. Men som allerede påpeget for mere end 30 år siden af den ene af dansk statskundskabs to founding fathers, juristen Poul Meyer, hindrer det selvfølgelig ikke, at man i den politiske kamp ofte vellystent tumler sig i postulater om eksistensen af alle mulige regler for derved at give politiske krav en vis (falsk) autoritet.¹⁶

Politikerne har imidlertid ikke været alene i så henseende. Professor Henrik Zahle har i sin lærebog i forfatningsret slået til lyd for eksistensen af forfatningsretlige normer, der rækker videre end refleksvirkningen af grundlovens § 15, stk. 2.

Udgangspunktet for Henrik Zahles udledning af disse normer er, som han skriver, ”en vurdering af i hvilket omfang regeringen kan forventes at kunne virke som en funktionsdygtig leder af Folketingets arbejde”. – En art arbejdsdygtighedskriterium.¹⁷

Efter min opfattelse er der ikke noget forfatningsretligt belæg for de normer, Henrik Zahle på dette friretlige grundlag hævder skulle gælde for regeringsdannelsen. De normer, der hævdes, lader sig ikke – selv under opbydelse af betydelig kreativitet – udlede af grundlovens bestemmelser eller andre skrevne retskilder. Og de er heller ikke i overensstemmelse med parlamentarisk praksis.¹⁸

Parlamentarismen i dansk forfatningspraksis

Krumtappen i de forfatningsretlige regler om forholdet mellem regering og Folketing er det parlamentariske princip, hvorefter statsministeren skal begære regeringens afgang eller udskrive nyvalg, såfremt Folketinget udtaler sin mistillid til ham.

Med tanke på forholdet mellem norm og praksis er det interessant, at denne krumtap – der i dag er forankret i selve grundloven som § 15, stk. 2 – oprindeligt blev til som en blot og bar politisk-parlamentarisk praksis, blandt flere mulige, inden for den daværende grundlovs rammer.

Parlamentarismen brød i Danmark igennem i 1901. Grundloven var dengang den ”Gennemsete Grundlov af 28. juli 1866”. Der stod i denne grundlovs § 13, 1. pkt., at ”Kongen udnævner og afskediger sine Ministre”. Det står der stadig i den nugældende grundlov fra 1953. Kun er der sket den ændring, at bestemmelsen nu står, ikke i § 13, 1. pkt., men i § 14, 1. pkt., og ordene ”sine ministre” er erstattet af ordene ”statsministeren og de øvrige ministre”.

I 1866-grundloven var der imidlertid ikke nogen bestemmelse om parlamentarisme, sådan som der er i 1953-grundloven.

Igennem cirka 30 år – fra omkring 1870 til 1901 – udspillede der sig en indædt forfatningskamp, hvor det fremvoksende Venstre, der i 1872 fik absolut flertal i det ene af Rigsdagens to Ting – Folketinget – krævede, at få andel i regeringsmagten.¹⁹

Kongen fortsatte imidlertid uanfægtet af Venstrefolkenes krav med at udnævne regeringer på grundlag af Højreflertallet i Rigsdagens andet kammer: Landstinget, der var fremgået af valg, hvor de økonomisk bedst stillede havde størst stemmewægt. Den såkaldt privilegerede valgret.

Forfatningskampen blev – som politisk kamp – i høj grad ført på juridiske argumenter. Folketingsformand H.P. Clausens ovenfor citerede ord om at ”politikkerne griber til juraen og principperne, når de ikke politisk kan komme igennem med deres synspunkter”, passer som hånd i handske på denne periode af dansk forfatningshistorie.

Forfatningskampen vidner dermed også om sandheden af Frede Castbergs ord om, at nødvendigheden af at føre den politiske kamp inden for forfatningens ramme skaber tendens i det politiske liv til at fortolke forfatningen på en måde, så resultatet harmonerer med det politiske mål, man har sat sig. Netop fordi forfatningen danner ramme om og sætter skranker for den politiske kamp, bliver de statsretlige argumenter ofte våben i denne kamp.²⁰

Den forfatningsretlige teori kommer på den måde, som Frede Castberg skrev, let til at gøre ”hjelpetjeneste i døgnets politiske stridigheder”.²¹

Det fremvoksende Venstre gjorde stædigt gældende, at partiets krav om parlamentarisme havde støtte i grundlovens bevillingsretlige regler. Partiet Højre, og med dem det meste af det juridiske establishment, herunder landets dengang eneste statsretsprofessor, Henning Matzen – der tilfældigvis også var fremtrædende Højremand på Rigsdagen – gjorde modsat (og efter min vurdering med rette) gældende, at det var ren og skær frihåndstegning at ville udlede et bindende forfatningsretligt princip om parlamentarisme af den daværende grundlov.

Udgangen på forfatningskampen blev – ganske som i Norge – at Venstre sejrede. Men ikke som i Norge ved en (ihvertfald i princippet) juridisk afgørelse i Rigsretten. Det kunne ikke lade sig gøre, allerede fordi den danske Rigsret var sammensat af lige dele højesteretsdommere (med overvejende Højresympatier) og politikere valgt af og blandt det Højredominerede Landstings medlemmer. I årene forinden havde det danske Venstre da også to gange lidt nederlag ved Rigsretssager rejst mod ministre for påståede brud på de bevillingsretlige regler. Sporene skræmte.

Derimod trængte parlamentarismen igennem som en politisk praksis. Det blev efterhånden stadig vanskeligere at finde Højrefolk, der ville danne regering, og da Højre ved folketingsvalget i april 1901 kun fik 8 af Folketingets i alt 112 mandater, mens oppositionen, bestående af et absolut flertal af Venstrefolk samt socialdemokrater, fik de resterende 104, fandt selv kong Christian den IX og de politiske og erhvervsmæssige kredse omkring ham, at tiden var inde til at udpege en Venstreregering.

Endnu var tiden dog ikke inde til at gøre Venstres politiske leder til statsminister. I stedet fandt man en juridisk professor, J.H. Deuntzer, der stod kongehuset nær og ifølge sine egne ord ”i nogen grad” var Venstremand, til at påtage sig den opgave.

Vi fik dermed det, der i Danmark kaldes Systemskiftet. Det blev ikke juræen eller den juridiske nødvendighed, der betingede Systemskiftet. Systemskiftets politiske løsning var fundet inden for den eksisterende juridiske ramme, som 1866-grundloven udgjorde. Kongen havde stadig efter 1866-grundlovens § 13 kompetencen til at udnævne og afskedige ”sine Ministre”. Men han valgte nu – klogeligt nok, set i lyset af de politiske styrkeforhold – at udpege en regering, der havde opbakning hos Folketingets flertal.

I de følgende årtier blev parlamentarismen konsolideret. Og man fik en

fast parlamentarisk praksis inden for den eksisterende – og for så vidt uparlamentariske grundlovs – vide rammer. Den parlamentariske praksis var ikke i strid med grundloven. Den var forfatningsretligt set en af flere mulige politiske valg.

Først med 1953-grundloven blev politisk praksis definitivt fastfrosset som jura. Man kan diskutere, om den parlamentariske praksis på et tidspunkt før grundlovsændringen i 1953 opfyldte kravene til dannelse af en forfatningsretligt bindende sædvane. Og i givet fald med hvilket indhold. På grund af grundlovsændringen i 1953 har det spørgsmål i dag alene historisk og metodisk interesse.

Med 1953-grundloven fik vi i Danmark en ny forfatningsretlig ramme – som var snævrere – for det politiske livs udfoldelsesmuligheder.

Konklusion: Om det rette forhold mellem norm og praksis

Hvad skal man nu, som forfatningsretsjurist, mene om det forhold mellem forfatningsretlig norm og forfatningsmæssig praksis, der ovenfor er søgt skildret med nogle centrale eksempler vedrørende forholdet mellem de to politiske statsorganer, regering og Folketing? Der er vel ihvertfald to muligheder:

1. Man kan vælge at begræde, at det forfatningsmæssige rum ikke er fyldt ud med retsregler fra gulv til loft, og at det meste, der sker på den forfatningsmæssige scene og i det praktiske politiske liv, ikke rejser særlige forfatningsretlige spørgsmål på grundlovsplan.

Man kan i samme åndedrag vælge at græmme sig over, at man er blevet jurist og ikke politolog eller samtidshistoriker. Og man kan, som udslag af en sådan græmmelse, måske søge at hævde, på usikkert og tvivlsomt retskildemæssigt grundlag, at snart den ene, snart den anden politisk-parlamentariske norm eller praksis ikke blot er et politisk-parlamentarisk fænomen, men tillige er udtryk for en forfatningsretligt bindende norm: At politikerne, så at sige ved at gøre som de gør eller ved at sige, det de siger, binder sig selv til at blive i sporet.

2. Efter min opfattelse bør man i stedet – hvad enten man er forfatningsjurist, historiker, politolog, politiker eller almindelig samfunds-

borger – glæde sig over, at de forfatningsretlige regler om de øverste forfatningsorganer i den danske grundlov, er så forholdsvis enkle og klare.

Reglerne efterlader ikke særlig fortolkningstvivel og åbner dermed heller ikke for nogen særlig tvivl om, hvor grænsen går mellem jura og politik. Det er ikke nogen ringe egenskab ved regler, der skal regulere et så politisk konfliktfyldt emne som samspillet mellem regering og Folketing.

Som det er blevet påpeget af Frede Castberg, er det karakteristisk for statsforfatningsretten, at den i højere grad end de fleste andre dele af retten er positivretlig, og at de politiske principper, som et lands forfatningsret hviler på, oftest vil være delvis modstridende og derfor også vanskeligt vil kunne danne grundlag for holdbare juridiske slutninger.

Som Frede Castberg skriver, er mange af statsrettens regler ikke af den karakter, at de, som for eksempel mange af formuerettens regler, ”så å si gir seg selv ut fra en rasjonell bedømmelse av de foreliggende interessekonflikter. Det ligger ikke i sakens natur at stortinget skal sammensettes på den eller den måte og ha den eller den myndighet, at kongen skal fatte sine beslutninger i statsråd i de og de tilfeller osv. Hovedmassen av de statsrettslige regler er utslag av mer eller mindre vilkårlige maktordninger. Når de positive regler ikke umiddelbart løser et rettsspørsmål, vil man derfor her lett være stillet i en situasjon, der ingen løsning ligger i sakens natur”.²²

Den forfatningsretlige teori bør derfor være tilbageholdende med – når det gælder reglerne om de øverste statsorganers samspil – på usikkert retskildemæssigt grundlag at søge at udviske grænsen mellem forfatningsretlig regulering og politisk-parlamentarisk normdannelse og praksis og dermed retliggøre det politiske liv.

Også når det gælder ophøjelse af politisk-parlamentarisk praksis til sædvaneret, har den traditionelle tilbageholdenhed, der har præget dansk forfatningsret, gode grunde for sig.²³

Efter traditionel retskildelære må vurderingen af, om en parlamentarisk praksis har antaget karakter af retssædvane, bero *dels* på, om den pågældende parlamentariske praksis har været fulgt almindeligt, stadigt og længe (det objektive kriterium), *dels* på om den faktiske efterlevelse af den norm, den parlamentariske praksis repræsenterer, kan tages som udtryk for, at statslivets aktører (Folketing og regering) har følt sig ikke blot politisk, men også retligt forpligtet til at handle, som de gjorde (det subjektive kriterium).

Det vil som regel være vanskeligt at vurdere, om der bag en bestemt

parlamentarisk praksis ligger en retlig overbevisning hos statslivets aktører. Politikere kan have talrige bevæggrunde for at handle, som de gør, og de vil kun sjældent have nogen grund til at gøre sig overvejelser om, hvorvidt den adfærd, de følger, er udtryk for en retlig overbevisning eller ej.

I praksis betyder det, at den forfatningsretlige teori bør være tilbageholdende med at anerkende retssædvanedannelser uden for de tilfælde, hvor den politisk-parlamentariske praksis går direkte imod en grundlovsbestemmelse – som det for eksempel er tilfældet vedrørende Finansudvalgets bevillingskompetence, der som nævnt er et klart brud på grundlovens § 46, stk. 2, jf. ovenfor.

I sådanne tilfælde er det nærliggende at antage, at den pågældende adfærd er forbundet med en retsoverbevisning. Og det er netop i sådanne tilfælde, der kan være behov for retssædvanebegrebet, hvis teorien skal bevare forbindelsen til det faktiske forfatningslivs realiteter.

I alle andre tilfælde bliver en argumentation for retsoverbevisningens eksistens en metodisk set meget vanskelig og diskutabel sag. Og der er heller ikke i sådanne tilfælde noget påtrængende behov for retssædvanebegrebet. Den faktiske handlemåde lader sig – da den falder inden for grundlovens rammer – forklare uden.

På samme måde som forfatningsjurister bør være tilbageholdende med kreativ fortolkning og retskildemæssig frihåndstegning, bør man være tilbageholdende med, ved hjælp af retssædvanebegrebet, at retliggøre det politiske liv ved at ophøje politisk praksis til forfatningsretlig regel og dermed optræde i rollen som grundlovgivende magt. Teorien savner det demokratiske mandat hertil.

Jurister – og måske ikke mindst forfatningsjurister – må leve med, at de juridiske regler kun udgør rammen og ikke hele billedet. De fleste af livets spørgsmål er – heldigvis – ikke af juridisk art. Det gælder også de fleste af forfatningslivets.

Fotnoter

- 1 Se kort om baggrunden for disse ændringer: Jens Peter Christensen, "Om grundlovsændring i forfatningsretlig belysning", *Ugeskrift for Retsvæsen*, afd. B, 1993, s. 1 f. Mere udførligt f.eks. hos Jens Himmelstrup og Jens Møller, *Danske forfatningslove 1665-1953*, J.H. Schultz Forlag, København, 1958.
- 2 Se vedrørende det omtalte projekt Folketingets hjemmeside: www.ft.dk. Man kan danne sig et indtryk af den danske grundlovsdebat i: *Dokumentation fra Konferencen om behovet for en grundlovsændring 4.-5. november 1999* og Jacob Andersen, *Rapport fra Folketingets konference om behovet for en grundlovsrevision*, begge udgivet af Folketinget i 2000. Partiernes syn på behovet for en grundlovsreform fremgår af Folketingets behandling i 1999 af to beslutningsforslag (B 26 og B 45) om nedsættelse af en forfatningskommission: *Folketingstidende 1998-99*, Tillæg A, s. 1 818 og 2 356, samt Forhandlingerne, s. 3 311-3 353.
- 3 Se om korroboration Ernst Andersen, *Fra juraens overdrev*, København, G.E.C. Gads Forlag, 1953, s. 144-171, og W.E. von Eyben, "Korroboration", *Ugeskrift for Retsvæsen*, afd. B, 1990, s. 238 f.
- 4 Torben Worre, *Det politiske system i Danmark*, Akademisk Forlag, København, 1982, s. 102.
- 5 Se herom Palle Svenssons bidrag i nærværende værk om "Parlamentarismens forudsætninger og konsekvenser: Det alternative flertal i Danmark i 1980'erne med særligt henblik på formuleringen af udenrigspolitikken".
- 6 Jf. Erik Damgaard (red.), *Parlamentarisk forandring i Norden*, Universitetsforlaget, Oslo, 1990, s. 28.
- 7 Jf. Erik Damgaard, *op.cit.*, s. 29 f.
- 8 Dagbladet Børsen, den 29. maj 1991.
- 9 Jens Peter Christensen: "Undersøgelsesretter og kommissionsdomstole – er der alternativt?", *Ugeskrift for Retsvæsen*, afd. B, 1993, s. 289.
- 10 Se om fremgangsmåderne gennem tiden: Poul Meyer, "Regeringsdannelsens teknik", *Økonomi og politik*, 1967, s. 284-307; Tage Kaarsted, *Regeringskrisen 1957*, Universitetsforlaget i Aarhus, Århus, 1964; Tage Kaarsted, *Regeringen vi aldrig fik*, Odense Universitetsforlag, Odense, 1988; Erik Rasmussen, *Komparativ politik 2*, Gyldendal, København, 1972, s. 246-259.
- 11 Jf. Tage Kaarsted, 1988, *op.cit.*, s. 72 ff.
- 12 Se herom Holger Hansen, "Regeringsdannelsen efter folketingsvalget d. 10. maj 1988", *Juristen*, 1988, s. 337-349.
- 13 Poul Schlüter, *Sikken et liv*, Aschehoug, København, 1999, s. 225.
- 14 Tage Kaarsted, 1988, *op.cit.*, side 115.
- 15 Se herom Peter Germer, "Regeringsdannelse og grundloven", *Juristen og Økonomen*, 1975, side 346-349, og sammes *Statsforfatningsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 26-29. Se endvidere Jørgen Albæk Jensen, *Parlamentarismens statsretlige betydning*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, s. 79-86, samt Jens Peter Christensen, *Forfatningsretten og det levende liv*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1990, s. 197.
- 16 Jf. Poul Meyer, *op.cit.*, 1967.
- 17 Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret 1*, 3. udgave, Christian Ejlers Forlag, København, 2001, s. 208, jf. 1. udgave, 1989, s. 187, og 2. udgave, 1995, s. 184.
- 18 Se for en vurdering heraf: Jens Peter Christensen, *op.cit.*, 1990, s. 197, og Jørgen Albæk Jensen, *op.cit.*, 1997, s. 84-86.
- 19 Det følgende bygger på mit bidrag: "Forfatningskampen og Systemskiftet. Justitia i politikens tjeneste", s. 13-48, i Gorm Toftegaard Nielsen (red.), *Parlamentarismen – Hvem tog magten?*, Aarhus Universitetsforlag, Århus, 2001. For en detaljeret fremstilling henvises dertil.

- 20 Frede Castberg, *Fra statslivets retsproblemer*, Akademisk Forlag, Oslo, 1953, s. 164. Jf. også Jens Peter Christensen, *op.cit.*, 1990, s. 21 f.
- 21 Frede Castberg, *op.cit.*, 1953, s. 166 f.
- 22 Frede Castberg, *Norges Statsforfatning*, Annen Utgave, Bind I, Oslo, 1947, s. 74 f., smh. side 96. Jf. også Jens Peter Christensen, *op.cit.*, 1990, s. 20 ff.
- 23 Se udførligt herom: Jens Peter Christensen, "Sædvane og forfatningsret", *Ugeskrift for Retsvæsen*, afd. B, 1990, s. 321-329, jf. også Jens Peter Christensen, *Forfatningsretten og det levende liv*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1990, s. 229-242.

DEL III
Konstitusjonell argumentasjon
i politisk praksis

Grunnlovstolkning – opportunistisk eller lojal?¹

Konstitusjonell argumentasjon om konstitusjonell immunitet

Det sentrale temaet i denne boken er vekten av konstitusjonell argumentasjon i politiske beslutningsprosesser og i politisk debatt. I særlig grad tar den sikte på saksområder der domstolskontroll, med den tolkning av grunnloven som andre statsorganer har lagt til grunn, er avskåret eller praktisk sett svært lite sannsynlig.

Det eksempel jeg her vil benytte som illustrasjon, tar sitt utgangspunkt i konstitusjonelle regler om immunitet for personer i visse offisielle posisjoner. De fleste land gir sin statssjef (kongen, presidenten) en særskilt beskyttelse mot rettsforfølgning – absolutt eller så lenge mandatperioden varer. Det samme gjelder ofte for enkelte andre typer av offentlige posisjoner, særlig som statsråd og medlem av parlamentet.

Regler om slik immunitet vil kunne bli satt på prøve når traktaten om den internasjonale straffedomstolen som jeg her tar sikte på trer i kraft. Denne domstolene skal ha et mer generelt mandat enn de domstoler av samme type som vi hittil har sett (derunder de særskilte tribunalene for Jugoslavia og Rwanda), og den skal arbeide med krigssituasjoner som ennå ikke er kjent. I første omgang er formålet altså rent preventivt: Domstolen skal bidra til å hindre at den slags forbrytelser som ordningen tar sikte på overhodet blir begått.

Etter at Stortingets samtykke var innhentet i samsvar med grunnloven § 26 annet ledd, ble vedtektene for Den internasjonale straffedomstol (Roma-vedtektene) av 17. juli 1998 ratifisert av Norge 16. februar 2000. Stortingsvedtaket var basert på St.prp. nr. 24 (1999–2000). Merknadene fra Stortingets utenrikskomité (Innst.S. nr. 94) er meget kortfattede. De viser at saken ikke ble oppfattet som kontroversiell.

Det er senere vedtatt en egen lov om Roma-vedtektenes gjennomføring i norsk rett (se lov av 15. juni 2001 nr. 65). Forarbeidene til denne loven (Ot.prp. nr. 95 og Innst.O. nr. 125, 2000–2001) bringer ikke noe nytt om forholdet til grunnloven.

Intet tyder på at de spørsmål som tas opp i denne artikkelen, ble inngående diskutert under sakens gang gjennom Stortinget. Med tanke på forslagens bakgrunn og formål er det politisk sett lite overraskende at saken gikk lett igjennom.

Men heller ikke her må det gode formål få overskygge kravet til korrekt fremgangsmåte i samsvar med det konstitusjonelle demokratiets beste tradisjoner. Den nye ordningens rettsstatlige karakter skulle tvert imot tilsi at norske myndigheter la særlig vekt på å få den etablert på korrekt vis. På denne bakgrunn kan det konstitusjonelle grunnlaget for Norges ratifikasjon av Roma-vedtektene fortjene noen videre bemerkninger.

Særtrekk ved den norske situasjonen trer best frem i lys av noen nøkkelopplysninger om den måte som spørsmålet er blitt behandlet på i enkelte andre land.

Konstitusjonelle spørsmål: Oversikt

I proposisjonen legger departementet til grunn at beslutninger om etterforskningskritt m.v. som bygger på Roma-vedtektene ikke kommer direkte til anvendelse i den nasjonale rett: Dermed ville det ikke være nødvendig å innhente Stortingets samtykke i samsvar med grunnlovens krav for overføring av statsmyndighet til internasjonale organisasjoner etter § 93 (eller kravene for grunnlovsendring etter § 112) av hensyn til nasjonal suverenitet.

Proposisjonen forutsetter også at den internasjonale straffedomstolen vil savne formell kompetanse til å overprøve avgjørelser av nasjonale domstoler: Dermed står heller ikke grunnloven § 88 om at Høyesterett dømmer i siste instans, i veien for norsk ratifikasjon. Formelt sett – og her er det formalitetene som teller – skal den internasjonale domstolen ikke være utstyrt med myndighet til å overprøve Høyesteretts dommer på en slik måte at den internasjonale avgjørelsen fortrenger rettskraftvirkningen av norske dommer i den nasjonale rett.

På begge punkter er jeg enig i departementets syn. De konstitusjonelle problemer som da står igjen, blir dermed de som refererer seg til vedtektene art. 27. I den oversettelsen til norsk som er trykt som vedlegg til St.prp. nr. 24 lyder denne bestemmelsen slik:

Artikkel 27

Manglende relevans av offisiell stilling

1. Disse vedtekter skal få lik anvendelse for alle personer uten noen form for forskjellsbehandling på grunnlag av offisiell stilling. Spesielt skal en person i egenskap av stats- eller regjeringssjef, medlem av regjering eller parlament, valgt representant eller statstjenestemann ikke i noe tilfelle fritas fra strafferettslig ansvar etter disse vedtekter, og det skal heller ikke, i og av seg selv, utgjøre en grunn for reduksjon av straffen.
2. Immunitet eller særlige prosessregler som eventuelt måtte være knyttet til en persons offisielle stilling, det være seg etter nasjonal rett eller folkeretten, skal ikke hindre Domstolen i å utøve sin jurisdiksjon overfor vedkommende person.

Artikkelen må leses på bakgrunn av den folkerettslige plikt til å samarbeide med den nye domstolen som staten påtar seg gjennom ratifikasjon (se vedtektene del 9). Spørsmålet om samsvar mellom vedtektene og nasjonal rett kan derfor ikke avvises ved å vise til at domstolens beslutninger – som nevnt – vil være uten direkte virkning i norsk rett. Tvert imot må det på vanlig måte kreves at traktater som Norge binder seg til, er i samsvar med norsk rett eller iallfall at mulig motstrid snarest mulig blir bragt ut av verden.² Proposisjonen uttrykker dette utgangspunktet slik (s. 48):

Etter tradisjonell lære kan en traktat som går ut på at det skal begås grunnlovsstridige handlinger, ikke lovlig inngås på Norges vegne.

Den rettslige realitet vi står overfor, ville komme bedre til uttrykk dersom ordet ”kunne” ble satt inn mellom ordene ”skal” og ”begås” (”skal *kunne* begås grunnlovsstridige handlinger”). Det er jo ikke traktaten selv, men dens anvendelse på forhold som måtte oppstå i en fremtid vi ikke kjenner, som kan åpne for at norske myndigheter folkerettslig får plikt til å begå ”grunnlovsstridige handlinger”.

Poenget er altså at ratifikasjon av den aktuelle traktaten eksplisitt åpner *muligheten* for at en slik situasjon kan oppstå. Men det er ikke grunn til å tro at realiteten i departementets syn på dette punkt er en annen enn det jeg her skisserer.

På denne bakgrunn kan vi slå fast at Roma-vedtektene art. 27 gir opphav til to sett av problemer i forhold til Norges grunnlov. De kan presenteres med utgangspunkt i de to delene som bestemmelsen selv er delt opp i.

I tillegg til de spørsmål som blir nevnt i det følgende, kan Roma-vedtektenes forhold til grunnloven § 66 om stortingsrepresentanters ytringsfrihet gi opp-

hav til visse særspørsmål, jfr vedtektene art. 25, 3 b) om straff bl.a. for å oppmuntre til en forbrytelse som faller inn under den nye domstolens virkeområde. Men denne siden av saken går jeg ikke nærmere inn på.

I det følgende vil jeg se noe nærmere på forholdet mellom de nevnte deler av Roma-vedtektene og bestemmelsene om immunitet i den norske grunnloven. Men som jeg allerede har nevnt, gjelder diskusjonen spørsmål hvis hovedtrekk er aktuelle også i andre land. Sammenligning av den måte som forholdet mellom reglene om konstitusjonell immunitet og statenes plikter etter Roma-vedtektene har vært behandlet på, er egnet til å belyse ulikheter og fellestrekk i den konstitusjonelle kultur i det enkelte land.

I enkelte land er det også grunn til å diskutere forholdet til andre konstitusjonelle regler enn de jeg her tar sikte på (f.eks. regler om vernet mot utvisning av statens egne borgere). Slike spørsmål går jeg ikke nærmere inn på.

Etter at hovedtrekk av rettsstillingen i Norge er gjennomgått, skal jeg si litt om hvordan forholdet mellom Roma-vedtektene og nasjonale regler om konstitusjonell immunitet har vært behandlet i våre naboland og i enkelte andre land, og gi noen bemerkninger om likheter og ulikheter.

Sammenligning mellom ulike lands bedømmelse av de rettsspørsmål som kommer opp, må selvsagt ta hensyn til hvordan de aktuelle reglene er utformet i det enkelte land. For ordens skyld nevner jeg derfor at ratifikasjon uten forutgående grunnlovsendring *kan* skyldes at grunnloven er brutt eller ”borttolket”, men at årsaken også kan tenkes å være at fullt lojal tolkning av den enkelte grunnlov *ikke* gjør grunnlovsendring nødvendig for å åpne for tilslutning til den aktuelle traktaten.

Nærmere om forholdet til den norske grunnloven

Etter art. 27 nr. 1 får vedtektene anvendelse uten hensyn til hvilken offisiell stilling den mistenkte, siktede eller dømte innehar. Bestemmelsen nevner særskilt at ”en person i egenskap av stats- eller regjeringssjef, medlem av regjering eller parlament ... ikke i noe tilfelle fritas fra strafferettslig ansvar etter disse vedtekter”.

I relasjon til denne delen av bestemmelsen er det grunnloven § 5 som tiltrekker seg oppmerksomhet. Den lyder:

Kongens Person er hellig; han kan ikke lastes eller anklages. Ansvarligheden paaligger hans Raad.

Etter norsk konstitusjonell rett er Kongen altså immun mot enhver form for strafferettslig ansvar. Utgangspunktet må derfor være at Norge ikke kan påta seg folkerettslig plikt til å stille hans person til rådighet for straffeforfølgning i regi av et internasjonalt organ, slik Roma-vedtektene uttrykkelig åpner for.

Etter art. 27 nr. 2 skal ”immunitet eller særlige prosessregler som eventuelt måtte være knyttet til en persons offisielle stilling ... ikke hindre Domstolen i å utøve sin jurisdiksjon overfor vedkommende person”. Denne delen av bestemmelsen reiser problemer i forhold til to av grunnlovens bestemmelser. I samsvar med grunnlovens egen systematikk nevner jeg § 37 først:

De kongelige Prinser og Prinsesser skulle, for deres Personer, ikke svare for andre end Kongen, eller hvem han, til Dommer over dem, forordner.

For det andre – og praktisk sett viktigere – må vi trekke frem grunnloven § 86 første ledd:

Rigsretten dømmer i første og sidste Instans i de Sager, som Odelstinget anlægger mod Statsraadets, Høiesterets eller Storthingets Medlemmer for strafbart Forhold, de som saadanne maatte gjøre sig skyldige i.

De to sistnevnte bestemmelsene gir ingen immunitet mot straff, slik som grunnloven § 5 gjør for Kongen. De nøyer seg med å angi særlige prosedyrer som må følges i den grad straffeforfølgning måtte komme på tale.

Alle sider av virksomheten til en prins eller prinsesse er omfattet av dette privilegiet. Den prosessmåte som er anvist for straffeforfølgning mot statsråder m.v. kommer bare til anvendelse på straffbare forhold de måtte gjøre seg skyldige i ”som saadanne”, det vil si i egenskap av statsråd osv.

På det sistnevnte punkt kan avgrensningen by på problemer; i praksis har tendensen i nyere tid gått i retning av å innsnevre området der riksrettsansvaret får anvendelse. Men dette spørsmålet er det ikke grunn til å gå nærmere inn på her. Det er nettopp i offisiell egenskap at norske statsråder – som er den av de tre gruppene jeg vil holde meg til her – i praksis kan tenkes å begå krigsforbrytelser på en slik måte at spørsmålet om an-

svar overfor den nye straffedomstolen overhodet kan komme opp. Det er rimelig å tenke seg at forsvarsministeren er den som vil være mest utsatt. Men denne antagelse må ikke skygge for at regjeringsmedlemmenes ansvar som utgangspunkt er kollektivt, eller for statsministerens særstilling.

Etter både § 37 og § 86 er det klart nok tale om konstitusjonell immunitet i den forstand at grunnloven uttømmende bestemmer i hvilke fora straffesaker mot medlemmene av de aktuelle personkategoriene skal behandles. Selv om problemstillingen ikke tidligere har vært oppe til behandling, må utgangspunktet derfor være at norske myndigheter – så lenge grunnloven ikke selv er endret – savner rett til å sette et annet forum (i dette tilfelle den internasjonale straffedomstolen) i Kongens eller Riksrettens sted.

Fortsettelse: Hva sier forarbeidene om det konstitusjonelle problem?

I Ot.prp. nr. 24 (1999–2000) inneholder et eget, relativt kort kapittel om traktatens forhold til grunnloven (kap. 6, s. 47 flg.). Her tar departementet opp det første av de spørsmålene som er nevnt ovenfor. De to andre spørsmål som Roma-vedtektene art. 27 i samvirke med norske myndigheters samarbeidsplikt gir grunnlag for å stille, forbigås derimot i taushet.

Tekstens hovedinnhold vedrørende Roma-vedtektenes forhold til grunnloven § 5 om Kongens immunitet er en argumentasjon for at grunnlovsendring ikke er nødvendig. Dette kommer jeg snart tilbake til.

I sin innstilling til Stortinget legger Stortingets utenrikskomité ”til grunn at ratifikasjon av vedtektene for Den internasjonale straffedomstol (Roma-vedtektene) ikke kommer i strid med den norske Grunnloven”. Dette stemmer med departementets syn slik det kommer til uttrykk i proposisjonen. Komitéinnstillingen etterlater imidlertid ingen spor av at traktatens forhold til grunnloven har vært underkastet selvstendig vurdering. Dermed blir det styrken i departementets argumentasjon – så langt den rekker – som må avgjøre om komitéens (og dermed Stortingets) forutsetning slår til.

Dersom den nevnte komitéuttaalelsen skulle tillegges selvstendig vekt i en slik vurdering, måtte det være fordi den kan leses som uttrykk for at innstillingens konklusjon om samtykke til ratifikasjon hviler på den *forutsetning* om grunnlovskonformitet som komitéen ”legger til grunn”. I så fall ville

forslaget om samtykke være avhengig av at forutsetningen viser seg å holde stikk. Men det er neppe grunn til å tillegge uttalelsen noen stor intensjonsdybde på dette punkt.

I det følgende skal jeg si mer om forholdet til de tre grunnlovsbestemmelsene som i utgangspunktet må antas å skape problemer i forhold til Roma-vedtektene art. 27 og samarbeidsplikten for norske myndigheter.

Når det gjelder grunnloven § 5 om Kongens immunitet mot enhver straffeforfølgning, tar jeg utgangspunkt i det som sies i proposisjonen. På de to andre punkter har departementet – som nevnt – ikke presentert materiale som vi kan søke støtte i.

Fortsettelse: Statssjefens immunitet

I samsvar med gammel tradisjon gir grunnloven den norske statssjefen utstrakt immunitet mot strafferettslig og annen forfølgning med rettslige midler.

I et arvelig monarki blir immuniteten særlig vid: Det er ikke noe grunnlag for å skille mellom kongegjeringen og ”private” sider av monarkens liv, og kongeverdigheten skal ikke ta slutt etter utløpet av en bestemt periode, slik som presidentverdigheten i demokratiske stater. Systemet gir altså ikke plass for ansvar for ”private” sider av statssjefens livsførsel som kan settes i verk under en løpende regjeringperiode eller – iallfall – etter at den er avsluttet. Det er heller ingen plass for ”konstitusjonelt” ansvar for den måte statssjefen utøver sine offisielle funksjoner på, slik som i f.eks. Frankrike (ansvar overfor den såkalte ”Haute Cour de Justice”) og USA (Impeachment).

På denne bakgrunn må det klare utgangspunktet være at folkerettslig plikt for Norge til under nærmere angitte omstendigheter å medvirke til straffeforfølgning ”uten noen form for forskjellsbehandling på grunnlag av offisiell stilling”, er uforlikelig med statssjefens immunitet etter grunnloven § 5.

Departementet later til å være enig i dette syn. Selv om problemstillingen er ”høyst upraktisk”, innrømmer proposisjonen at vi ikke helt kan ”utelukke den rent hypotetiske mulighet for at kongen kan bli anklaget for medvirkning til forbrytelser under Domstolens jurisdiksjon” (s. 47–48). Likevel kommer den frem til at det ikke foreligger noen motstrid mellom traktaten og grunnloven § 5. Hvilke argumenter anføres for et slikt syn?

Tonen slås an ved at ”læren” om at traktater hvis innhold strider mot grunnloven ikke kan inngås (før grunnloven eventuelt er endret), karakteriseres som ”tradisjonell” (se ovenfor). Hovedargumentet viser til den ”nyere utvikling i det internasjonale samarbeid” (s. 48), særlig den mulighet som alltid er til stede for at en internasjonal sammenslutning som Norge er medlem av en gang i fremtiden vil komme til å treffe beslutninger som er i strid med vår grunnlov.

Dette argumentet er lite overbevisende: I vårt tilfelle er det jo tale om en traktat der vi allerede som utgangspunkt kan slå fast at den forplikter til adferd som – dersom det i en gitt situasjon skulle bli aktuelt – vil stride mot grunnloven. Det er altså ikke tale om en mer eller mindre fjern mulighet for at internasjonalt samarbeid som Norge deltar i, over tid utvikler seg i en retning som grunnloven ikke gir rom for. I det tilfellet jeg her har for øye, har Norge med åpne øyne bundet seg til å opptre i strid med grunnloven.

Dermed hjelper det lite å vise til behovet for det som – i departementets terminologi – heter ”fleksibilitet – og rasjonalitet – i fortolkningen av den norske Grunnlov”, en tolkning som ”særdeles viktige former for internasjonalt samarbeid gjør ... nødvendig” (s. 48 sp. 2). EØS-avtalen og tolkningen av grunnloven § 93 nevnes som viktige eksempler.

Ifølge bestemmelsens egen tekst skal imidlertid vedtak etter § 93 være begrenset til suverenitetsoverføring som ikke autoriserer endringer i (eller brudd på) grunnloven selv. Dette er noe helt annet enn å ratifisere en traktat som i utgangspunktet forplikter norske myndigheter til grunnlovsbrudd dersom slike situasjoner som Roma-vedtektene tar sikte på, skulle oppstå.

For det andre viser departementet til at grunnloven – ifølge Andenæs – må ”tolkes i lys av de forestillinger og oppfatninger som gjør seg gjeldende i samfunnet”. I tilknytning til disse ”forestillinger og oppfatninger” påpekes det at ”ansvarsfrihet for Kongen ... etter forholdene [vil] kunne virke støtende for den alminnelige rettsbevissthet”. Det kunne således bli spørsmål om ”bruddet på forutsetningene for kongeverdigheten og posisjon var så alvorlig at dette alene ga grunn til å se bort fra ordlyden i § 5” (proposisjonen s. 49).

Alt dette kan i og for seg være riktig. Men departementet har kanskje glemt at den ”rent hypotetiske mulighet for at Kongen kan bli anklaget” for den nye straffedomstolen som det selv peker på, gjelder ”medvirkning” til forbrytelser av den aktuelle typen. I en slik konstellasjon vil den primære

gjerningsmann altså være en annen enn Kongen selv. Hvem andre kan dette være enn den politisk ansvarlige regjering? Konstitusjonelt er det jo fortsatt slik at regjeringsvedtak ikke blir rettslig bindende uten den medvirkning som ligger i Kongens signatur. – Dermed er vi over i den form for immunitet som følger av riksrettsansvaret for statsråder m.v., se nærmere nedenfor.

På denne bakgrunn er det ikke lett å se hvordan departementets argumentasjon kan bære standpunktet om at grunnloven § 5 er respektert – trass i det klare utgangspunkt om det motsatte. Tilsvarende vanskelig er det å komme unna at norske myndigheter ikke vil kunne oppfylle alle sin plikter etter traktaten før grunnloven på et senere tidspunkt blir endret.

Fortsettelse: Prinser og prinsesser

Grunnloven § 37 gir ikke kongelige prinser og prinsesser immunitet mot straff. Den nøyer seg med å gi dem det prosessuelle privilegium at de ”for deres Personer, ikke svare for andre end Kongen, eller hvem han, til Dommer over dem, forordner”. Dermed blir det forholdet til art. 27 nr. 2 som reiser problemer.

Når tronarvingen opptrer som regent (jfr grunnloven § 41), kan ”medvirkning” til krigsforbrytelser m.v. som regjeringen står ansvarlig for, reise problemer av samme art som i relasjon til Kongen personlig (se ovenfor). Forøvrig er vel problemer i forhold til Roma-vedtektene lettest å tenke seg i forlengelsen av tradisjonen for at arveprinsen tar militær utdanning og dermed også kan tenkes å bli innblandet i krigshandlinger m.v. i Norge eller under militære operasjoner i utlandet. Det er lett å medgi at også disse problemstillingene for tiden er lite praktiske. Men dette gir ikke i seg selv noen grunn til å avvise dem.

Dermed kan vi slå fast at den forpliktelse til samarbeid med den internasjonale straffedomstolen uten hensyn til nasjonale privilegier som Roma-vedtektene pålegger Norge, er vanskelig å forlike også med grunnloven § 37. Jeg kan ikke se hvordan departementets argumenter (i forhold til § 5) til fordel for at ratifikasjon kan skje uavhengig av formell grunnlovsendring (se ovenfor), er egnet til å begrunne noe avvik fra dette utgangspunktet.

Den eneste mulighet i denne relasjon vil derfor ligge i en forutsetning om at Kongen vil bruke sitt prerogativ etter grunnloven § 37 til å gi den internasjonale straffedomstolene kompetanse til å dømme. Denne mulighet går jeg ikke nærmere inn på her.

Fortsettelse: Riksrettsansvaret for norske statsråder m.v.

Heller ikke det konstitusjonelle ansvaret for statsråder, høyesterettsdommere og stortingsrepresentanter etter grunnloven § 86 første ledd, gir i prinsippet noen immunitet mot straff. Den nøyer seg med å angi en obligatorisk prosedyre i tilfelle det kommer på tale å reise straffesak mot noen slik person for noe vedkommende ”i embets medfør” måtte gjøre seg skyldig i.

Riksretten er det eneste forum som grunnloven autoriserer for slike saker. Mens det i relasjon til Høyesterett er rollen som siste instans, jfr. grunnloven § 88, som kunne tenkes å skape problemer (se ovenfor), er det altså Riksrettens *enekompetanse* som skaper problemer i forhold til det privilegium for statsråder med flere som følger av grunnloven §§ 86 og 87.

Dermed er det som utgangspunkt klart at Roma-vedtektene også i denne relasjon står i strid med grunnloven. Dessuten kan det ikke i samme grad som for Kongen personlig (og for prinser og prinsesser) hevdes at problemstillingen er ”høyst upraktisk” eller ”rent hypotetisk”. En slik karakteristikk kunne vel ha noe for seg så lenge vi tar særlig sikte på høyesterettsdommere og stortingsrepresentanter. Men den som vil hevde at norske statsråder – i første rekke kanskje stats- eller forsvarsministeren – ikke kan tenkes å komme i ansvar etter Roma-vedtektene, gjør lite annet enn å gi uttrykk for at staten Norge ikke kan tenkes å gjøre noe riktig galt; til andre tider og under andre himmelstrøk het det visst at ”the King can do no wrong”!

Heller ikke for Norges del kan vi se bort fra det potensiale for grusomheter som vil kunne bli utløst i en fremtidig krigssituasjon. Vi kan heller ikke – og det er kanskje mer praktisk – se bort fra at mye kan gå galt under fredsbevarende operasjoner m.v. der norske styrker tar del. – Jeg finner ikke grunn til å gå inn på hvilken rettslige betydning ulik organisering av kommandoforhold m.v. kan ha i denne forbindelse.

Påstander om at ansvar for norske statsråder vil være ”høyst upraktisk” eller bare en ”rent hypotetisk mulighet” (se ovenfor om Kongens stilling) vil måtte innebære at de politisk ansvarlige i de vestlige stater som har presset på for å få Roma-vedtektene etablert, ikke selv kan tenkes rammet av den nye ordningen. Kan det være derfor departementet har latt denne del av den konstitusjonelle problemstillingen ligge?

På denne bakgrunn blir det i særlig grad klart at proposisjonens argumenter til fordel for det syn at ratifikasjon kan skje uten forutgående endring av hensyn til grunnloven § 5 (se ovenfor), ikke kan reparere den strid

mellom Roma-vedtektene og grunnloven § 86 som utvilsomt foreligger i utgangspunktet. Også i denne relasjon vil altså plikten til samarbeid med den internasjonale straffedomstolen uten hensyn til nasjonal status og nasjonale privilegier stå i strid med grunnloven.

Nordisk utblikk: Om betydningen av uavhengig forhåndskontroll

Finland har ratifisert traktaten etter at forholdet til grunnlagen var ivare tatt gjennom den særlige prosedyre som grunnlagen 95 § anviser for ”lagförslag om ikraftträdande av en internationell förpliktelse” som ”gäller grundlagen”. Lov nr. 1284 av 28. desember 2000 ble vedtatt på denne måten etter forslag fra såvel regjeringen (RP 161/2000 rd) som Riksdagens konstitutionsutskott, som på vanlig måte hadde hørt en lang rekke sakkyndige, derunder seks professorer (GrUU 45/2000 rd – RP 161/2000 rd).

Til den finske versjon av historien hører det med at regjeringen gikk betydelig lengre i å anta at grunnloven sto i veien for ratifikasjon – derunder når det gjelder ulike særordninger for konstitusjonell immunitet – enn Konstitutionsutskottet. Fremgangsmåten gir likevel et interessant grunnlag for å sammenligne den konstitusjonelle kultur i de nordiske land. Dette gjelder for det første gjennom den grundige utredning av forholdet til grunnloven som legges frem i proposisjonen. Dernest gjelder det i lys av det særlige ansvar for å kontrollere ”grundlagsenligheten” av forslag som skal behandles av den finske riksdagen som ifølge såvel lang tradisjon som uttrykkelig bestemmelse i grunnlagen (se nå 74 §) påhviler Riksdagens konstitutionsutskott og den måte som dette ansvaret er ivaretatt på. Det er grunn til å anta at det sistnevnte elementet i den finske tradisjonen i vesentlig grad er med på å påvirke den måte som departementene forbereder sine saksfremlegg på.

Hverken Danmark eller Norge har noen sammenlignbar ordning. Iallfall et stykke på vei kan dette bidra til å forklare at begge land ratifiserte Roma-vedtektene uten at grunnloven først var endret. Sverige står på dette punkt i en mellomstilling: Både det tradisjonelt mer solide utredningsvesenet og den måte Riksdagens arbeid med saker av konstitusjonell relevans er organisert på, kan forklare hvorfor Roma-vedtektenes forhold til den svenske Regeringsformen ble langt bedre kartlagt enn de tilsvarende spørsmål i Sveriges to vestlige naboland. Som vi skal se, var heller ikke ut-

fallet av saksforberedelsen den samme i Sverige som i de to vestnordiske landene.

Danmarks konstitusjon kjenner ikke særprosedyrer tilsvarende den som ble benyttet i Finland, og grunnloven selv er det i praksis nesten umulig å endre. Dette gjør det mulig å forstå hvorfor traktaten ble ratifisert uten grunnlovsendring. Men mer interessant er det hvordan forholdet mellom Roma-vedtektene og den danske grunnloven ble bedømt under sakens gang gjennom Folketinget, der loven om Den internasjonale straffedomstol ble endelig vedtatt 3. mai 2001 (lov nr. 342 av 16. mai 2001).

Utenriksdepartementets proposisjon (2000–01 – L 20) viser at grunnloven § 13 etter den danske regjeringens syn står i veien for ”at Danmark vil kunne leve op til sine forpliktelse til at udlevere regenten til retsforfølgning ved Den Internasjonale Straffedomstol” (pkt. 12.6.1); forholdet til grunnloven § 16 om statsrådenes ansvar for Riksretten er ikke kommentert. Regjeringens standpunkt om at ratifikasjon likevel kunne skje er begrunnet på følgende måte:

Statutten indeholder imidlertid ingen regler om, at deltagerstaterne generelt skal bringe deres retstilstand i overensstemmelse med statutten, således at fuld opfyldelse af denne på forhånd er sikret. Det må endvidere anses som en endog ytterst hypotetisk situation, at regenten begår forbrydelser af den type, som statutten regulerer.

I hvert fald under disse omstændigheder bør bestemmelsen i grundlovens § 13 ikke afholde Danmark fra at tilslutte sig (ratificere) statutten (pkt. 12.6.1).

Dette synspunkt ble opprettholdt under lovforslagets behandling i Folketinget. Vi kan dermed konstatere at den danske holdningen til forholdet mellom immunitet etter den nasjonale konstitusjonen og statens forpliktelser etter Roma-vedtektene er pragmatisk på omtrent samme måte som den svenske (se nedenfor).

Den danske holdningen avviker klart fra den norske: Som vi har sett, har embetsverket i Norge lagt stor fantasi i å argumentere seg rundt de problematiske bestemmelsene i grunnloven. Siden grunnloven – ifølge denne, nokså ufullstendige argumentasjonen – *ikke* vil hindre Norge i å påta seg de plikter som følger av Roma-vedtektene, er grunnlovsendring ikke nødvendig. Danmark aksepterer – som vi har sett – at grunnloven vil stå i veien for å oppfylle alle de plikter som følger av denne traktaten, men velger – kanskje mer av nød enn av lyst – å leve med situasjonen. Praktisk

sett er ikke endring av grunnloven noe alternativ, slik som i Norge. Det praktiske alternativ ville derfor være at Danmark ble stående helt utenfor den nye ordning.

I vårt perspektiv ligger den viktigste ulikhet mellom Danmark og Sverige i reglene om grunnlovsendringer: Den svenske Regeringsformen er relativt lett å endre, og de nødvendige endringer vil formodentlig finne sted i løpet av de nærmeste år. Den danske grunnloven er – som nevnt – praktisk talt umulig å endre. Derfor vil neppe noen endring skje før den eventuelt kan integreres i den mer generelle grunnlovsreform som enkelte slår til lyd for, men som ikke fremstår som nært forestående (se nærmere pkt. 1 i Jens Peter Christensens bidrag til denne boken).

Gjennom sin grundighet og relativt åpne debatt står det svenske eksemplet imidlertid i motsetning til det danske: Riksdagens behandling av spørsmålet om ratifikasjon av "Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen" skjedde på grunnlag av en ganske grundig gjennomgang av de konstitusjonelle spørsmål som kunne tenkes å reise seg (Prop. 2000/01: 122). Grundigheten trer ytterligere frem ved at den promemoria som proposisjonen bygde på, ble sendt på remiss. Under remissbehandlingen kom det til uttrykk ulike syn på forholdet til Regeringsformen. Både Justitiekanslern och Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet hadde således "anfört att ändringar av regeringsformen fordras eller i vart fall bör genomföras" før traktaten ble ratifisert (proposisjonen pkt. 6). Men de fleste remissinstansene mente, på samme måte som regjeringen, at grunnlovsendring allerede før ratifikasjon var unødvendig.

Også i Riksdagen ble saken behandlet på en langt grundigere måte enn i det tilsvarende stadium av saksbehandlingen i Norge (og – selvsagt – i Danmark, se ovenfor). Justitiekommittéen hadde ansvaret for saken (se 2000/01:JuU30). Men før utskottet avsluttet behandlingen av den, hadde også Konstitutionsutskottet (KU) uttalt seg (2000/01:KU137).

Ikke minst KU:s rolle i saken er interessant som eksempel på at et parlamentarisk organ med ordinær partipolitisk sammensetning kan fungere som en effektiv kontrollinstans også om spørsmål med sterkere juridisk enn politisk tilsnitt. Det bildet som tegnes i denne saken, stemmer godt med Fredrik Sterzels observasjon om tendensen til større vekt på utskottets kontroll- og granskningsfunksjon (se pkt. 15 i hans bidrag til denne boken) og med Thomas Bulls påstand om at utskottet i langt mindre grad fungerer etter rent partipolitiske kriterier enn det ofte har vært gitt inntrykk av (se hans bidrag).

Begge utskottene sluttet seg til departementets syn om at traktaten kunne ratifiseres uten grunnlovsendring. I samsvar med dette godkjente Riksdagen 14. juni 2001 "att Sverige tillträder Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen". Det var en viss uenighet mellom regjeringsfraksjonen og den borgerlige opposisjonen. Men uenigheten sto om fremgangsmåte mer enn om traktatens forhold til Regeringsformen (RF) i og for seg. Selv om mindretallet ville uttrykke seg skarpere enn flertallet, var det stor grad av enighet om at de gjeldende grunnlovsbestemmelsene om immunitet vil stå i veien for å oppfylle den plikt til å utlevere kongen, Riksdagens medlemmer og statsrådene som svensk ratifikasjon av traktaten en gang i fremtiden vil kunne påføre Sverige (jfr. RF 5 kap. 7 §, 4 kap. 8 § og 12 kap. 3 §). Som rimelig kan være understreker Konstitutionsutskottet at:

Den bestämmelse i regeringsformen som synes stå i allvarligast motsättning till dessa förpliktelser är bestämmelsen i 12 kap. 3 § om åtal mot statsråd (2000/01:KU13y).

Om forholdet til disse bestemmelsene slutter KU seg til regjeringens syn, som gjengis slik:

Den beslutanderätt som avses kan ... inte överlåtas till domstolen utan grundlagsändring, vilket innebär att Sverige trots ett tillträde till stadgan inte kan samarbeta fullt ut med domstolen när det gäller lagföring av svenska nuvarande och förutvarande statsråd (2000/01:KU13y).

Dermed har vi grunnlag for å forstå regjeringens syn på behovet for grunnlovsendring. I innledningen til proposisjonens pkt. 6 (Överväganden och förslag) heter det:

Regeringens förslag: Riksdagen godkänner Sveriges tillträde till Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen.

Regeringens bedömning: Sverige kan tillträda stadgan utan grundlagsändring.

För att Sverige till fullo skall kunna uppfylla samtliga de förpliktelser som stadgan medför bör övervägas om regeringsformen på sikt skall ändras bl.a. när det gäller den befogenhet att väcka och pröva åtal mot statsråd som enligt 12 kap. 3 § regeringsformen tillkommer vissa svenska organ och som inte kan överlåtas till en mellanfolklig domstol.

I samme retning, men enda tydeligere lyder et nøkkelavsnitt i Konstitutionsutskottets konklusjon slik:

Konstitutionsutskottet förutsätter att regeringen återkommer till riksdagen med de förslag till ändring i grundlag som tillträdet till Romstadgan kan föranleda i sådan tid att beslut om sådana ändringar kan fattas i anslutning till riksdagsvalet år 2002.

Vi kan etter dette slå fast at de svenske statsmyndighetenes bedømmelse av traktatens forhold til konstitusjonens bestemmelser om immunitet står i skarp motsetning til det syn som det norske utenriksdepartementet har gitt uttrykk for (se nedenfor). I motsetning til i Norge har alle instanser tatt inn over seg at ikrafttredelse av Roma-vedtektene vil påføre staten plikter som den nasjonale grunnloven i dag ikke gir rett til å honorere.

Når Sverige likevel valgte å ratifisere uten å avvente den nødvendige endring i Regeringsformen, er det fordi traktaten ikke ville tre i kraft samtidig med den svenske ratifikasjonen, fordi det i alle fall ville ta tid før den nye ordningen blir operativ – og fordi det i alle tilfelle var grunn til å anta at det ville ta tid før spørsmålet om utlevering av personer som nyter immunitet etter den svenske grunnloven, ville komme på spissen. Derfor ville det også være tid til å rette opp den ”folkerettslig sett otilfrådsstående” situasjon som ville oppstå gjennom svensk ratifikasjon av en traktat om plikter som Sverige ikke fullt ut kan honorere.

Litt om fremmed rett utenfor Norden

Forholdet mellom de nasjonale grunnlover og de plikter som ratifikasjon av Roma-vedtektene påfører den enkelte stat, har naturligvis vært oppe til utredning og debatt også i land utenfor Norden. Her skal jeg nevne enkelte sentrale eksempler. For ordens skyld presiserer jeg at oversikten ikke springer ut av systematisk gjennomgang av rettsspørsmål og fremgangsmåte i alle land som ved manuskriptets avslutning hadde ratifisert Roma-vedtektene.

Etter det jeg kjenner til er det så langt bare i Frankrike at spørsmål tilsvarende de som reiser seg i forholdet mellom Roma-vedtektene og den norske grunnlov har vært forelagt forfatningsdommere: Med særlig sikte på art. 27 om manglende relevans av en persons stilling etter nasjonal rett la republikkens president saken frem for Forfatningsrådet (Conseil constitutionnel), som 22. januar 1999 (sak nr 98-408 DC) avgjorde at Roma-vedtektene ikke kunne ratifiseres uten at grunnloven først ble endret (se avgjørelsen pkt. 13–17).

I Frankrike kom problemstillingen opp først og fremst som et spørsmål

om presidentens og statsrådenes immunitet mot straffeforfølgning som ikke skjer i "riksrettens" former (henholdsvis "Haute Cour de Justice" og "Cour de Justice de la République", se konstitusjonen art. 67-68-2).³ Forfatningsrådets begrunnelse gir ikke rom for tvil om at immuniteten etter konstitusjonen art. 68 og 68-1 står i veien for ratifikasjon.

Som følge av dette fikk 1958-grunnloven allerede 8. juli 1999 en ny bestemmelse om forholdet til traktaten av 18. juli 1998. I min oversettelse lyder den nye art. 53-2 i 1958-grunnloven slik:

Republikken kan anerkjenne kompetansen til Den internasjonale straffedomstolen ifølge bestemmelsene i traktaten signert 18. juli 1998.

Bestemmelsen illustrerer at den grunnlovsendring som kan tenkes å være nødvendig kan utformes meget enkelt. Når grunnloven – slik som i det franske eksemplet – generelt åpner for ratifikasjon av Roma-vedtektene, vil det samtidig innebære at bestemmelser andre steder i grunnloven som ellers kunne skape problemer må forstås med de begrensninger som følger av henvisningen til traktaten.

Innenfor EU har også den irske, portugisiske og tyske grunnloven blitt endret for å åpne for ratifikasjon av Roma-vedtektene. Til dette kommer bruken av spesialprosedyrer i Finland (se ovenfor) og Østerrike samt den endring i den svenske Regeringsformen som er sannsynlig i nær fremtid.

Teksten til den aktuelle delen av den portugisiske grunnlovsendringen av 12. desember 2001 (ny art. 7 § 7) og til den irske "Twenty-third Amendment of the Constitution Act, 2001" er av samme type som den franske. I Portugal var grunnlovsbestemmelsene om immunitet for republikkens president, parlamentsmedlemmene og statsrådene blant dem som gjorde reformen nødvendig. I Irland ble grunnlovsendringen godkjent ved folkeavstemning 7. juni 2001. Ifølge the Referendum Commission ble denne avstemningen holdt fordi irsk ratifikasjon ville:

appear to require an amendment of the Constitution because it would otherwise be inconsistent with the present provisions of the Constitution with regard to sovereignty and possibly also with regard to the trial of offences.

Den tyske grunnloven ble endret 29. november 2000. Men her knytter endringen seg direkte til forbudet etter grunnloven art. 16 mot å utlevere tyske borgere til utlandet. Bestemmelsen fikk et tillegg som åpner for at det ved lov kan gjøres unntak når utleveringen skjer til en medlemsstat i den

europæiske union eller til en internasjonal domstol. Forutsetningen er at ”rettsstatlige grunnsetninger” er respektert. Ved årsskiftet 2001–2002 var en slik lov ennå ikke vedtatt.

Alle disse statene gir altså eksempler på at Roma-vedtektenes forhold til den nasjonale grunnlov er behandlet med vesentlig større alvor enn i Norge. Det franske eksemplet er kanskje det som best illustrerer betydningen av uavhengig forhåndskontroll med slike spørsmål (selv om kontrollen i dette tilfelle fant sted på særskilt initiativ fra republikkens president og ikke som ledd i et system for systematisk kontroll). Dette eksemplet kommer i tillegg til de som er nevnt fra de to østlige medlemmene av Nordisk Råd.

Belgia gir et ytterligere eksempel i samme retning: Etter anmodning fra utenriksministeren ga Conseil d’Etat 21. april 1999 rådgivende uttalelse om forholdet mellom grunnloven og et utkast til lov om tilslutning til Roma-vedtektene. Uttalelsen tar opp en rekke sider av traktatens forhold til den nasjonale rett, derunder konstitusjonen art. 88 om kongens immunitet (som er fra omtrent samme tid som og ligner på den norske), art. 59 og 120 om parlamentsmedlemmenes immunitet og art. 103 om at representanthuset er den eneste påtalemyndighet i straffesak mot en statsråd. I alle disse relasjoner er konklusjonen at belgisk ratifikasjon av traktaten krever grunnlovsendring. Conseil d’Etat anbefaler at endringen skjer i omtrent samme form som den franske (det vil si en generell klausul om at staten slutter seg til Roma-vedtektene).

Ikke desto mindre ble utkastet til lov om belgisk tilslutning til traktaten vedtatt i løpet av våren 2000. Ratifikasjonen fant sted 28. juni samme år uten at konstitusjonen først var endret. Hvordan kan dette forklares? Svaret er i hovedsak nokså enkelt: Uttalelsen fra Conseil d’Etat følger lovforslaget (Projet de loi, sak. 2-329/1) som vedlegg. I teksten til ”proposisjonen” kommenterer regjeringen de innvendinger som Conseil d’Etat hadde fremsatt. Av den del av teksten som særlig er av interesse for oss her (nr. 28, s. 8) går det frem at regjeringen aksepterer rådets syn på traktatens forhold til de ovenfor nevnte reglene om immunitet. Deretter heter det (i min oversettelse fra den franske versjonen):

Det bør altså tas sikte på, i den kommende erklæring om grunnlovsrevisjon, å tilpasse den belgiske grunnloven til bestemmelsene i art. 27 i vedtektene.⁴

På denne måten ligner det belgiske eksemplet på det svenske: Regjeringen

benekter ikke at grunnlovsendring er nødvendig. Dermed forsøker den heller ikke å ”tolke seg” bort fra at dette er slik. Anbefalingen om ratifikasjon uten forutgående grunnlovsendring hviler på en klar forutsetning om at grunnlovsendring skal foretas så snart det praktisk sett lar seg gjøre (se nedenfor).

Kontrollsystemets betydning

På denne måten illustrerer også det belgiske eksemplet at uavhengig forhåndskontroll kan være av stor betydning for å sikre lojal tolkning og anvendelse av konstitusjonen, selv når kontrollen er av rent rådgivende karakter. Hvordan det kan gå når noe slikt system ikke eksisterer, illustreres utmerket gjennom det norske eksempel: I Norge er det aldri etablert noe system for forhåndskontroll gjennom uavhengige organer. Det er heller ingen sterk tradisjon for at Stortinget – uavhengig av partipolitiske preferanser – går aktivt inn i spørsmålet om forholdet mellom grunnlov og lov i saker der dette forholdet ikke fra før er omstridt.

Det er rimelig å anta at fraværet av institusjoner for uavhengig forhåndskontroll – og av en sterk tradisjon for konstitusjonell kontroll gjennom parlamentariske organer – vil få særlig store konsekvenser dersom også utsikten til uavhengig kontroll i ettertid er liten eller ikke-eksisterende. Dette kriteriet er åpenbart oppfylt i Norge og – iallfall generelt sett – også i de andre nordiske land.

Land med forfatningsdomstoler som lett kan bringes inn for å avgjøre forholdet mellom den nasjonale grunnloven og lov eller traktat kommer i en annen stilling: Det er rimelig å anta at fraværet av uavhengig forhåndskontroll på lengre sikt vil ha mindre omfattende virkninger i slike systemer enn når regjeringen – eller snarere: det sentrale embetsverket – er praktisk talt enerådende, slik som i Norge. Da er det noe paradoksalt at tendensen synes å være at et land holder seg *både* med systemer for uavhengig forhåndskontroll av lovgivning m.v. og for etterfølgende kontroll av vedtakens forhold til grunnloven, eller *ingen* av delene. Norge (og Danmark) gir eksempler på det siste.

Ved siden av ulikhetene i kontrollsystemer er også kravene til endringer i grunnlovens tekst av betydning. Når endringer i Belgias grunnlov er vedtatt i parlamentet, skal det skrives ut valg til representanthuset. Dette betyr at prosessen er forholdsvis tung og kan fremstå som uhensiktsmessig i saker som det er politisk enighet om (eller som fremstår som lite viktige). I

den reformperioden som Belgia lenge har vært inne i, har tendensen derfor vært å behandle flere forslag om grunnlovsendring i samme operasjon.

Den norske grunnloven er vesentlig enklere å endre. Dermed blir det norske eksemplet tilstrekkelig til å vise at forholdsvis enkel adgang til grunnlovsendring *ikke* er nok til å sikre at grunnloven tolkes lojalt. Omvendt viser det danske eksempel at lojal grunnlovstolkning lar seg forlike med en grunnlovstekst som i praksis er svært rigid. Det viser også at lojal grunnlovstolkning er mulig selv uten noe system for uavhengig forhåndskontroll. Desto større grunn blir det til å se det norske eksemplet som et ganske vidtgående uttrykk for en avvikende konstitusjonell kultur. Dette kommer jeg snart tilbake til.

Grunnlovstolkning – opportunistisk eller lojal?

De utenlandske eksemplene illustrerer at reglene om prosedyren for grunnlovsendring kan ha stor betydning for å forstå tendenser til opportunistisk eller lojal grunnlovstolkning, men også at betydningen av dette momentet kan overdrives. Den beste illustrasjonen trer frem gjennom en sammenstilling av det danske og det norske eksempel: Danske myndigheter må sies å ha tolket grunnlovsbestemmelsen om statssjefens immunitet lojalt til tross for at Danmarks grunnlov i praksis er nesten umulig å endre. I Norge er fellen strukket lenger enn en lojal grunnlovstolkning må kunne sies å tillate, til tross for at veien til grunnlovsendring i praksis lå åpen.

Sammenlignet med grunnloven i land som Danmark og USA – som det gjerne blir vist til i norsk debatt – er det altså lett å få i stand grunnlovsendringer hos oss. Dette faktum avspeiler seg i et annet, nemlig at den norske grunnloven i praksis blir endret relativt ofte. På *dette* punkt er det inntrykk av vidtgående ”grunnlovskonservatisme” som stadig blir spredt, altså misvisende.⁵

Dette trekket ved den konstitusjonelle tilstand i Norge kan imidlertid snus til noe mer positivt: Så langt har jeg lagt til grunn at Roma-vedtektene på visse punkter står i strid med den norske grunnloven. Den praktiske betydning av en slik konklusjon må imidlertid ikke overdrives. Konflikt mellom den norske grunnloven og en traktat som det er et bredt politisk ønske om å slutte seg til, lar seg lett forebygge eller – som her – reparere.

Da Roma-vedtektene ble fremlagt for Stortinget, var det ingen grunn til å tro at ratifikasjon ville være umulig å få i stand. Det underliggende spørsmål var langt mindre dramatisk: Måtte ratifikasjonen vente til

grunnloven var endret? Proposisjonen om Stortingets samtykke ble fremmet i november 1999. Da var det nesten et år igjen til utløpet av fristen for å fremme forslag om grunnlovsendringer etter valget høsten 2001. Siden Roma-vedtektene hadde bred tilslutning i Stortinget, er det ingen grunn til å tro at det ville ha vært vanskelig å få grunnlovsmessig flertall for den nødvendige endring i grunnlovens tekst. Etter grunnloven § 112 kunne slikt vedtak ha vært truffet allerede høsten 2001. Kort tid senere kunne traktaten ha vært ratifisert.

En slik prosedyre ville ha vært konstitusjonelt uangripelig. Dersom den hadde vært fulgt, kunne norsk ratifikasjon ha funnet sted innen utgangen av 2001. Forsinkelsen ville ikke ha medført vesentlig skade hverken for norske interesser i snever forstand eller for Norges arbeid med å påskynde den aktuelle reformen. På denne bakgrunn blir det vanskelig å se hva departementet hadde å vinne på å tolke seg rundt det åpenbare problemet i forhold til grunnloven § 5 (og på å forbigå de øvrige problemer i taushet).

Hensynet til Norges selvvalgte pådriverrolle i forhold til arbeidet med å få Roma-vedtektene satt ut i livet er den svært sannsynlige årsak til den fremgangsmåte som ble valgt. Hvorfor var det så viktig å unngå en kortvarig forsinkelse på dette punkt at grunnloven måtte tolkes på en måte som vanskelig kan karakteriseres som lojal?

Var det ingen som tenkte på at Norges moralske autoritet kunne ha blitt forsterket – overfor utenverdenen så vel som her hjemme – dersom departementet hadde forklart at den så på traktaten som så viktig at den fant det nødvendig å initiere grunnlovsendring – og at en kort utsettelse av tidspunktet for norsk ratifikasjon derfor var nødvendig? Det er ingen grunn til å tro at pådriverrollen ville ha blitt svekket gjennom en slik argumentasjon eller gjennom den forsinkelse på litt over ett år som i så fall hadde vært nødvendig.

På denne bakgrunn er det viktig å være oppmerksom på at det anstrengte forhold mellom Roma-vedtektene og enkelte deler av den norske grunnloven uten vesentlig uleilighet kan repareres gjennom grunnlovsendring etter valget i 2005. Argumentet om Norges moralske autoritet i en rettsstatlig sammenheng – som her – taler klart og entydig i retning av at et slikt skritt bør tas. Etterfølgende opprydding – slik bl.a. Sverige tar sikte på – vil være bedre enn å bevare den nåværende, lite tilfredsstillende situasjon.

Roma-vedtektene og den konstitusjonelle kultur

På de foregående sidene er det gitt noen opplysninger om ulike lands holdninger til forholdet mellom regler om konstitusjonell immunitet og statenes samarbeidsplikter etter Roma-vedtektene. Sammenligningen gir grunnlag for flere interessante betraktning om ulikheter i konstitusjonell kultur.

Mange forhold vil kunne påvirke betydningen av konstitusjonell argumentasjon i et land og den måten som grunnloven blir tolket og anvendt på. Enkelte slike forhold er trukket frem i de foregående avsnitt: Hvor lett er det å endre grunnloven? Er lovforslag, traktater m.v. underkastet uavhengig forhåndskontroll med sikte på forholdet til konstitusjonelle normer? Hvor mulig eller sannsynlig er det at uavhengig kontroll vil bli utløst i ettertid?, osv. I en mer fullstendig diskusjon må vi også trekke inn en rekke andre forhold, så som vekten av investert politisk kapital, styrken av grunnlovens symbolkraft og de aktuelle reglenes alder og klarhet. I sum: Spørsmålet gjelder den konstitusjonelle kultur i hvert enkelt land.

Den fremgangsmåte som er valgt i Norge kan bare forstås i lys av den nasjonale konstitusjonelle kulturen. Saken om samtykke til ratifikasjon av Roma-vedtektene gir i det minste et interessant eksempel på nivået av konstitusjonell bevissthet i deler av embetsverk og politikk. Jeg finner god grunn til å anta at saken også er representativ for en viktig trekk ved den etablerte mentalitet.

Det faktum at sakens konstitusjonelle side praktisk talt ikke har vært nevnt i Stortinget eller i den offentlige debatt, kan tyde på at tilstanden er mer generell. Men da må det samtidig nevnes at departementets måte å fremstille saken på har gjort det vanskelig for folk uten særlig interesse for disse spørsmål å gripe poenget. Stortingets hovedoppgave er *ikke* å klarlegge og utrede slike spørsmål på egen hånd.

Dersom vi tar utgangspunkt i proposisjonens omtale av saken, kan problemstillingen formuleres slik: Departementets tolkning av grunnloven § 5 er åpenbart ikke – slik departementet selv ville ha det til – mer ”rasjonell” enn mer lojal tolkning av grunnloven ville ha vært. Hvorfor ble den likevel ansett som ”nødvendig”?

Det forelå ingen form for nødstilstand som er egnet til å begrunne et slikt syn. Derfor må svaret helst søkes annetsteds. En del av bakgrunnen ligger trolig i at regjeringen i praksis har sluttet å ta den form for medansvar for grunnlovens videreutvikling som ligger i aktiv bruk av retten til å initiere grunnlovsendring. I stedet har utviklingen lenge gått i retning av

å tolke grunnloven på den måte som ledende embetsmenn i departement eller domstol oppfatter som ”rasjonell”. Ikke rent sjelden har dette ført til resultater som stemmer dårlig med det en rimelig – la oss si *lojal* – tolkning av grunnloven kunne tilsi.

På denne måten faller proposisjonen – og det syn på grunnlovens rolle som ligger bak – inn i en mer generell tendens til å tolke grunnloven ”i lys av de forestillinger og oppfatninger som gjør seg gjeldende i samfunnet” (Andenæs).

Et ganske vidtgående uttrykk for et slikt syn finner vi i Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus-saken). Saken gjelder et så sensitivt område som den politiske ytringsfrihet – friheten til ”frimodige ytringer om statsstyrelsen” – etter grunnloven § 100 tredje pkt. Likevel slår flertallet uten nærmere diskusjon fast at grunnlovsvernet ”åpenbart” må ”vurderes på bakgrunn av den utvikling vårt samfunn har gjennomgått” siden 1814 (Rt. på s. 1832). Også den stadig gjentatte ”læren” om at visse typer av grunnlovsfestede rettigheter skal ha svakere vern enn andre rettigheter som grunnloven i prinsippet stiller på lik linje, må forstås i et slikt perspektiv. Utvikling av rettspraksis og parlamentarisk praksis i den retning som slike uttalelser og ”prinsipper” anviser, vil imidlertid bare kunne skje ved at de ”autoriserte” tolkerne på egen hånd *endrer* grunnlovsbestemte normer som gjelder fordi Stortinget har latt dem stå uendret.⁶

For demokratiet ville det være bedre om endringer som måtte fremstå som ønskelige, ble vedtatt av Stortinget etter forutgående offentlig debatt. Hverken departementene eller Høyesterett har noen særskilt legitimitet til å foreta slike endringer på egen hånd. Grensen mellom ”tolkning” og ”endring” – eller ”grunnlovsbrudd” – er naturligvis ikke skarp. Likevel må vi kunne slå fast at slik rettskapende virksomhet av konstitusjonell karakter som vi her står overfor, er vanskelig å forlike med demokratiets behov for å forankre de konstitusjonelle normer som domstolskontrollen skal bygge på, i vedtak av de politisk ansvarlige myndigheter som ifølge grunnloven har slik kompetanse.

Proposisjonen om Norges forhold til Roma-vedtektene kan leses som uttrykk for den holdning at grunnloven er noe man tolker seg bort fra, men ikke endrer. Et slikt program vil ikke kunne gjennomføres uten at grunnlovens potensiale som redskap for politisk handling blir ytterligere svekket.⁷

Fotnoter

- 1 Et forarbeid til denne artikkelen ("Grunnlovsendring eller grunnlovsbrudd? Norge og den internasjonale straffedomstolen") er trykt i Lødrup m.fl. (red.): *Retts teori og rettsliv, Festskrift til Carsten Smith* (Oslo, 2002: Universitetsforlaget), s. 763–775.
- 2 Om rekkevidden av det tradisjonelle utgangspunkt om at ratifikasjon ikke kan skje før det er truffet vedtak om endring av norsk lov som traktaten står i strid med, se Backer: Ratifikasjonssamtykke og lovvedtak, i: *Stat, politikk og folkestyre. Festskrift til Per Stavang* (Bergen, 1998: Alma Mater) s. 249 flg.
- 3 Reformen av statsrådsansvaret i Frankrike på 1990-tallet presenteres av Guy Scoffoni i E. Smith (red.): *Makt uten ansvar? Om Riksretten i vår tid* (Oslo, 1997: Tano Aschehoug).
- 4 Teksten må forstås i lys av at den belgiske konstitusjonen gjennom de siste tiår har gjennomgått en nesten kontinuerlig reform i føderal retning.
- 5 Jfr mine bemerkninger i "Kongen og masten. Om grunnlovens rolle i vår tid", *Nytt Norsk Tidsskrift* 1-1999 s. 53–66. (Også trykt i min *Stat og rett* (Oslo, 2002: Universitetsforlaget), s. 98 ff.).
- 6 Jfr nærmere min artikkel "Høyesterett – en trussel mot demokratiet?", *Lov og Rett* 1999 s. 451–486. (Også trykt i min *Stat og rett*, op. cit., s. 372 ff.).
- 7 Jfr nærmere i min "Fra Eidsvold til Westminster? Om synet på grunnloven som politisk redskap", i Trond Berg Eriksen, Erik Newth, Stein Ringen, Eivind Smith: *Fakler – om vitenskap og samfunn* (Oslo, 2002: Gyldendal Akademisk) s. 146–207.

Riksdagen som grundlagstolkare

Inledning

Det tycks, i vart fall i Sverige, finnas en relativt utbredd misstro bland jurister mot riksdagen i rollen som grundlagstolkare.¹ Denna misstro är på sätt och vis paradoxal eftersom just grundlagens regler är sådana som jurister relativt sällan har anledning att själva tolka – rättsliga tvister med grundlagsdimensioner hör fortfarande till ovanligheterna i Sverige – utan där politiker i samband med lagstiftningsärenden är den grupp som faktiskt använder grundlagarna och har tillfälle att praktiskt tolka dessa. Man kan alltså något tillspetsat säga att de som inte själva har någon större erfarenhet av grundlagstolkning kritiserar de som har denna erfarenhet för att inte göra ett godtagbart arbete. Denna uppsats skall närmare försöka granska denna kritik och försöka se i vilken mån den är berättigad.

Till bilden hör att när politiker tolkar grundlag så sker detta ofta i samband med lagstiftning, och lagstiftning är en politisk gärning. Lagstiftning är uttryck för politisk makt och ett sätt att genomföra politiska program. Att det uppstår oenighet mellan företrädare för olika politiska partier under lagstiftningsarbetet är knappast ägnat att förvåna, inte heller att denna oenighet kan komma till uttryck i olika tolkningar av grundlagens krav på lagstiftningen. Vad som intresserar mig här är i vilken mån man kan tala om att politikerna tolkar grundlagen på sätt som är uppenbart främmande för jurister, det vill säga att man ignorerar rättskällematerial och vedertagna juridiska tolkningsmetoder för att driva igenom en politisk uppfattning.

För att undersöka denna fråga skall jag först kort presentera det svenska konstitutionsutskottet och dess uppgifter. Därefter skall jag närmare presentera argumentationen hos några företrädare för uppfattningen att riksdagsledamöterna inte förmår tolka grundlag på ett korrekt och tillräckligt juridiskt sätt. Denna uppfattning skall jag sedan kontrastera med det som möter läsaren av det offentliga trycket från riksdagen och jag skall särskilt ta upp ett under år 2001 inträffat fall, där de politiska skiljelinjer-

na var mycket tydliga och se hur dessa färgade av sig i grundlagstolkningen.

Grundlagstolkning i riksdagen – konstitutionsutskottet

Kan man tala om grundlagstolkning över huvud taget när det gäller riksdagens arbete? Enligt min mening är svaret ja på den frågan. Visserligen är riksdagens arbete inte rättstillämpning i den mening som vi vanligen förknippar med det ordet, men inte heller helt främmande för hur vi brukar uppfatta det begreppet.² Riksdagen tillämpar onekligen grundlagens regler när den lagstiftar och måste i den situationen ibland pröva om en föreslagen reglering överensstämmer med grundlag. Det blir därmed fråga om att tolka grundlagen.³

För svensk del har denna tolkning främst betydelse i samband med tillämpningen av bestämmelserna om normgivning i 8 kap. RF och rättighetsreglerna i 2 kap. RF. Den svenska regleringen av normgivningsmakten är tämligen detaljerad och bygger på ett antal grundläggande distinktioner som måste iaktas under lagstiftningen, såsom skillnaderna mellan offentlig rätt och privaträtt.⁴ Regleringen kan sägas bygga på en huvudtanke – att markera och skydda riksdagens överordnade ställning såsom denna kommer till uttryck i grundlagen.⁵ Hela systemet är ganska stelbent och har också kritiserats för att inte tillhandahålla de praktiska lösningar som man behöver vid lagstiftning.⁶ Dessutom har den konstitutionella verkligheten delvis sprungit ifrån den skrivna grundlagens konstruktion. Utgångspunkten att riksdagen skall vara den viktigaste producenten av rättsregler i samhället är i viss mån förpassad till att vara en fiktion, det är en tanke som inte längre är möjlig att uppnå, vare sig kvalitativt eller kvantitativt. Alltmer av för samhället central lagstiftning sker numera inom ramen för EU-samarbetet, den svenske lagstiftaren har idag knappt resurser att göra annat än se till att vi efterlever våra förpliktelser på det området.⁷ Riksdagen har dessutom kommit att genom delegation av normgivningsmakt till regeringen och genom olika typer av ramlagstiftning etc. avhända sig en hel del av den faktiska normgivningsmakten till regeringen eller den underställda myndigheter.⁸

Riksdagen företräds i lagstiftningsfrågor normalt sett av sina utskott och i grundlagsfrågor är det konstitutionsutskottet som handhar ärendet. KU är parlamentariskt sammansatt med en fördelning av platserna som motsvarar den parlamentariska situationen, med en ordförande som väljs

från oppositionen. Utskottet har ett eget kansli med sakkunniga som biträder ledamöterna. Kanslipersonalen utgörs huvudsakligen av jurister och statsvetare. När man nu frågar efter riksdagen som grundlagstolkare blir det naturligt att främst rikta uppmärksamheten mot just KU. Det är främst i KU som debatt om dylikt kan förväntas förekomma. Inte minst sammanhänger detta med KU:s roll som kontrollorgan över regeringen enligt 12 kap RF. KU skall enligt 12 kap. 1 § granska statsrådets tjänsteutövning och regeringsärendenas handläggning. Det är inte ovanligt att konstitutionella spörsmål också dyker upp i olika sammanhang kring denna granskning. Man kan alltså konstatera att ledamöterna i KU har en rätt bred erfarenhet av att hantera grundlagsfrågor eftersom det ingår i både det beredande arbetet och i det kontrollerande.⁹

Några uttalanden i doktrinen om riksdagen som grundlagstolkare

Som nämnts inledningsvis finns det en del skeptiska yttranden i litteraturen om KU verkligen är den goda grundlagstolkare som man kan hoppas på. Grunden till detta kan vara ett uttalande av KU i samband med införandet av lagprövningsrätten i grundlag 1979. KU sade då att det krav på uppenbarhet som bestämmelsen i 11 kap. 14 § innehöll var en tydlig markering att det organ som var ensamt behörigt att stifta grundlag också måste anses vara den instans som var bäst ägnad att pröva lagars grundlagsenlighet.¹⁰ Denna rätt självbelättna attityd har sedermera upprört konstitutionellt intresserade författare och kanske bidragit till den kritiska hållning som jag nu går över till att ge en kort exposé över.¹¹

Jag har valt att ta exempel på den diskuterade attityden från tre personer med relativt olika utgångspunkter. Bertil Bengtsson är den förste, en person med erfarenheter från Högsta domstolen, Lagrådet och tjänstgöring som professor i civilrätt. Jesper Ekroth får representera en yngre generation juridiska forskare, nyligen disputerad.¹² Statsvetaren Karl-Göran Algotsson får tillhandahålla ett utomjuridiskt perspektiv på frågan och ge sin vetenskaps bild av riksdagens arbete med grundlagsfrågor.¹³ Tillsammans hoppas jag att de tre kan sägas representera ett någorlunda rättvisande urval av kritiska röster.

Bengtsson kom 1989 med en något besviken redogörelse för hur KU tolkade grundlag.¹⁴ I denna redogjorde han för ett antal ärenden där frågor om grundlagstolkningen uppkommit och konstaterade att utskottets

juridiska praxis tycktes vara tämligen politiskt färgad.¹⁵ Några fall gällde frågan om delegation kunde medges eller ej, andra gällde reglering av företagshemligheter och kroppsvsitation.¹⁶ I ett fall fann Bengtsson att det uppenbart var fråga om politiska ställningstaganden och det var i samband med KU:s uttalanden om hur 11 kap. 7 § skall tolkas. Bestämmelsen behandlar de svenska förvaltningsmyndigheternas självständighet visavi regeringen, och KU var oenigt om hur vidsträckt denna självständighet skulle tolkas. Den oenighet som framkom var dock inte direkt dragen efter de politiska "stridslinjerna" (folkpartiet hade samma uppfattning som socialdemokraterna), varför de olika tolkningarna nog berodde på andra saker än partipolitik.¹⁷ Sammantaget menade Bengtsson dock att det i de flesta fall var så att meningsskiljaktigheterna i utskottet nog skulle kunna förekomma också i en domstol. Totalt noterade han fyra mer uppenbart politiskt färgade ärenden under en tioårsperiod. Vidare noterades att "vilda" grundlagstolkningar oftare härrörde från en utskottsminoritet än från en majoritet – något som inte förvånar eftersom den överröstade minoriteten vanligen nog är mer benägen att vara kritisk.

Vad Bengtsson främst vände sig emot efter sin genomgång var att ledamöternas grundlagstolkning kunde uppfattas som förutsebar utifrån deras politiska hemvist – det saknades en viss självständighet som man kan förvänta sig att till exempel domare skulle ha.¹⁸ Han noterade att det nog ibland kan sägas att en domare är förutsebar i sitt dömande, men att den skillnaden föreligger att ett sådant regelbundet handlande mer beror på hur man dömt i tidigare mål och inte på politisk övertygelse.

Den kritiska (rättspolitiska) frågan blev för Bengtsson om man mot denna bakgrund kan säga att respekten för grundlagen befordras av att KU tolkade grundlagen på ett sätt som kan misstänkas för att vara politiskt färgat. Tas grundlagen på allvar när krassa majoritetsförhållanden i utskottet faller avgörandet för tolkningens resultat? Hans svar var nekande. Statsrätten riskerar att politiseras och i sig medför detta att KU:s utgångspunkt, att riksdagen är bäst lämpad att tolka grundlag, inte är hållbar. Domstolarna som grundlagstolkare vore, enligt Bengtsson, bättre skickade att upprätthålla allmänhetens förtroende för de konstitutionella fundamenten.¹⁹

Ekroth har i samband med en uppsats om KU:s granskning av regeringen kommit in på liknande synpunkter på ledamöternas politiska bakgrund och de juridiska konsekvenserna därav. Han menar att ledamöternas tolkning av rättsregler på ett tydligt sätt följer den partipolitiska tillhörigheten.²⁰

Ekroth ger ett antal exempel på detta och jag skall återge två. Det första gäller användandet av utnämningmakten. Enligt 11 kap 9 § RF skall statlig tjänst endast tillsättas på sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet. De borgerliga oppositionspartierna har under en tid kritiserat regeringen för att denna utnämner socialdemokrater och fackföreningsledare till högre chefsposter i staten i en orimligt hög utsträckning och de har menat att denna utnämningspolitik måste strida mot kravet på att endast ta hänsyn till sakliga grunder – partitillhörighet har istället blivit den viktigaste faktorn. Majoriteten i KU har inte anslutit sig till kritiken. Istället har man ansett att det är främst regeringen som avgör vilka krav som skall ställas på skicklighet och förtjänst, eftersom det är regeringen som konstitutionellt getts utnämningmakten.²¹ ”I linje med vad statsminister Göran Persson framförde under utfrågningen anser utskottet att det är regeringen som, till följd av utnämningmakten, avgör om en person uppfyller de krav på förtjänst och skicklighet som gäller som förutsättning för en viss utnämning.”²² Ekroth ser detta som ett tydligt tecken på att majoritetens tolkning av RF är mer influerad av partihänsyn än av rättsliga överväganden.²³

Ett andra exempel utgörs av regeln om regeringsärendens beredning i 7 kap. 2 § RF och dess tillämpning i ett ärende om förläggning av en etnografisk museimyndighet till Göteborg.²⁴ Handläggningsregeln säger att behövliga upplysningar och yttranden skall inhämtas från berörda myndigheter. Majoriteten i utskottet konstaterade att förslaget utarbetats efter det att betänkande avgivits och remissvar behandlats. Det slutgiltiga förslaget hade bibringats berörda myndigheter per telefon dagen innan eller samma dag som regeringen redovisade sitt förslag.²⁵ Utskottet fann att beredningen skett i den i regeringsformen föreskrivna ordningen. Utskottets minoritet, som bestod av ett flertal oppositionspartier, fann att förslaget att förlägga museet till just Göteborg inte funnits med i regeringens ursprungliga förslag och inte kommit till berörda myndigheters kännedom förrän på ett mycket sent stadium. Vidare konstaterades att det inte rört ett speciellt brådskande ärende, där det varit motiverat att frångå vanliga handläggningsrutiner. Detta innebar, menade minoriteten, ett brott mot 7 kap. 2 § RF.²⁶ Ekroth konstaterar att grundlagens krav på handläggningen knappast blev klarlagt genom det starkt delade KU:s yttrande.²⁷

Sammantaget menar Ekroth att KU-ledamöterna i alltför hög grad är politiskt känsliga (eller jäviga) för att utgöra trovärdiga uttolkare av grundlagen och därmed på ett sakligt och objektiva sätt kunna fullgöra sin konstitutionella kontrollfunktion.²⁸

Algotsson har i ett antal böcker behandlat konstitutionella frågor av intresse inte bara för statsvetare, utan också för jurister. I den senaste, *Äganderätt och demokrati* (2001), tas just frågan om riksdagens ledamöter som grundlagstolkare upp. I samband med ändringen av 2 kap 18 § RF under 1994 uppkom en het konstitutionell debatt om hur det nya stadgandet skulle tolkas – enligt sin ordalydelse (vilket medförde ett nytt rättsläge) eller enligt sina förarbeten (vilket medförde ett oförändrat rättsläge). Algotsson redogör för den splittrade debatten, där socialdemokrater och vänsterparti stod för en förarbetstrogen tolkning, medan borgerliga ledamöter var inriktade på ordalydelsen.²⁹ Han konstaterar att denna spänning troligen uppstått genom ”kohandel”, men påpekar också att även framstående jurister var oeniga om hur rättskällorna borde värderas i den uppkomna situationen.³⁰

Även vad gäller de så kallade forskningsstiftelserna fanns det en skiljelinje vad gäller tolkningen av grundlag i det att socialdemokraterna utifrån 2 kap. 18 § RF formulering menade att skyddet gäller när egendom tvångsvis överförs till andra. Förslaget i den frågan var att ändra i stiftelselagen så att vissa stiftelsers ändamål kunde ändras av regeringen. Eftersom ett sådant ändrande av ändamål inte i formell mening betyder att någon egendom överförs från stiftelsen till någon annan föll den föreslagna ändringen inte under 2 kap. 18 § RF enligt den socialdemokratiska regeringen. Den borgerliga oppositionen var kritisk och framhöll att det i praktiken var ett sätt att tvångsvis föra in stiftelserna i statsbudgeten och att detta måste strida mot själva grundtanken med egendomsskyddet i 2:18. Algotsson karakteriserar striden som en mellan bokstavstolkning och ändamåls-tolkning.³¹

Algotssons starkaste invändning mot politikernas grundlagstolkning tycks dock vara den uppenbara bristen på konsekvens – att de byter tolkningsmetod, till och med när det gäller tolkningen av samma bestämmelse såsom i fallet med 2 kap. 18 § RF.³² Detta visar också att det är politiska överväganden, och inte juridiska, som avgör tolkningen, menar Algotsson. Över huvud taget är Algotssons slutsats att grundlagens vaga utformning medför att samhällsdebatten kring lagstiftningsfrågor med konstitutionell koppling grumlas och blir onödigt juridisk och att detta i sig är en nackdel för det politiska systemets legitimitet.³³ Om jag förstår honom rätt är grundlagstolkning något som i möjligaste mån bör undvikas genom klara och exakt utformade grundlagsregler.³⁴

Vi har nu sett hur företrädare för doktrinen i olika sammanhang

framhållit det som problematiskt att politiker tolkar grundlag och att det främsta problemet som de angivna författarna funnit med detta har varit att partitrogenhet och partivärderingar kommit att spegla deras grundlagstolkningar, när en sådan tolkning borde ha skett mer objektivt.

En teoretisk reflektion

Jag skall i det följande bortse från den mer teoretiska ansats man skulle kunna ha på dessa synpunkter – låt mig bara antyda den här. Om man, som jag, utgår från att juridiken i sin praktiska tillämpning är fylld av situationer där värderande ställningstaganden krävs, så är det också naturligt att utgå från att den beslutsfattande personens värderingar kommer att ha betydelse för tolkningen. Tolkning av lag måste göras av människor, människor är tolkande varelser med värderingar av olika slag och dessa värderingar måste ha viss inverkan på tolkningen. Någon värderingsfri tolkning – och i den meningen objektiv kunskap om rätten – kan inte förekomma.³⁵ Det utmärkande för den juridiska tolkningen är att den är en inom vissa ramar bunden tolkning. Hanteringen av rättskällorna och den juridiska argumentationens former är några av de viktigaste formerna för denna bundenhet.³⁶ Med denna utgångspunkt är det lätt att förklara behovet av särskild domareetik eller rättskultur som skall befordra de värderingar som finns inbyggda i rättssystemet som tankemodell – rättssäkerhet, opartiskhet, etc.³⁷

I tolkningsfrågor där olika svar *kan* ges med acceptabel hantering av det juridiska källmaterialet, spelar sådana faktorer med all sannolikhet en viss (och kanske till och med avgörande) roll. Som Bengtsson konstaterar kan också domare ibland vara rätt förutsebara i sitt dömmande, i vart fall av dem som närmare känner domaren i fråga (kollegor, advokater som ofta uppträtt inför domaren, etc.).³⁸ Undersökningar av saken visar att det är tämligen lätt att kategorisera hur en domare dömer om man bara har ett statistiskt material att utgå ifrån.³⁹ I den meningen – hur lätt det är att förutse hur en domare dömer – är det nog mindre som skiljer mellan det politiskt sammansatta KU och av jurister (och nämndemän) bestående domstolar än vad man först kan tro. Att det till exempel finns ett visst behov av att vara konsekvent är nog allmänmänskligt, men också att det måste gå att ändra sig om man finner goda skäl därtill.

I frågan om bestämmelser som uppenbart anknyter till mer allmänna värderingar – vad som utgör angelägna allmänna intressen eller vad som är

en rimlig avvägning mellan mål och medel i ett visst fall (proportionalitet) – kan det svårigen antas att domarnas ställningstaganden skulle vara opåverkade av deras mer allmänna hållning i värdefrågor.⁴⁰ Även om detta inte är politiska ställningstaganden i strikt mening så är det tydligt att också politiska hållningar i sin tur grundas i mer allmänna värderingar. Att politikens väl kända grundvärderingar angående till exempel förhållandet mellan enskilt ägande och miljöintressen kommer fram i fall där resultatet av tolkningen är öppet är därför knappast förvånande. Den avgörande skillnaden är kanske snarare att domarnas värderingar inte är offentligt kända och att en domare inte rimligen kan tänkas göra flagranta avsteg från de krav som den juridiska metoden ställer på hanteringen av rättskällorna. Frågan är då: är KU som institution ett organ som gör sådana avsteg?⁴¹

Ett praktiskt exempel

Låt oss nu ta ett praktiskt exempel som är närliggande i tiden och som kan användas för att illustrera en tes, nämligen den att KU:s grundlagstolkning inte är så politiskt färgad att den går utöver vad den juridiska metoden skulle kunna acceptera som godtagbara argument i en mer strikt juridisk prövning.

Mitt exempel gäller frågan om TV 4:s koncessionsavgift och det ”lagstiftningsdebacle” som uppkom i Sverige under våren 2001. Bakgrunden var den att det i lagen om koncessionsavgift på televisionens område stadgades att avgift endast kunde tas ut om det avgiftsskyldiga bolaget var ensamt om att sända reklamfinansierad TV i det markbundna nätet. I december 2000 beviljade regeringen tillstånd för flera andra företag utöver det tillstånd som redan gällde för TV 4 att sända reklam-TV.⁴² Följden av detta blev att Radio- och TV-verket i april 2001 fann sig förhindrat att ta ut avgift för det året, eftersom lagens krav inte längre uppfylldes. I sak inrebar detta att staten gick miste om inkomster om cirka 500 miljoner kr. I det läget agerade regeringen snabbt och kom i maj med ett förslag till ändringar i lagen, med innebörden att avgiftsskyldigheten skall omfatta programföretag som sänder *analog*a sändningar i det markbundna nätet och som är ensamma om detta. Lagen föreslogs träda i kraft den 1 juli. För perioden juli till december 2001 föreslogs vissa ändringar i beräkningsgrunderna för avgiften, vars effekt var att den sammanlagda avgiften för året blev cirka 500 miljoner, det vill säga det som staten fått i inkomster om inget misstag hade skett från början.

Det kan nämnas att själva syftet med avgiften är att kontra de marknadseffekter det får att ett företag har just ensamrätt till reklamsändningar. Avgiften baserades därför delvis på reklamintäkterna – en rörlig del av avgiften. Avgiften beräknades också utifrån en fast kostnad. I grund och botten handlar avgiften alltså om att försöka kompensera för en situation där det inte finns någon konkurrens om reklamutrymmet i TV och där detta gynnar ensamrättsinnehavaren ekonomiskt.⁴³

I skrivningarna kring fallet kom fram att regeringen fortfarande uppfattade att TV 4 hade ett väsentligt marknadsövertag visavi andra programföretag och att avgiften därför fortfarande var motiverad. Regeringen noterade bland annat att TV 4 var det enda företaget med landstäckande sändningar med reklam, medan konkurrenterna inte hade mer än 60 procents täckning.⁴⁴

I propositionen angav regeringen också att regleringen byggde på att endast ett företag hade tillståndet i fråga och att det företag som det var fråga om att ge tillståndet därför måste bli det som redan hade tillstånd.⁴⁵ Särskilt som TV 4 redan hade ett tillståndsbeslut till 2005 var detta en närmast ofrånkomlig slutsats.

Regeringen fann att det med hänsyn till förbudet mot retroaktiv skatt och avgift i 2 kap. 10 § RF inte kunde komma på fråga att basera den rörliga delen av avgiften på reklamintäkter som TV 4 haft innan lagen trätt i kraft. Mot bakgrunden av syftet med regleringen – att inte snedvrیدا konkurrens på grund av TV 4:s ensamställning – var det enligt regeringen viktigt att storleken på avgiften beräknades på ett sådant sätt att detta syfte kunde nås och att TV 4 inte skulle få någon särskild fördel av den uppkomna situationen. För halvåret juli–december 2001 höjdes därför avgiften tillfälligt, för att från och med 1 januari 2002 återgå till vanlig beräkningsgrund.⁴⁶

Lagrådet yttrade sig och anförde kritik på flera punkter. Beredningen hade enligt Lagrådet varit så knapphändig att den endast nödtorftigt uppfyllt kraven i 7 kap. 2 § RF.⁴⁷ Vidare var Lagrådet kritiskt till hur avgiften för 2001 kommit att utformas. Effekten av regleringen blev, menade Lagrådet, att TV 4 fick betala vad de annars fått betala och att statskassan under det andra halvåret 2001 alltså återfår vad den förlorat det första halvåret. Lagrådet ansåg att förslaget var ett ”flagrant försök att kringgå förbudet mot retroaktiv skattelagstiftning” och stred därför mot grunderna för förbudet.⁴⁸ Dock fann domstolen att förslaget inte stred mot grundlagens ordalydelse och att det därför inte var sannolikt att en domstol skulle finna lagen uppenbart grundlagsstridigt vid en prövning enl. RF 11:14.

Regleringen var nu trots detta ändå grundlagsstridig, eftersom den förhöjda avgiften under 2001 var en lagstiftning som uppenbart riktade sig mot enbart en (juridisk) person – TV 4. Lagrådet menade att det brast i kravet på generella (allmängiltiga) regler vid lagstiftning. Principen om normers allmängiltighet kan bland annat kopplas samman med bestämmelsen i 11 kap. 8 § RF som anger att rättskipnings- eller förvaltningsuppdrag inte får fullgöras av riksdagen i vidare mån än som följer av grundlagen eller riksdagsordningen. Principen kan sägas komplettera den bestämmelsen genom att hindra riksdagen från att tillgripa lagformen för att meddela beslut av rättskipnings- eller förvaltningskaraktär. I rättspraxis har principen kommit till uttryck och regleringars överensstämmelse med principen har prövats genom att deras ordalydelse och motiven till dem studerats.⁴⁹ Förslaget ordalydelse fann Lagrådet uppfylla kravet på allmängiltighet, där talades bara om *programföretaget*. Däremot fann man att propositionens tillfälliga beräkningsgrunder var avpassade till just TV 4. Bland annat angavs att den uppkomna situationen inte skulle ge TV 4 några ekonomiska fördelar eller nackdelar. Lagrådet konstaterade att de föreslagna bestämmelserna inte kunde antas vara avsedda att tillämpas på annat programföretag än TV 4 och att de därför inte uppfyllde kravet på normers allmängiltighet och därigenom stred mot regeringsformen.⁵⁰

Så – vad händer nu? Utgår vi från det perspektiv som företrädarna i doktrinen ovan angett kan vi bara vänta oss en sak: Den socialdemokratiska vänstermajoriteten i utskottet gör allt den kan för att rädda regeringens förslag och vänder och vrider på grundlagen för att nå detta syfte. Man är helt enkelt uppenbart politiska i sina ställningstaganden. Därmed inte sagt att man inte skulle kunna klä sin ståndpunkt i juridiska termer. Man kunde till exempel bemöta Lagrådets kritik mot att lagen inte uppfyller kravet på allmängiltighet med att det finns undantag från detta krav och att detta fall inte är annorlunda än dessa.⁵¹ Vidare kunde det framhållas att reglerna är generellt utformade och att det faktum att det av förarbetena framgår att TV 4 är den enda tänkbara destinatären inte ändrar detta.⁵² Kritiken mot retroaktiviteten kunde bemötas med att Lagrådets kommentar var den att grundlagens ordalydelse inte sätter hinder i vägen för förslaget. Något som inte hindras av ordalydelsen kan då, hur olämpligt det än uppfattas vara av vissa, inte anses vara grundlagsstridigt. Så borde det ha gått till i KU om den politiska tillgängligheten varit avgörande för grundlagstolkningen.

Men, nej! Lagrådets kritik om bristande allmängiltighet godtogs av alla

partier och KU lade ett eget förslag för riksdagen som avsåg att bota förslaget från det problemet. Man strök de särskilda avgiftsreglerna för andra halvåret 2001 och accepterade det ekonomiska bakslag detta innebar. Som en effekt av detta utgick också alla delar om retroaktiviteten ur förslaget. Här kan man spåra en viss politisk skiljelinje om hur olika delar av utskottet ställt sig till frågan i förväg. De borgerliga framhöll i motioner att det inte var godtagbart i en rättsstat att "staten agerar på detta vis för att man riskerar att gå miste om koncessionsavgifter om några hundra miljoner kronor".⁵³ Utskottet som helhet (där majoriteten låg på vänster-skalan politiskt) konstaterar bara enigt att en följd av att en övergångspunkt styrks är att de särskilda beräkningsreglerna utgår.⁵⁴ Man lägger till och med ett förslag som avser att inte medföra orimligt hög avgift för det andra halvåret 2001 på grund av förskjutningar i beräkningsgrunderna.

Vi ser alltså att utskottet accepterade Lagrådets kritik och att det inte rådde någon egentlig oenighet om det olämpliga i att utforma avgiften på det sätt som regeringen gjort. Politisk tillhörighet verkar här ha fått vika för en rimlig syn på grundlagens skydd, trots att Lagrådet konstaterade att det enligt grundlagens ordalydelse inte var något fel med lagförslaget i retroaktivitetshänseende och trots att mer eller mindre goda argument av juridisk karaktär kunde ha framförts för att stödja regeringens förslag. Man kan konstatera att den mest skeptiska synen på politikernas grundlagstolkning inte bekräftats i detta ärende, där det ändå fanns goda möjligheter att "rädda" regeringens förslag.⁵⁵

Doktrin och praxis

Jag har kunnat konstatera att det finns en uppfattning i doktrinen att riksdagen som grundlagstolkare inte är pålitlig därför att ledamöterna är för politiska i sina bedömningar. Jag har kontrasterat denna uppfattning mot ett färskt exempel på att det inte ens i politiskt heta frågor behöver uppkomma någon djupare oenighet i det utskott som främst tolkar grundlag – KU – och att tolkningen av grundlagens krav inte ens då med nödvändighet antar partipolitisk karaktär. Och detta i ett fall där det fanns juridiskt acceptabla argument för olika tolkningar.

När det sedan gäller den mer generella bild som Bengtsson, Ekroth och Algotsson tecknat finnas anledning att, mot bakgrund av den ovan konstaterade enigheten i grundlagstolkningen i ett kontroversiellt fall, göra några kommentarer.

Bengtsson: tolkningsmetoder och ärendemängd

Bengtsson diskuterar egentligen bara 15 ärenden och finner i elva av dessa att olika tolkningar är ”rimliga” – det vill säga att de överensstämmer med hur en domstol skulle ha kunnat resonera. I fyra ärenden menar Bengtsson att politiska övertoner bidrar till en ”orimlig” tolkning. Den bedömningen motiverar Bengtsson i två av ärendena utifrån att man tolkat grundlagen i strid med förarbetsuttalanden och det är det han vänder sig emot såsom avvikande mot hur en domstol skulle ha resonerat. I dag kanske en sådan mindre förarbetstrogen tolkning inte anses vara orimlig och därmed inte heller tydligt politisk.⁵⁶ Inte minst gäller detta mot bakgrund av att grundlag (enligt förarbetena) skall tolkas som vanlig lag och att systematiska hänsyn och ändamålsöverväganden torde ingå i en sådan ”normal” lagtolkningsmetod.⁵⁷

Försiktigt räknat kan det antas att KU behandlar cirka 30 ärenden med grundlagsanknytning per år, på tio år är detta 300 ärenden. Bengtsson har i sin undersökning funnit en ”märklig” grundlagstolkning i 4 av fallen under perioden 1980–1989, något som utgör 1,3 % av ärendena under samma tid. Någon anmärkningsvärd grad av felaktiga tolkningar kan detta knappast anses vara. Även en undersökning av ärenden i nyare tid bekräftar denna bild.⁵⁸ Partipolitiska hänsyn är således inte så lätta att påvisa i KU:s praxis när det gäller tolkningen av grundlag.⁵⁹

Lavin konstaterar att han under tjänstgöringen i Lagrådet 1999–2001 i två fall fann det beklagligt att Lagrådets synpunkter på lagförslag inte gavs större vikt och att regering och riksdag relativt lättvindigt kunde frångå dessa. Mot bakgrund av att det var två ärenden av sammanlagt 174 (1,1 %) vill Lavin dock inte gå så långt som att påstå att Lagrådet behöver en vetorätt eller liknande.⁶⁰ Denna ståndpunkt överensstämmer väl med min egen hållning vad gäller KU:s grundlagstolkning, nämligen att sett mot den totala mängden ärenden är de där grundlagstolkningen är tvivelaktig inte slående. Det slående är snarare, mot bakgrund av den kritik som framförts mot KU, att tolkningen så sällan är juridiskt tveksam.

Ekroth: partipolitik och KU:s granskning

När det gäller Ekroths granskning kan man notera att inslaget av partipolitisk oenighet i ett av exemplen begränsade sig till att moderaterna som enda parti reserverade sig.⁶¹ Det var alltså inte fråga om någon stor partipolitisk oenighet och det talar för att det inte heller handlade om en

grundlagstolkning som var starkt influerad av partipolitik. Att det sedan är så att regeringsformens krav på förtjänst och saklighet kan tolkas olika är inte förvånande.⁶² I det andra exemplet var oenigheten större, men det måste konstateras att båda uppfattningarna hade fog för sig. Enligt förarbetena till regeringsformen skall beredningen av regeringsärenden innefatta remissyttranden från myndigheter, organisationer och andra enskilda. Detta framhålls som ett betydelsefullt inslag i den politiska beslutsprocessen.⁶³ Beredningen hade omfattat ett remissförfarande och de krav som grundlagen ställer kan i den meningen sägas vara uppfyllda. Å andra sidan måste det medges att det var en del brister i förfarandet och en tolkning att 7 kap. 2 § inte följts också hade skäl för sig.⁶⁴

Ser man till hur diskussionen gått i KU på senare tid kan det konstateras att just grundlagsfrågorna inte varit föremål för särskild oenighet utefter strikt partipolitiska linjer. Från 1999–2000 kan det nämnas att det var två ärenden där oenigheten gällde tolkningen av grundlag. I det ena var det frågan om ett lagstiftningsärende gällande fördelningen av radiofrekvenser enligt Yttrandefrihetsgrundlagens 3 kap. 2 §. Enligt andra stycket i denna bestämmelse skall det allmänna eftersträva att radiofrekvenserna tas i anspråk på ett sätt som leder till vidaste möjliga yttrandefrihet och informationsfrihet. I regeringens förslag till ändring av hur fördelningen skulle gå till (från auktion till myndighetsbeslut) ingick att hänsyn till ägarförhållanden i den övriga medievärlden och behovet av mångfald skulle vägas in i fördelningen.⁶⁵ Lagrådet konstaterade att förarbetena till bestämmelsen i yttrandefrihetsgrundlagen inte gav några besked om vilka krav som grundlagen ställde på ett system för fördelning av radiofrekvenser.⁶⁶ Man ställde sig dock tveksam till om regeringens förslag att bara beakta en del av medieutbudet och pekade särskilt på att IT-utvecklingen borde tas med i bedömningen av om någon hade en dominerande position eller ej. Här framhöll Lagrådet just bestämmelsens andra stycke och dess hänvisning till vidaste möjliga yttrandefrihet som stöd för utökade bedömningskriterier. Utskottsmajoriteten delade dock regeringens bedömning och framhöll att de nya aktörerna på Internet ännu inte hade samma betydelse som de mer traditionella massmedierna.⁶⁷ Minoriteten tog fasta på Lagrådets synpunkter, men avstod från att mera uttryckligt koppla dessa till grundlagen. Istället framhölls att förslaget var ”diskutabelt mot bakgrund av att vad som avses med mångfald och ägandeförhållanden inte analyserats tillräckligt i belysning av utvecklingen av Internet”.⁶⁸ Grundlagsfrågan som sådan kom således i skymundan och

någon oenighet om tolkningen av yttrandefrihetsgrundlagen var aldrig explicit.

I det andra ärendet gällde det KU:s granskning.⁶⁹ Enligt 10 kap. 6 § RF skall regeringen fortlöpande hålla utrikesnämnden informerad om förhållanden som kan få betydelse för riket och om det kan ske, överlägga med utrikesnämnden före avgörandet av alla utrikesärenden av större vikt. Sakfrågan gällde beslutet i EU att införa vissa åtgärder mot Österrike efter den omstridda regeringsbildningen där 1999. Majoriteten menade att det normala var att regeringen i den typ av fråga som det gällde skulle överlägga med nämnden, men framhöll att det varit ett ärende som uppkommit brådskande och att grundlagen gav utrymme för undantag från överläggningar i just sådana fall.⁷⁰ Utskottsmajoriteten angav tydligt att sådana underlåtenheter krävde mycket goda skäl. Minoriteten höll inte med, utan menade att regeringen borde ha kunnat hålla någon form av överläggning med utrikesnämnden eller i vart fall, mera formlöst, dess ledamöter.⁷¹ Regeringsformens krav hade inte uppfyllts, menade man. Majoritetens tolkning av bestämmelsen följer dess ordalydelse nära och värderingen av regeringens möjligheter att hålla överläggningar med nämnden bekräftas av (delar av) minoritetens rätt återhållsamma krav på någon form av underrättelse. Minoritetens tolkning av bestämmelsens krav i den aktuella situationen är, enligt min mening, väl strikt och i den meningen kanske politiskt färgad. Att bortse från att bestämmelsen uttryckligen anger ”om det kan ske” vad gäller överläggningar är något säreget. Å andra sidan kan framhållas att minoriteten mer verkar anse att överläggningar hade kunnat hållas och att regeringen gjort en felbedömning i denna del.⁷²

Algotsson: rättskällor och godtycke

Algotssons främsta indicium på att partipolitiska hänsyn i hög grad vägleder ledamöterna av KU i deras grundlagstolkning är hur olika sidor i den politiska kampen använder olika tolkningsmetoder i olika frågor, eller snarare, fäster olika vikt vid olika rättskälfaktorer såsom ordalydelse och förarbeten i olika frågor. Detta antyder att de helt enkelt ”lagar efter läglighet” och anpassar sin tolkning efter det politiskt gångbara och inte efter det juridiskt korrekta. Jag skulle vilja kommentera detta på två sätt, ett teoretiskt och ett praktiskt. På ett teoretiskt plan måste man vara medveten om att det inte finns korrekta juridiska tolkningar annat än just som uttryck för ett korrekt hanterande av rättskällematerialet.⁷³ ”Det rätta

svaret” finns inte – däremot finns det uppenbart felaktiga svar, dvs. sådana som helt saknar stöd i rättskällorna och i den juridiska tolkningsläran. Någon strikt skiljelinje mellan politiska och juridiska resonemang går alltså inte att uppställa så länge som argumentationen baseras på rättskällor och vedertagna tolkningsprinciper. Algotssons kritiska hållning mot politikererna i KU kan bero på att han inte beaktat detta förhållande i tillräcklig utsträckning. Inför valet mellan olika, juridiskt sett lika korrekta tolkningar, måste andra, ”icke-juridiska”, faktorer falla utslaget och där föreligger det ingen skillnad mellan KU och en domstol.⁷⁴

På det praktiska planet är det uppenbart att varje fall av tolkning sker i en viss kontext och att det inte finns en enda tolkningsmetod som alltid faller avgörandet. Den juridiska argumentationen är i någon mening eklektisk.⁷⁵ Tanken att en domstol alltid skulle döma med användande av samma tolkningsmetod (enbart efter ordalydelse, förarbeten eller ändamålsöverbäganden) är alltså fåfäng och inte ens önskvärd, en sådan stelbent rättstillämpning skulle ständigt leda till underliga resultat. Rätten, och därigenom även domstolarna, lever i en föränderlig värld.⁷⁶ Att då krampaktigt hålla fast vid en enda lösningsmodell för tolkningen av rättsregler hotar att inte bara förstelna, utan *förstena*, rättssystemet så att det inte kan fylla sina samhällliga funktioner.⁷⁷ Det är knappast möjligt att förvänta sig att KU skall kunna vara mer konsekvent än vad domstolar är när det gäller användningen av olika tolkningsmetoder och Algotssons kritik är också av det skälet något missriktad. Juridiken fungerar helt enkelt så att man inte kan bestämma vilken tolkningsfaktor som skall vara avgörande innan man sett det konkreta tolkningsproblemet.⁷⁸ Det förhållandet att olika tolkningsfaktorer blir avgörande är alltså i sig inte tillräckligt för att underkänna KU:s grundlagstolkning som politisk i en mening som står i kontrast till juridisk.

Avgörande måste istället vara om KU tolkat grundlag på ett sätt som inte är förenligt med juridisk tolkningslära. Ser man sedan till de konkreta fall Algotsson tar upp kan det konstateras att så inte är fallet. Tvärtom baseras ställningstagandena i princip alltid på faktorer som ordalydelse, syftet med bestämmelsen osv.

Slutsatser

Min slutsats är att farhågorna om riksdagens brister som grundlagstolkare är överdrivna och det av tre skäl: För det första beaktas inte mängden ärenden, utan olika enstaka meningsskiljaktigheter får överskugga det faktum att man i de allra flesta fall är eniga i sin tolkning av grundlagen. För det andra visar det sig i enskilda fall vara så att man inte kan belägga ett slaviskt följande av partilinjerna – såsom mitt exempel visat. För det tredje är det inte något konstigt att konstatera att grundlagstolkarens värderingar har betydelse för tolkningsresultatet och att detta också gäller politiker. Den riktiga faran – att riksdagen tolkar grundlag på ett sätt som helt strider mot den vedertagna juridiska metoden – kan knappast bekräftas av det material som finns tillgängligt. Att politiska bedömningar sedan kommer att influera tolkningen är knappast förvånande och inte heller illegitimt, riksdagsledamöterna är ju valda för att inom grundlagarnas ramar forma det samhälle vi lever i. Eftersom grundlagens ramar är vida och något vaga kan samhället omformas i enlighet med den politiska majoritetens vilja utan att konstitutionella hinder uppstår annat än undantagsvis. Det är nog en ordning som befördrar både det politiska och det juridiska systemets legitimitet.

Innebär mitt konstaterande att riksdagens tolkningar alltid är riktiga, såsom det famösa KU-uttalandet nämnt ovan antyder? Nej, det är inte det jag försökt säga i denna uppsats, utan bara att riksdagen inte alltid kan förutsättas vara en sämre grundlagstolkare än domstolarna bara för att de som tolkar grundlag i riksdagen inte är jurister. Det innebär inte att riksdagens tolkningar alltid är juridiskt acceptabla, lika lite som en tingsrätts lagtolkning inte alltid är acceptabel. För dessa fall finns lagprövningsinstrumentet i 11 kap. 14 § RF, som ger domstol möjlighet (och plikt) att underlåta att tillämpa en lag som uppenbart strider mot grundlag. Praktiskt sett torde detta vara något som händer mycket sällan. I realiteten är problemet med riksdagens grundlagstolkning inte att riksdagen skulle vara mycket olämplig som grundlagstolkare och att domstolarna därför ofta måste underkänna lagar (eller borde göra det om de var ”modigare”). Så ser inte verkligheten ut. Snarare är det fråga om att riksdagen av olika skäl inte kan förutse alla konstitutionella problem som en lagstiftning kan ge upphov till i praktiken. Det ger domstolarna en roll som ”konstitutionellt bollplank”, där lagar som i konkreta fall leder till konstitutionella problem prövas mot grundlag.⁷⁹ Det handlar inte om vilket organ som är ”bäst” på grundlagstolkning, utan om att se att olika organ kan fylla olika funktioner.

Riksdagen är inte så bra på grundlagstolkning att den aldrig kan begå ett misstag eller försumma någon grundlagsaspekt, såsom KU:s storvulna uttalande från 1979 kan uppfattas. Riksdagens grundlagstolkning är inte heller så bristfällig och uppenbart politisk som ibland hävdats i litteraturen. Sanningen, om någon sådan nu över huvud taget finns, ligger – som vanligt – någonstans mittemellan. Riksdagens grundlagstolkning håller sig inom den juridiska metodens ramar, samtidigt som den företas i en politisk miljö där grundlagens inneboende vaghet naturligtvis ger upphov till olika uppfattningar i tolkningsfrågor. Detta är inget dramatiskt systemfel eller något misslyckande i att skilja politik från juridik – det är istället en naturlig följd av den konstitutionella rättens särdrag: dess gränsöverskridande karaktär, dess dubbla natur. Erfarenheterna av riksdagen som grundlagstolkare återspeglar bara denna dubbla natur och leder i vart fall mig till slutsatsen att det går att upprätthålla grundlagens juridiska karaktär också på ett så utpräglat politiskt forum som lagstiftarens egen bakgård. Rätten och politiken är i praktiken alltså inte fiender, utan ömsesidigt möjliggörande sidor av samma mynt – den demokratiska rättsstaten.

Fotnoter

- 1 Enligt min uppfattning är detta ett mer utbrett fenomen som inte begränsar sig till Sverige, men det kan jag inte belägga här.
- 2 Se Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning (1992) s. 353 f.
- 3 Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd (1996) s. 848 har denna utgångspunkt, liksom de nedan diskuterade författarna.
- 4 Se Schäder, Begränsningar av lagstiftningsmakten, SvJT 2000 s. 232 för ett praktiskt exempel på betydelsen därav.
- 5 Se 1 kap. 4 § RF om riksdagen som folkets främsta företrädare. Fastän den svenska författningen ändrats i olika avseenden sedan 1975 och olika inslag av maktindelning kan sägas ha smugit sig in (domstolarnas ställning starkare, EU-medlemskap, etc.), så har folksuveränitetstankens dominerande ställning på just normgivningens område inte egentligen ifrågasatts, utom möjligen vad gäller kommunernas ställning. Se Algotsson, Sveriges författning efter EU-anslutningen (2000) s. 338 ff. och Nergelius, Maktodelningsbegreppet: historia, innebörd och tillämplighet i dagens Sverige, i: Berggren/Karlsson/Nergelius, Makt utan motvikt (1999) s. 65 vad gäller inslag av maktindelning i dagens svenska författning.
- 6 Se Strömberg, Normgivningsmakten (1999) s. 171 ff.
- 7 Lambertz, Lagstiftningsprocessen i en internationaliserad värld – problem och möjligheter, SvJT 2000 s. 243 och 246 och Wersäll, Lagstiftningsprocessen i en internationaliserad värld – förarbetenas förändrade roll, SvJT 2000 s. 254.
- 8 Se Sterzel, Författning i utveckling (1998) s. 88 ff, 107 ff och 130 ff.
- 9 KU behandlade 1997/98 15 propositioner och 55 motioner i samband därmed, ett mindre antal andra skrivelser, 232 motioner av allmän karaktär, avgav 35 betänkanden och 12 yttranden till andra utskott samt två granskningsbetänkanden med sammanlagt 34 fall eller punkter till behandling. Samma siffror för 1998/99 var något lägre, 12 propositioner 34 motioner i samband därmed, 137 allmänna motioner, 30 betänkanden, 4 yttranden och två granskningsbetänkanden med sammanlagt 27 fall eller punkter.
- 10 1978/79 KU:39 s. 13.
- 11 Se t.ex. Nergelius, Om grundlagstolkning, grundlagsvänlig lagtolkning och åsidosättande av grundlagsstridig lag, SvJT 1996 s. 849.
- 12 Ekroth disputerade 2001 vid Stockholms universitet på avhandlingen JO-ämbetet (2001).
- 13 Algotsson har under lång tid arbetat med konstitutionella frågor och deras hantering i riksdagen, alltifrån Medborgarrätten och regeringsformen (1987) till Sveriges författning efter EU-anslutningen (2000).
- 14 Bengtsson, Om konstitutionsutskottets lagprövning, i Om våra rättigheter IV (1990) s. 25 ff. Besvikelsen kanske kan ses som en reaktion på Bengtssons inlägg i lagprövningsdebatten, där han avrådde från att ge domstolarna utvidgade möjligheter till lagprövning och utgick från att riksdagen var det lämpligaste organet för grundlagstolkning, se Om domstolars lagprövning, SvJT 1987 s. 229 ff.
- 15 Bengtsson s. 35.
- 16 Bengtsson s. 32 ff.
- 17 Om detta, se Bull, Självständighet och pluralism – om vertikal maktindelning i Sverige, i: Festskrift till Fredrik Sterzel (1999) s. 118 ff. och 131.
- 18 Bengtsson s. 36 f.
- 19 Det är här som Bengtssons något omsvängda attityd till domstolarnas roll kommer till tydligast uttryck, se ovan not 14.
- 20 Ekroth, Några reflektioner angående konstitutionsutskottets granskning av regeringen, i: Berggren/Karlsson/Nergelius, Makt utan motvikt (1999) s. 191.
- 21 Synpunkten liknar det som anförts angående kriterier vid utnämningen av högre domare, se SOU 2000:99 s. 124 ff (särskilt 129 f. där det framhålls att regeringens konstitutionella ansvar ger garantier för att utnämningmakten används korrekt vad gäller domartjänsterna, men där det också påpekas att slutenheten i förfarandet och den bristande dokumentationen försvårar konstitutionell efterhandskontroll).

- 22 Majoriteten hänvisade i princip till utfrågningen av statsminister Persson, 1996/97 KU25 s. 38: "Beträffande utnämningarna av de dåvarande statsråden Sten Heckscher, Anna Hedborg och Mats Hellström menade Persson att det inte vägs in om någon har suttit i regeringen eller inte när man bestämmer vem som skall vara chef för en statlig myndighet. Enligt Persson utgår man från förtjänst och skicklighet. I de nämnda personernas fall framhöll Persson att det är mycket enkelt att försvara deras ådagalagda skicklighet. Persson pekade på Anna Hedborgs förtrogenhet med socialförsäkringssystemet och hennes insatser i samhällslivet i övrigt och på Mats Hellströms förtrogenhet med utrikespolitik och kunskap om Europa och EU. Persson hänvisade vad gäller Sten Heckscher till att den utnämningen granskades redan i samband med föregående års utfrågning av dåvarande statsministern.
- Persson framhöll att regeringen håller hårt på kravet på förtjänst och skicklighet och att om det inte vore så skulle vi i praktiken ha börjat en väg mot ett *spoils system*. Persson betonade vidare att vi inte har ett *spoils system* i Sverige och inte heller kommer att hamna där. Enligt Persson vore det märkligt om det inte bland den stora grupp förtjänta samhällsmedborgare som har valt att ägna sitt liv åt att förbättra och utveckla samhället, politikernas skara, fanns en och annan som skulle passa som chef i en offentlig verksamhet. Persson bedömde att erfarenheterna av att använda tidigare politiker som myndighetschefer hittills nästan undantagslöst har varit goda."
- 23 Ekroth s. 217.
- 24 1996/97:KU25 s. 140 ff.
- 25 1996/97:KU25 s. 147.
- 26 1996/97:KU25 s. 206.
- 27 Ekroth s. 219 f.
- 28 Ekroth s. 222 f.
- 29 Det kan noteras att även starka och självständiga domstolar ibland lägger avgörande vikt vid uttalanden i förarbetena, se till exempel den tyska författningsdomstolens avgörande i BVerfGE 97 198 (1998) och den amerikanska Supreme Court i *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979). En sådan grundlagstolkning är alltså inte nödvändigtvis dålig juridik.
- 30 Algotsson s. 42 ff.
- 31 Algotsson s. 69.
- 32 Algotsson s. 74
- 33 Algotsson s. 135 ff.
- 34 För en liknande uppfattning, se Holmström, *Domstolar och demokrati* (1998) s. 53 f. och 435.
- 35 Se Bull, *Mötes- och demonstrationsfriheten* (1997) s. 306.
- 36 Se Peczenik, *Vad är rätt?* (1995) s. 203 ff och 288 ff.
- 37 Se Wennström, *Rättens kulturgräns* (2001) för en diskussion av hur rätten (och juristerna) kommit att på olika sätt försöka avskärma sin verksamhet från andra samhällsfenomen och ur detta påverkat juristernas självsyn (se t.ex. s. 137 ff.).
- 38 Bengtsson s. 36 f. Se även Bengtsson, *Lagrådet och domstolarna*, i: Håstad/Lewin, *Politik och Juridik* (1999) s. 64 f. om betydelsen av enskilda ledamöter i Lagrådet.
- 39 Sådana undersökningar är inte vanligt förekommande i Sverige (jag känner personligen inte till någon), men se de årliga sammanställningarna av hur domarna i USA:s högsta domstol röstat i *The Supreme Court 1999 Term – The Statistics* 114 Harv. L.R. 390 (2000), där också en sammanställning av hur de röstat under de senaste tio åren finns. Se t.ex. sammanställningen av hur ofta de olika domarna i genomsnitt röstar på samma sätt som andra domare (s. 406), hur ofta domstolen dömer för eller emot staten (s. 401) och vilka majoriteter som är vanligast förekommande i fall av skiljaktiga meningar (s. 396). Den här typen av undersökningar underlättas visserligen av om det finns en relativt liten krets av domare som alltid dömer tillsammans, men skulle säkert kunna göras också i domstolar av svensk modell.

- 40 En annan sak är att också domare har olika uppsättningar av värderingar som kan komma i konflikt med varandra. Från USA kan fall med respektlös hantering av flaggor och abort tas som exempel på att domare med känt konservativ hållning av tungt vägande skäl (yttrandefriheten och prejudikatbundenheten) funnit sig förhindrade att döma på det sätt som de själva önskat. Se domaren Kennedys skrivningar i *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) och *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Juridiska bedömningar är således inte att förväxla med personliga preferenser och värderingar, vilket inte utesluter att de senare kan ha betydelse för de förra.
- 41 Jag vill markera att det är frågan om ett riksdagsorgans kollektiva beteende, inte om de enskilda riksdagsledamöterna. Enskilda politiker kan nämligen ge uttryck för häpnadsväckande uppfattningar i rättsfrågor, men det är vanligen när de mer spontant kommenterar frågor och inte när de agerar inom ramen för en institution med eget kansli, etc.
- 42 TV 4:s tillstånd var ursprungligen från 1991 och vid tiden för beslutet gällde tillståndet till 2005.
- 43 2000/01:KU26 s. 6 f.
- 44 2000/01:KU26 s. 7.
- 45 2000/01:KU26 s. 8.
- 46 2000/01:KU26 s. 8 f.
- 47 2000/01:KU26 s. 25.
- 48 2000/01:KU26 s. 26.
- 49 Se RÅ 1980 1:92.
- 50 2000/01:KU26 s. 27.
- 51 Se t.ex. SOU 1995:63 för exempel på skattelagstiftning där enskilda subjekt nämns i lagtexten och där detta godtagits. Se Lagerqvist Veloz Roca, Föreskrift och föreskriftsprövning (1999) s. 253 ff. för en genomgång av lagstiftnings- och rättspraxis, där bland annat en lag som uttryckligen nämner prins Bertil som subjekt omnämns.
- 52 Strömberg, Normgivningsmakten (1999) s. 38 anger: ”Om en lag tillkommit i syfte att reglera ett visst konkret fall, och i praktiken kommer att tillämpas endast på detta fall, spelar detta ingen roll förutsatt att lagen har fått en generell utformning.” Av Lagrådets yttrande i vårt fall och i ett ärende om forskningsstiftelser (se FT 1995 s. 187) kan kanske slutsatsen dras att Strömberg något övertolkat hur formellt kravet på allmängiltighet är. I båda dessa fall uttalar Lagrådet att motivens utformning också haft betydelse för bedömningen om kravet på allmängiltighet uppfylldes.
- 53 2000/01:KU26 s. 11.
- 54 2000/01:KU26 s. 14.
- 55 Att KU:s ledamöter påverkats av möjligheter att domstol i ett senare läge funnit regleringen grundlagsstridig med stöd av 11 kap. 14 § RF finner jag mindre troligt. Man bör beakta att denna lagprövningsrätt utövats med yttersta försiktighet av de svenska domstolarna och att de fall där en lag underlåtits att tillämpas kan räknas på ena handens fingrar. Mot bakgrund av den oklarhet som råder kring vad kravet på allmängiltighet skall betyda (se ovan not 50) är det mindre sannolikt att en domstol skulle finna en uppenbar grundlagsstridighet, såsom 11 kap. 14 § RF kräver. Ett sådant krav på uppenbarhet hämmar inte Lagrådet i dess bedömning av grundlagsenligheten, varför en parallell mellan domstol och Lagråd inte är helt träffande.
- 56 Se t.ex. NJA 2000 s. 132 där HD inte fäste avgörande vikt vid att det i förarbetena uttrycktes att bestämmelsen inte medförde något ändrat rättsläge i sak (se även RÅ 1996 ref 57 där domstolen inte heller accepterade förarbetenas syn på rättsläget) och NJA 2000 s. 637 där HD vid prövningen av en skadeståndstalan mot staten bortsåg från förarbetsuttalanden (prop 1972:5 s. 337) om det olämpliga i att via skadestandsregler införa en kontroll över regeringsmakten och (såvitt jag kan se) jämställde en lagprövning med de fall som nämns i 3 kap. 7 § skadeståndslagen, dvs. upphävande av lag eller lagändring, då en talan mot staten är tillåten.

- 57 SOU 1972:15 s. 319. Se även Holmberg/Stjernquist, Grundlagarna (1980) s. 20.
- 58 Jag har översiktligt gått igenom 1999/00 och 2000/01 och kunnat konstatera att oenighet i tolkningen av grundlag är rätt ovanlig. För 2000/01 innehöll granskningsbetänkandet 14 ärenden, varav tre rörde grundlagsfrågor och där oenighet endast förekom i ett av de fallen, men där oenigheten inte rörde grundlagsfrågan, se 2000/01:KU20 s. 136, 140 ff. och 159.
- 59 En annan sak är att det säkert går att analysera skiljelinjer vad gäller annan granskning av regeringen i partipolitiska termer.
- 60 Lavin, Lagrådet och den offentliga rätten 1999–2001 (2001) s. 160. Se även Bengtsson, Lagrådet och domstolarna, i: Håstad/Lewin, Politik och Juridik (1999) s. 66. Jfr Nergelius Domstolarna, grundlagen och rättighetsskyddet – några reflektioner kring de senaste årens debatt och praxis, SvJT 1997 s. 454 f.
- 61 KU25 1996/97 s. 200.
- 62 I andra sammanhang kan dylika bedömningar överklagas, t.ex. vid tillsättningen av tjänster vid universitet, men det är så att den ursprungliga bedömningen väger mycket tungt i efterhandskontrollen (se Sigeman, Tjänstetillsättning vid universitet i rättsligt perspektiv, i: Festskrift till Stig Strömholm s. 793 f.), något som är talande för hur svårt det är för utomstående att bedöma krav på kvalifikationer etc. Situationen torde vara liknande vid regeringens tillsättningar.
- 63 Prop. 1973:90 s. XX.
- 64 Se även Lagrådets synpunkter på beredningen av TV4-ärendet (ovan not 47), där Lagrådet faktiskt accepterade en mycket knapphändig beredning med en kritisk kommentar.
- 65 Detta var en förändring från ett system där frekvenserna auktionerades ut och alltså gick till den som bjöd högst.
- 66 1999/2000 KU15 s. 6.
- 67 1999/2000 KU15 s. 8.
- 68 1999/2000 KU15 s. 42.
- 69 1999/2000 KU20.
- 70 1999/2000 KU20 s. 18.
- 71 1999/2000 KU20 s. 168 f.
- 72 Utskottsmajoriteten anger att regeringen fått kännedom om de planerade åtgärderna endast dagen innan deras offentliggörande, medan minoriteten menar att regeringen känt till planerna i vart fall under tre dagar dessförinnan. Sådana sakfrågor har inte med rättsfrågan att göra, varför oenigheten kanske snarast får förstås som rörande detta och inte tolkningen av 10 kap. 6 § RF.
- 73 Strömholm s. 70 ff (särskilt s. 73 f) och Peczenik s. 376 f och 652 ff. (särskilt 673). All juridik är argumentation som leder till beslut, som leder till förnyad argumentation.
- 74 Se t.ex. NJA 1995 s. 742, där saken kommer till tydligt uttryck på s. 776: "Vid en jämförelse mellan de två alternativa bedömningar som är i fråga framstår knappast någon av dem som den klart bäst förenliga med lagstiftningens ändamål, såsom detta kan utläsas av bestämmelsernas ordalydelse eller lagstiftningens allmänna systematik, eller av rättspraxis eller förarbetena till ABL. Argumenten för vart och ett av alternativen synes sammanlagda kunna anses väga lika tungt [...]. Vid sådana förhållanden och då, som redan har berörts, det praktiska rättslivet synes under lång tid ha inrättat sig efter det ena alternativet, låt vara möjligen under inflytande av skattemässiga bedömningar, skulle det leda till många svåröverskådliga komplikationer och även framtida processer avseende transaktioner långt tillbaka i tiden om det nu konstateras att bestämmelserna i själva verket skulle ges en annan innebörd än den så många antagit."
- 75 Strömholm s. 440 och s. 444, Peczenik s. 376.
- 76 Om betydelsen av domstolsavgöranden i en föränderlig värld, se Andersson T., Domstolsskapad rätt och retroaktivitet, JFT 2001 s. 164 (särskilt s. 168 ff.) och Peters, Foolish Consistency, 105 Yale L.J. 2031 (1996).

- 77 Se Lindblom, *Progressiv process* (2000) s. 41 ff. för en exposé över rättens funktioner.
- 78 Se Bull, *Mötes- och demonstrationsfriheten* (1997) s. 311.
- 79 Se Bull, *Om domstolarnas roll i demokratin – del II*, JT 2000/01 s. 46 och Andersson (ovan not 76) s. 174. Se även Sterzel, *Grundlagen inför 2000-talet, del II, i: Håstad/Lewin (red.) Politik och Juridik* (1999) s. 92 som betonar samspelet mellan domstolar och riksdag.

Matti Niemivuo

Maktbefogenheterna för republikens president och Finlands nya grundlag

Ledarna behöver ett folk. Men folket behöver ledare, förebilder, ledstjärnor. Folket behöver en historia, uppfunnen eller sann.

Jörn Donner, Presidenten. Roman, 1986

Inledning

Vid Didrichsens konstmuseum i Helsingfors pågick ända till den 31 januari 2002 den finska konstnären Eila Hiltunens jubileumsutställning. Utställningens beskyddare var republikens president Tarja Halonen. I utställningen fanns det två verk av svetsat specialstål – ”Maktens mystiska kraft” och ”Svart Maffia” – som stod nära varandra.

Dessa verk med sin hemlighetsfulla framtoning påminde om presidentskapet i Finland under vissa perioder. Professor *Paavo Kastari* skrev om presidentinstitutionen på följande sätt för 40 år sedan:

Finlands författning ger dess statsöverhuvud en betydelsefull ställning. Republikens president har stundom – t.o.m. under längre perioder – spelat huvudrollen i landets politiska liv. Presidentens insats i politiken är redan under normala förhållanden stor, men då kriser uppstår framträder hans makt tydligare, och detta har gett teoretikerna huvudbry. Man vet inte hur man skall kunna passa in den finländske presidenten i de sedvanliga klasserna. Det är klart att författningen har typiskt parlamentariska drag – man har t.o.m. direkt fastslagit parlamentarismens princip i grundlagen – men trots detta har statsöverhuvudet inte blivit enbart en symbol. Han har kvar möjligheten att utnyttja de maktbefogenheter författningen tillerkänt honom och han utnyttjar dem också effektivt.¹

Vad Kastari skrev år 1961 var bara förspelet: man levde ju i slutet av president Urho Kekkonens första mandatperiod. Regeringsmakten blev under det kvartssekel då Kekkonen var president ännu mer presidentledd, i synnerhet utrikespolitiken. Inga grundlagsändringar behövdes eftersom normerna i statsförfattningen var så vaga att man kunde utveckla praxis utan att bryta mot grundlagen.

Ändringar i grundlagen gjordes först i slutet av 1980-talet och på 1990-

talet. Ändringen av presidentvalet till ett direkt folkval med två röstningsomgångar år 1991 stärkte utan tvivel presidentens ställning. Statsminister *Harri Holkeris* regering – med stöd av president Mauno Koivisto – drev igenom sitt förslag i riksdagen fastän det fanns rätt starkt motstånd mot reformen. Till denna delreform hörde dock också några andra grundlagsändringar som förstärkte de parlamentariska dragen.

Det är viktigt att notera att republikens presidents maktbefogenheter minskades väsentligt först genom Finlands nya grundlag, som trädde i kraft den 1 mars 2000. Reformen ändrade presidentens rättsliga ställning, men ”presidenten kvarstår dock alltjämt som ett betydelsefullt statsorgan”. Detta sägs i den nya grundlagens förarbeten. Presidentens maktbefogenheter hör samman med bland annat utrikespolitiken, lagstiftningen, förordnande om förtida riksdagsval och utnämningen av de högsta tjänstemännen. Presidenten är också i fortsättningen överbefälhavare för Finlands försvarsmakt.²

Innan jag börjar behandla presidentens maktbefogenheter mer detaljerat vill jag säga några allmänna ord om den nya grundlagen. Det tog trettio år innan författningsreformen i Finland blev färdig. Arbetet med att revidera Finlands konstitution hade nästan utan avbrott pågått sedan slutet av 1960-talet, då avsikten var en totalreform av konstitutionen. Detta mål var på den tiden politiskt omöjligt att uppnå. På 1980-talet började man sedan ändra våra grundlagar genom flera partiella reformer, av vilka en del var principiellt betydelsefulla (till exempel en totalrevidering av de grundläggande fri- och rättigheterna år 1995).

Efter riksdagsvalet 1995 började kodifieringen av våra grundlagar. Lagberedningen gick relativt snabbt. Under loppet av en valperiod beredde man en ny, enhetlig konstitution. Vad som också är viktigt att notera är att den nya grundlagen godkändes nästan enhälligt av riksdagen. Bara några riksdagsledamöter röstade emot.

Finlands nya grundlag är inte bara en kodifikation, utan den medför också många materiella förändringar. De kanske största och viktigaste förändringarna rör republikens presidents ställning. Ett särdrag i den gamla statsförfattningen var att republikens president hade stora maktbefogenheter. Ofta jämförde man dessa maktbefogenheter med motsvarande befogenheter i Frankrike. Det viktigaste målet i grundlagsreformen var ju att stärka styrelsesättets parlamentariska drag. I den nya grundlagen betonas riksdagens ställning som högsta statsorgan och förstärks den inför riksdagen ansvariga regeringens ställning.

Förändringen när det gäller de högsta statsorganens inbördes befogenheter framgår av den nya grundlagens systematik vilken också är symboliskt betydelsefull. Det har ansetts viktigt att bestämmelserna om riksdagen står före bestämmelserna om republikens president vars maktbefogenheter har begränsats. I den gamla regeringsformen var ordningen den motsatta – precis som i den franska konstitutionen.

Under grundlagsreformens olika stadier har i Finland förts en livlig allmän diskussion om de högsta statsorganens maktbefogenheter och i synnerhet om presidentinstitutionen. Också de sittande presidenterna har varit aktiva i denna fråga. Förenklat torde man kunna säga att president *Urho Kekkonen* (1956–1981) slutgiltigt fällde grundlagens totalrevision. Jan-Magnus Jansson skriver följande: ”Statsförfattningskommittén överlät 1974 ett delbetänkande, som var avsett att följas med mera definitiva ståndpunktstaganden. Detta kom aldrig till stånd; regeringen Sorsa upplöste kommittén samma år. Kommitténs arbete hade väckt missnöje i politiska kretsar, och president Kekkonen hade offentligt låtit förstå, att han inte stödde en helhetsreform av författningen.”³

President *Mauno Koivisto* (1981–1994) å sin sida påbörjade delreformer av grundlagen i syfte att parlamentarisera styrelsesättet. Under hans tid ändrades också valsättet av presidenten två gånger. Senare, efter att han lämnat presidentämbetet, konstaterade Koivisto i en intervju att reformarbetet borde ha stannat vid delreformer.

President *Martti Ahtisaari* (1994–2000), som var den förste, direkt genom folkval valde presidenten, fortsatte grundlagens delreformer. I grund och botten var president Ahtisaari dock emot begränsandet av presidentens makt även om vissa maktbefogenheter flyttades till andra instanser (professorsutnämningar flyttades till universiteten själva). President Ahtisaari kritiserade mycket starkt kompetensfördelningen mellan presidenten och statsrådet i EU-ärenden. Under Ahtisaaris tid avläts propositionen med förslag till en ny, enhetlig grundlag, och presidenten stadfäste den nya konstitutionen utan att ha kritiserat den offentligt, fastän många förväntade sig en sådan kritik.

Också inom den statsförfattningsrättsliga och statsvetenskapliga forskningen i Finland har det skrivits mycket om presidentinstitutionen (till exempel Paavo Kastari, Antero Jyränki, Sven Lidman och Jaakko Nousiainen). Å andra sidan gäller största delen av forskningen presidentens ställning före grundlagsreformen. I kommentarerna till den nya konstitutionen⁴ behandlas dock presidentens nya ställning. Också boken

”Presidentin riisuttu valta” (”Presidentens avklädda makt”, 2000), skriven av huvudredaktör *Risto Uimonen*, som behandlar grundlagsreformen från början av 1970-talet, bör nämnas i detta sammanhang.

I den finska författningsrättsliga forskningen har kritik riktats mot att man i alltför hög grad behandlat frågor angående institutioner, och det har krävts att man i stället borde forska i människornas rättigheter.⁵ I praktiken har tyngdpunkten i forskningen i viss mån redan flyttats i nämnda riktning. Jag vill ändå understryka behovet av författningsrättslig forskning rörande de högsta statsorganen.

Här må nämnas att justitieministeriet i september 2001 har tillsatt en arbetsgrupp under ledning av justitieminister Johannes Koskinen för att sköta uppföljningen av grundlagsreformen. Den har satt i gång fyra utredningsprojekt som gäller 1) ledningen av och beslutsfattandet inom utrikespolitiken, 2) de gamla lagar som innebär undantag från grundlagen (så kallade undantagslagar), 3) individens möjligheter att delta i och påverka samhällsutvecklingen och utvecklingen av livsmiljön, i synnerhet genom folkomröstningar samt 4) hur informationen till allmänheten om den nya grundlagen har lyckats. De ovan nämnda utredningarna skall vara färdiga under sommaren 2002, uppföljningsgruppens mandat löper ut 15.9.2002. Detta gör det också möjligt att utgående från arbetsgruppens arbete efter regeringsbehandling till riksdagen lämna en utredning för genomförandet av grundlagsreformen under riksmötet hösten 2002, innan valperioden löper ut. Detta räcker naturligtvis inte till på lång sikt: man behöver rättsvetenskaplig och statsvetenskaplig kunskap om hur den nya grundlagen har stärkt riksdagens ställning och parlamentarismen samt hur republikens president har använt sina maktbefogenheter. I detta hänseende är det viktigt att Finlands Akademi nyligen har finansierat ett forskningsprojekt där fyra unga forskare kommer att undersöka parlamentarismen i Finland. Projektet leds av professor Ilkka Saraviita (Lapplands universitet) och prorektor Teuvo Pohjolainen (universitetet i Joensuu).

I det följande kommer jag att belysa konstitutionell argumentation i politisk praxis och debatt angående presidentinstitutionen. Då den nya grundlagen har varit i kraft bara ett år och nio månader, är det naturligtvis för tidigt att dra slutsatser om hur den nya grundlagens bestämmelser om presidenten fungerar och deras verkningar på det politisk-statliga systemet i Finland. Ändringarna i statspraxis är det troligen möjligt att bedöma först på längre sikt. Å andra sidan är grundlagens bestämmelser rätt vaga

precis som i den gamla grundlagen, vilket gör det möjligt att göra olika slags tolkningar.

Presidentens nya roll: samverkan, formbundet beslutsfattande och annan verksamhet

Republikens presidents ställning enligt den nya grundlagen är en annan än den var i den gamla regeringsformen. Presidenten kvarstår emellertid ”som ett betydelsefullt statsorgan och som statsöverhuvud”.⁶ Rent formellt och juridiskt minskades presidentens maktbefogenheter särskilt i inrikespolitiska frågor, men förändringen är inte så revolutionär eller radikal som det kan se ut. Presidentens nya roll närmar sig dock inte det ceremoniella presidentskap som många andra länder har.

Enligt min mening ger *det nuvarande öppna valsättet av republikens president* goda möjligheter för presidenten att sköta sina uppgifter också på lång sikt och att vara hela folkets president. Såsom tidigare väljs presidenten genom direkt folkval som vid behov förrättas i två omgångar (54 och 54 § grundlagen). Ämbetsperioden är sex år och presidentens på varandra följande ämbetsperioder är begränsade till högst två. Valsättet som har varit i bruk två gånger har ansetts vara demokratiskt och fungerat utan problem. Dessutom har presidentvalet intresserat folket betydligt mera än de andra allmänna valen (riksdagsval, kommunalval och Europaparlamentsval) under de senaste åren. Begränsningen av ämbetsperioder har också ansetts vara motiverad: den förhindrar att samma person är president alltför länge.

Den nuvarande grundlagen skapar klara konstitutionella ramar och processuella regler för presidentens verksamhet (58 § grundlagen). En stor del av presidentens beslut är formbundna och fattas på förslag av statsrådet. En viktig nyhet i grundlagen är att den uttryckligen förpliktar presidenten och statsrådet att samarbeta i utrikespolitiken.

Finlands nuvarande president *Tarja Halonen*, som tillträdde sitt ämbete samma dag som den nya grundlagen trädde i kraft, har vid olika tillfällen betonat att samarbete är viktigt i utrikespolitiska frågor. Hon har också sagt att presidenten måste vara ”stark och beslutsam”.⁷ I ett annat sammanhang har hon konstaterat: ”Det är viktigt att finna det starka ledarskap som passar in i den nya grundlagens system. Detta pionjärbete faller nu på mig”.⁸

Grundlagen hindrar inte presidenten från att delta i det offentliga livet

på olika sätt. Presidentens uttalanden, kontakter med medborgarna samt utrikesresor och resor i hemlandet ger viktiga signaler. På detta sätt påverkar presidenten den allmänna opinionen och moralen i samhället. Varje president sätter sin egen prägel på dessa frågor.

Presidentens nya roll har betytt att *statsministerns* ställning har blivit starkare än tidigare. Detta syns både i grundlagens text och i praktiken. Statsministern har blivit landets politiska ledare och måste vara aktiv i utrikes- och säkerhetspolitiken samt i inrikespolitiken. Detta är någonting nytt i Finland. Såsom professor Mikael Hidén nämnde i sitt föredrag vid Nordiska administrativa förbundets finska avdelnings höstmöte i december 2001, finns ordet "statsminister" inte i sakregistret till Paavo Kastaris bok "Suomen valtiosääntö" (Finland statsförfattning) från året 1977 och inte heller i Antero Jyränkis och Ilkka Saraviitas nya kommentarböcker om den nya grundlagen.

Samverkan i utrikes- och säkerhetspolitiken

Presidentens viktigaste uppgift är *ledningen av Finlands utrikes- och säkerhetspolitik*. Tidigare bestämdes i den magiska 33 § regeringsformen att det är presidenten som bestämmer om Finlands förhållande till utländska makten. Den nuvarande paragrafen i grundlagen lyder: "Finlands utrikespolitik leds av republikens president i samverkan med statsrådet" (93 § 1 mom. grundlagen).

I paragrafen har i stort sett den parlamentariska praxis som utvecklades på 1980- och 1990-talet skrivits in. I slutet av 1980-talet började republikens president Mauno Koivisto nämligen delta i regeringens utrikesutskotts (senare utrikes- och säkerhetspolitiska utskottet) möten. Presidenten förde ordet då han var närvarande, annars var statsministern ordförande. Presidenten började också träffa statsministern och diskutera med honom regelbundet på fredagar innan föredragningen för republikens president i statsrådet ägde rum. I dessa diskussioner behandlades utrikesutskottets föredragningslista och vid behov också andra utrikes- och säkerhetspolitiska ärenden. Dessutom började presidenten träffa utrikesministern i regel en gång per vecka för att diskutera aktuella utrikespolitiska frågor. Allt detta skedde genom ändring av praxis utan att själva grundlagen ändrades.

Den nya bestämmelsen ger presidenten en allmän kompetens i utrikespolitiska frågor. Dessutom ställer bestämmelsen ett klart krav på det par-

lamentariska ansvaret i det utrikespolitiska beslutsfattandet och den utrikespolitiska verksamheten. I grundlagens förarbeten sägs att bestämmelsen ”förutsätter att presidenten och statsrådet samarbetar intimt i fråga om det beslutsfattande och de åtgärder som ansluter sig till ledningen av Finlands utrikespolitik”.⁹ Samverkan mellan presidenten och statsrådet gäller alla betydelsefulla utrikespolitiska beslut och åtgärder. Bestämmelsens ordalydelse ger dock möjligheter till att samarbetsformerna kan utvecklas så att de motsvarar behoven i olika slags situationer och kategorier av frågor. Vad som är väsentlig är att säkerställa att det utrikespolitiska beslutsfattandet och andra åtgärder alltid faller inom det parlamentariska ansvaret.

I den nya grundlagen begränsas presidentens befogenheter dock å ena sidan av riksdagens makt när det gäller internationella förpliktelser och å andra sidan av riksdagens och statsrådets befogenheter när det gäller EU-frågor. Enligt 93 § 1 mom. godkänner riksdagen ”internationella förpliktelser och uppsägningar av dem samt beslutar om ikraftträdande av internationella förpliktelser till den del så anges i denna grundlag. Om krig och fred beslutar presidenten med riksdagens samtycke.” Närmare bestämmelser om internationella förpliktelser finns i 94 och 95 § grundlagen.

Enligt 93 § 2 mom. grundlagen svarar statsrådet för ”den nationella beredningen av beslut som fattas i Europeiska unionen och beslutar om Finlands åtgärder som hänför sig till dem, om inte beslutet kräver godkännande av riksdagen”. Statsrådets befogenhet gäller alla typer av EU-frågor också unionens utrikes- och säkerhetspolitik. I synnerhet i dessa frågor krävs samarbete med presidenten, eftersom det utrikespolitiska beslutsfattandet bildar en helhet. I förarbetena sägs följande: ”En fast samverkan mellan presidenten och statsrådet både på området för Finlands allmänna utrikespolitik och Europeiska unionens gemensamma utrikes- och säkerhetspolitik är nödvändig för att garantera att utrikespolitiken är enhetlig och konsekvent.”¹⁰

Den 3 mars 2000 gav statsrådets kansli ut ett *pressmeddelande* (45/2000) om samverkan mellan republikens president och statsrådet vid ledningen av utrikespolitiken. Det var inte fråga om något slags överenskommelse eller avtal som juridiskt skulle binda dessa statsorgan. Närmast kan man beteckna det som en gemensam tolkning.

In extensio lyder pressmeddelandet som följer:

Republikens president och statsminister har den 3 mars 2000 konstaterat

följande i fråga om samverkan mellan republikens president och statsrådet när det gäller det utrikespolitiska beslutsfattandet:

I grundlagen ingår bestämmelser om det formbundna beslutsfattande i statsrådet som gäller utrikespolitiken, t.ex. godkännande av fördrag. I övrigt har det inte föreskrivits närmare om beslutsfattandet i fråga om utrikespolitiken.

Enligt den nya grundlagen leds utrikespolitiken av republikens president i samverkan med statsrådet. Statsrådet svarar för den nationella beredningen av beslut som fattas i Europeiska unionen, inklusive unionens gemensamma utrikes- och säkerhetspolitik. När grundlagen stiftades framhölls att en fast samverkan mellan republikens president och statsrådet behövs för tryggheten av en enhetlig och konsekvent utrikespolitik.

Statsrådet kommer att bedriva ett aktivt samarbete med presidenten inom utrikespolitikens område.

Beträffande ledningen av utrikespolitiken har det utformats en praxis enligt vilken presidenten håller nära kontakt med statsministern, utrikesministern och de andra ministrar som svarar för de yttre förbindelserna. Denna praxis kommer att fortgå.

Statsrådet kommer att stödja sig på sitt utrikes- och säkerhetspolitiska utskott när samverkan med presidenten ordnas i enlighet med lagstiftarens syfte. Statsministern är ordförande i utskottet. Utskottet och presidenten sammankommer alltid när omständigheterna det kräver. Behandlingen leds av republikens president i de frågor där presidenten anvisar det fortsatta tillvägagångssättet i fråga om Finlands utrikespolitik. Vid dessa sammanträffanden behandlas också frågor som gäller Europeiska unionens gemensamma utrikes- och säkerhetspolitik och som faller inom området för statsrådets behörighet.

Regeringens utrikes- och säkerhetspolitiska utskott har varit ett viktigt samarbetsforum för republikens president och statsrådet. En nyhet är ett runt bord omkring vilket presidenten och de till utskottet hörande ministrarna sitter i mötesrummet som är beläget mellan de två sessionssalar där statsrådet och republikens president fattar sina beslut. I internationella förhandlingar har bordets form ofta vissa symboliska värden. Kanske behöver man inte försöka hitta någon symbolik för detta praktiska arrangemang; å andra sidan finns det ingen bordsända vid vilken mötets ordförande vanligen brukar sätta sig.

Enligt reglementet för statsrådet (1522/1995, 44 §) är statsministern ordförande för utrikes- och säkerhetspolitiska utskottet som ”förberedelsevis skall handlägga viktiga ärenden som gäller utrikes- och säkerhetspolitiken och Finlands relationer till främmande makter samt koordineringen av dessa ärenden”. Utskottets permanenta ledamöter är utrikesministern, försvarsministern och tre andra ministrar, vilka förordnas av stats-

ministern. I praktiken godkänner statsministern föredragningslistan för utskottet och justerar dess protokoll.

Då republikens president är närvarande vid utskottets möte, för hon ordet. Presidenten sammanfattar också diskussionerna efter att ha frågat om statsministerns åsikt. Det må nämnas att det varken i reglementet för statsrådet eller i någon annan lag finns bestämmelser om presidentens möjlighet att delta i utskottets möten eller praxisen kring detta. Borde det finnas?

Det är ändamålsenligt att inte ha bestämmelser om allting, till exempel om att republikens president regelbundet har sammankomster med statsministern, utrikesministern och andra ministrar. Systemet fungerar utan lagändringar. Å andra sidan ger den nuvarande lagtexten en felaktig bild åt utomstående då det ingenting sägs om republikens presidentroll i statsrådets utrikes- och säkerhetspolitiska utskott. Enligt min mening borde man till exempel i lagen om statsrådet ta in en allmän bestämmelse om att "republikens president kan delta i statsrådets utrikes- och säkerhetspolitiska utskotts möten". Detta tillägg skulle öka lagstiftningens öppenhet och transparens. En motsvarande, men alltför detaljerad, bestämmelse har funnits i förordningen om försvarsrådet (137/1957, 2 § 2 mom.) men har sedermera upphävts ("Är republikens president närvarande vid försvarsrådets sammanträde, ledes förhandlingarna av honom, om han ej annorlunda bestämmer."). Det må nämnas att statsrådets kansli senaste höst har tillsatt en kommission för att reformera lagstiftningen angående statsrådet. Mandattiden för kommissionen löper ut 20.9.2002.

I statsrådets utrikes- och säkerhetspolitiska utskott har också EU-ärenden som kräver samarbete med presidenten behandlats. Dessa ärenden, till exempel Europeiska unionens utrikes- och säkerhetspolitik och beredningen av ändringar av de fördrag som unionen bygger på, har normalt behandlats också vid statsrådets EU-ministerutskott, vars sammanträden republikens president inte deltar i.

Under den gamla grundlagens giltighetstid fördes en offentlig debatt om Finlands representation vid Europeiska rådets sammanträden. Tidigare praxis var den att republikens president meddelade sitt deltagande och statsrådets allmänna sammanträde beslöt anteckna meddelandet för kännedom. Många ansåg att statsrådet och inte presidenten skulle ha beslutat om representationen. På detta sätt har beslutsfattandet ändrats under den nya grundlagens tid. Presidenten har meddelat statsrådet att hon ämnar delta vid Europeiska rådets sammanträde och efter att ha fått detta medde-

lande har statsrådet fattat beslutet om Finlands representation. Represen-
tanterna har hittills vanligen varit: republikens president, statsministern,
utrikesministern och finansministern (till den del sammanträdet behandlar
frågor som gäller den ekonomiska och monetära unionen).

Republikens president är överbefälhavare för Finlands försvarsmakt. I
denna egenskap behandlar presidenten ärenden som ansluter sig till Euro-
peiska unionens säkerhetspolitik och andra säkerhets- och försvarspoli-
tiska frågor (till exempel Finlands förhållande till militära allianser).
Försvarsmaktens kommendör fungerar som sakkunnig vid statsrådets
utrikes- och säkerhetsutskott. Vid den så kallade kabinettsföredragningen
föredrar kommendören för presidenten militära kommandomål och mili-
tära utnämningssmål. Normalt deltar försvarsministern och i undantagsfall
också statsministern (12.9.2000) i denna kabinettsföredragning.

Många viktiga aktörer har varit nöjda med det system som grundlagen
har slagit fast. Republikens president Tarja Halonen har i olika samman-
hang konstaterat att grundlagen fungerar väl. Enligt henne skall man gå
varsamt fram med grundlagen åtminstone tills den hunnit tillämpas över
nästa riksdagsval (Hufvudstadsbladet 15.2.2001). Också statsminister
Paavo Lipponen har ofta uttalat att samarbetet med presidenten fungerar
väl i allmänhet och i statsrådets utrikes- och säkerhetspolitiska utskott i
synnerhet. I ett utlåtande (12.12.2001) har den långvarige kanslichefen
Jaakko Kalela vid Republikens presidents kansli konstaterat att systemet
på ett utmärkt sätt uppfyllt grundlagens krav på samarbete samt fungerat
bra och effektivt. Han ser inget behov av att ändra systemet eller ta in nya
bestämmelser.

Oavsett nämna uttalanden har det förts en livlig diskussion och fram-
förts kritik när det gäller skötseln av utrikespolitiken. Jag nämner några
exempel. För det första har justitieminister Johannes Koskinen i ett utta-
lande konstaterat att det inte räcker att bara presidenten, statsministern
och utrikesministern svarar för utrikespolitiken. De utrikespolitiska linjer-
na borde enligt honom behandlas mera kollegialt i regeringen (Kaleva
11.10.2001). I en kolumn i tidningen Kaleva har chefredaktören också kri-
tiserat det delade ledarskapet i utrikespolitiken och krävt att grundlagen
borde förtydligas (Kaleva 30.9.2001). Det må också nämnas att opposi-
tionsledaren, före statsministern Esko Aho, har kritiserat presidenten för
att hon har varit för passiv i terroristkrisen (Aamulehti 21.10.2001). Detta
väckte dock ingen genklang hos andra politiker, även centerns vice ord-
förande Anneli Jäätteenmäki förundrade sig över Ahos uttalande.

Den uppföljningsgrupp som justitieministeriet tillsatt har nyligen gett politices doktor Teija Tiilikainen till uppgift att utreda hur det utrikespolitiska beslutsfattandet fungerar i praktiken. Utredningen skall vara färdig i mitten av juni 2002. Redan tidigare har Tiilikainen försökt gestalta presidentens nya roll i utrikespolitiken. Enligt henne hör en dagsaktuell utrikespolitik, såsom Finlands EU-politik, inte till presidenten utan till andra aktörer. Presidenten kunde för sin del svara för utrikespolitikens enhetlighet och linjen på lång sikt.¹¹ Också professor Antero Jyränki har konstaterat att det passar in i systemet att presidenten försöker förverkliga en egen politik inom internationella relationer. Enligt Jyränki borde presidenten vara ”rådgivare för sina rådgivare”, den som ställer sin samhälleliga erfarenhet och omdömesförmåga till den sittande regeringens disposition.¹²

Jag vill ännu kort gå in på *Frankrikes politiska system* där presidenten och statsministern har en ledande ställning. Enligt min mening är det klart att förhållandet mellan presidenten och statsministern inte kan vara en modell för Finland. Förhållandet i Frankrike är konkurrerande, inte ett samarbete, i synnerhet då presidenten och statsministern representerar olika ideologer.

Den nuvarande tredje så kallade *cohabitation* har visat sig problematisk. Senaste höst tillspetsades situationen då statsminister Lionel Jospins kabinettchef Olivier Schrameck publicerade sin bok ”Matignon rive gauche 1997–2001”. Eventuellt var den andra *cohabitation* (1993–1995) inte så svår därför att president F. Mitterrand och statsminister M. Balladur inte var rivaler i presidentvalet på det sätt som president J. Chirac och statsminister Lionel Jospin med stor sannolikhet kommer att vara i årets 2002 val.¹³

Presidenten och inrikespolitiska frågor

Minskningen av presidentens maktbefogenheter gäller framför allt *de inrikespolitiska frågorna*. De viktigaste av dessa är följande:

- regeringsbildningen
- upplösningen av riksdagen (förtida riksdagsval)
- deltagandet i lagstiftningsförfarandet
- befogenhet att utfärda förordningar
- utnämning till statliga tjänster
- benådning.

Enligt den gamla regeringsformen var en av presidentens viktigaste inrikespolitiska maktbefogenheter att centralt påverka *regeringsbildningen*. Delrevideringarna år 1987 och 1991 stärkte i någon mån riksdagens ställning vid regeringsbildningen. Trots detta utnämnde presidenten statsministern och de övriga ministrarna utan att riksdagen som statsorgan kunde inverka på regeringens sammansättning. Å andra sidan hade regeringsgrupperna och via dem de politiska partierna efter reformerna mer än tidigare kunnat delta i fattandet av beslut som gällde regeringsbas, regeringens program och val av ministrar.¹⁴ Detta system ändrades helt i den nya grundlagen.

Enligt 61 § grundlagen väljer riksdagen statsministern som republikens president därefter utnämner till uppdraget. De övriga ministrarna utnämns av presidenten i enlighet med förslag av den som valts till statsminister. Utnämningen av statsrådet hör således till republikens president, men presidenten är bunden till den person som riksdagen har valt till statsminister och de personer som statsministern föreslår. I regeringens proposition, men ännu tydligare i grundlagsutskottets betänkande, konstateras ett ”processen inte längre skall styras av presidenten”.¹⁵

Åtminstone i vanliga fall är presidentens insats begränsad till strikt formella uppgifter. För det första meddelar presidenten, efter riksdagsgruppernas förhandlingar, riksdagen namnet på statsministerkandidaten. För det andra utnämner presidenten, efter valet av statsministern, regeringen. Det är inte helt uteslutet att presidenten kan påverka regeringsbildningen, åtminstone i krissituationer. Jaakko Nousiainen skriver att presidenten kan spela en aktiv roll ”om förhandlingarna råkar i en återvändsgränd”.¹⁶ Också juridiska frågor kan dyka upp (till exempel om en ministerkandidat är finsk medborgare eller om han eller hon är ”för redbarhet och skicklighet känd”). Det är däremot klart att presidenten, såsom tidigare under den gamla regeringsformens tid, inte kan påverka vem som blir till exempel utrikesminister.

Det nya systemet för regeringsbildning har ännu inte använts. Sannolikt tas systemet i bruk första gången efter 2003 års riksdagsval. Därför vet man inte hur det fungerar i praktiken. Man kan konstatera att ett motsvarande system har fungerat bra i Sverige och Tyskland. Kanske kan man tillägga att målsättningarna för revisionen kommer att förverkligas: riksdagens ställning vid regeringsbildningen kommer att stärkas, medborgarnas påverkningsmöjligheter kommer att öka genom att regeringens sammansättning tydligare än tidigare skall bestämmas på basis av resul-

tatet i riksdagsvalet samt att proceduren vid regeringsbildningen kommer att för snabbas.

Det har diskuterats livligt om revisionen av regeringsbildningen både i riksdagen och på annat håll. I princip anser man att det nya systemet är ett steg i rätt riktning. Ändå finns det några som är misstänksamma. Till exempel Jan-Magnus Jansson skriver: "[M]an kan ställa frågan om det är klokt att eliminera presidentens inflytande på tillkomsten av en regering, med vilken han dagligen skall samarbeta. Från den synpunkten hade det kanske varit bättre med ett så kallat investiturförfarande, där presidenten efter de behövliga politiska sonderingarna själv utser en kandidat som han underställer riksdagen för godkännande. Uppenbart är ju att proceduren hittills varit alltför presidentcentrerad och riksdagens roll för svag. Man kan vidare fråga, om en så normbunden procedur kommer att fungera i tider av politisk splittring och turbulens".¹⁷

Efter 2003 års riksdagsval bildas regeringen på ett nytt sätt där republikens president inte är initiativtagare. Också republikens president Tarja Halonen har konstaterat att hon verkligen hoppas att riksdagen skall lyckas välja statsminister och bilda regering.

Till republikens president hör tills vidare rätten att bestämma att *förtida riksdagsval skall förrättas*, men presidenten kan göra detta endast på förslag (på motiverat initiativ) av statsministern och efter att ha hört riksdagsgrupperna. Dessutom bör riksdagen vara sammankallad (26 § grundlagen). Redan 1991 minskades presidentens makt att själv besluta om upplösningen av riksdagen. Initiativtagare är statsministern, men presidenten beslutar slutligt om saken. Denna maktbefogenhet kan utnyttjas endast i exceptionella situationer.¹⁸

Enligt den nya grundlagen har presidenten *en mer begränsad roll i lagstiftningsförfarandet och utfärdandet av förordningar*. Enligt grundlagen utövas den lagstiftande makten av riksdagen. Presidenten deltar dock i olika stadier i lagstiftningsförfarandet. Fortfarande *avlåter presidenten regeringens propositioner till riksdagen* i enlighet med statsrådets beslut. Statsrådet som bereder propositioner har de facto en starkare ställning än presidenten. Om presidenten inte avgör saken i enlighet med statsrådets förslag, återgår ärendet till statsrådet för beredning. Därefter är presidenten tvungen att avlåta propositionen i enlighet med statsrådets nya förslag (58 § 1 och 2 mom.).

De *lagar* som riksdagen antagit skall fortfarande *stadfästas av republikens president*. Beslut om att stadfästa en lag eller lämna den utan stad-

fästelse skall fattas på förslag av statsrådet. Presidenten kan också begära utlåtande om lagen av Högsta domstolen eller högsta förvaltningsdomstolen. Detta sker bara i undantagsfall, men det har skett en gång under president Halonens tid.¹⁹ Fallet väckte stor debatt i riksdagen och media. Efter Högsta domstolens utlåtande ändrade statsrådet sitt tidigare beslut och förslog att presidenten inte skulle stadfästa lagen. Lagen stadfästes inte och frågan togs upp till ny behandling i riksdagen.

Republikens president har inte längre någon självständig rätt att *utfärda förordningar*. Enligt den nya grundlagen utfärdar presidenten förordningar om ikraftträdande av internationella förpliktelser liksom hittills, men förordningar om andra frågor utfärdar presidenten endast i undantagsfall. Huvudregeln är den att det är statsrådet och i tekniska ärenden ministerierna som utfärdar förordningar. Reformen har haft önskade verkningar. I år (1.1.–30.6.2001) har presidenten utfärdat endast 25 förordningar varav 21 gällde internationella förpliktelser, en Åland och tre andra frågor.

Republikens president *utnämner endast de högsta tjänstemännen*. Dessutom utnämner presidenten *ordinarie domare* och *officerare*. Tidigare utnämnde presidenten nästan alla de högsta tjänstemännen i vårt land. Presidenten hade en särskilt vidsträckt befogenhet att tillsätta tjänsterna vid republikens presidents kansli, inom rättsväsendet och försvarsmakten samt tjänsterna som föredragande i statsrådet. Under president Paasikivis mandatperiod var det viktigaste kriteriet för en utnämning antalet tjänsteår. Under president Kekkonens tid var utnämningpolitiken annorlunda. Den väcker fortfarande diskussion. Nyligen har filosofen Georg Henrik von Wright i sina memoarer i kritisk ton berättat om utnämningar av ledamöter av Finlands Akademi.²⁰

Enligt den nya grundlagen (126 §) har presidenten en klart begränsad utnämningsbefogenhet. Presidenten utnämner endast de högsta statstjänstemännen (till exempel ministeriernas kanslichefer). Såsom tidigare utnämner presidenten alla ordinarie domare samt officerare.

Samtidigt med den nya grundlagen reviderades utnämningen av domare genom att de skall utnännas på förslag av domarförslagsnämnden (lagen om utnämning av domare, 25.2.2000/205). Nämnden har till slutet av år 2001 behandlat inalles 93 utnämningssärenden i vilka den har röstat om sju förslag. Statsrådet har bara i ett fall avvikit från nämndens förslag, vilket gjordes efter omröstning. Senare utnämnde presidenten domaren enligt statsrådets förslag.

Dessutom finns det vissa specialbestämmelser. Presidenten utnämner till exempel medlemmarna av Finlands Banks direktion. I september 2000 använde presidenten sin utnämningbefogenhet genom att avvika från bankfullmäktiges och statsrådets förslag. Presidenten utnämnde bara en direktionsmedlem i stället för två. Ärendet hade återgått till statsrådet för beredning och presidenten godkände statsrådets nya förslag (statsrådets protokoll 82,85–87/2000).

En motsvarande utnämningsprocess angående Finlands Bank förverkligades i november 2001. Bankfullmäktige hade (med rösterna 5–2) föreslagit att till direktionsmedlemmar av Finlands Bank skulle ha utnämnts två kända politiker. Också i detta fall utnämnde presidenten bara en direktör som var kompetent i penningpolitiken. Efter utnämningsbeslutet gick diskussionen het i media och bland medborgarna.

Justitiekansler Paavo Nikula konstaterade bland annat följande: ”Presidenten har utnämningrätten och hon är inte bunden av bankfullmäktiges rekommendationer. Jag tycker fortfarande att det mest korrekta hade varit att följa dem, men ur juridisk synvinkel finns det inget att anmärka på i presidentens förfarande” (Hbl 15.12.2001). Redan tidigare (15.10.2000) har justitiekanslern i en promemoria till bankfullmäktige konstaterat att det uttryckligen är bankfullmäktige som är behöriga att fastställa antalet direktionsmedlemmar, eftersom Finlands Bank står under riksdagens garanti och vård samt under bankfullmäktiges tillsyn. Efter att på nytt ha hört justitiekanslern om saken drog bankfullmäktige tillbaka förslaget om att utse två bankdirektörer.

Diskussionen om utnämningarna till Finlands Bank fortsätter. Statsminister Paavo Lipponen har till exempel konstaterat att presidenten borde utnämna bara FB:s chefdirektör och bankfullmäktige borde utse andra direktionsmedlemmar. Också ordföranden för riksdagens bankfullmäktige Ilkka Kanerva, den ena av de kandidater som bankfullmäktige föreslagit till FB:s direktion, har krävt att lagen om Finlands Bank ändras och att rätten att utnämna direktionsmedlemmar överläts till bankfullmäktige. Professor emeritus Antero Jyränki (Helsingin Sanomat 17.12.2001) har en annan åsikt: han anser att chefdirektören och hans suppleant borde utnännas av statsrådet som svarar för också andra EU-ärenden. Ett annat kritiskt inlägg kommer från professor Arvo Myllymäki vid universitetet i Tammerfors. Han kritiserar bestämmelserna i grundlagen om Finlands Bank och skriver att ”bankfullmäktige både nu och förra året föll offer för en föråldrad författningsrättslig tradition när den beredde utnämningen av direktions-

medlemmar till centralbanken” (Aamulehti 11.12.2001). Sannolikt kommer denna utnämningsfråga upp i riksdagen i början av vårsessionen 2002. Initiativtagare torde vara riksdagens ekonomiutskott.

Såsom tidigare kan republikens president i enskilda fall, efter att ha inhämtat utlåtande av Högsta domstolen, *besluta om benådning* av personer som av domstol dömts till straff. Presidenten är inte i sak bunden till Högsta domstolen utlåtande. Beslutet fattas på föredragning från justitieministeriet utan att ärendet behandlats vid statsrådets allmänna sammanträde.

Antalet benådningssärenden har sjunkit betydligt från början av 1990-talet, då över 400 ärenden behandlades. Åren 2000 och 2001 (till 31.8.) fattade presidenten 176 respektive 136 beslut, varav 18 och 17 var positiva benådningbeslut.

Till slut vill jag säga några ord om 57 § grundlagen enligt vilken *republikens president ”sköter de uppgifter som nämns i denna grundlag eller särskilt i någon annan lag”*. Såsom riksdagens grundlagsutskott har konstaterat är bestämmelsen av stor betydelse. Till följd av bestämmelsen skall presidentens uppgifter nämligen alltid ha stöd i grundlagen eller någon annan lag.²¹ I praktiken har åtminstone ett undantag gjorts: republikens president har givit så kallade *böndagsplakat*.

Statsrådets justitiekansler har ansett att det hör till republikens presidents uppgift att ge böndagsplakat. Han motiverade sitt ställningstagande bland annat på följande sätt: ”Tacksägelse-, bot- och böndagar har under flera hundra år firats i vårt land och böndagsplakat har redan i sjuttio års tid givits av republikens president. Eftersom plakaten från början varit baserade på riksdagens och kungens beslut samt på månghundraårig sedvanerätt har det inte behövts någon uttrycklig lagstiftning om saken. Detta utgör en rättslig grund som kan jämföras med sådan lag som avses i 57 § grundlagen. Av denna anledning anser jag att det i presidentens uppgifter fortfarande ingår rätt att besluta om böndagsplakaten.”²²

Avslutning: Behövs presidentämbetet i Finland?

I september 2001 rörde inrikesminister *Ville Itälä*, ordföranden för samlingspartiet, om i myrstacken i en intervju i tidningen *Kaleva*. I sitt uttalande konstaterade han att man kunde slopa presidentämbetet, åtminstone på lång sikt. Enligt honom fungerar ett demokratiskt system bra också utan president. Idén är inte ny i Finland, då och då har politiker eller forskare föreslagit att presidentämbetet skall slopas.

Förslaget fick nästan inget stöd. Justitieministern, utrikesministern, presidentkandidaterna i senaste val, själva republikens president och många andra som deltog i diskussionen konstaterade att landet behöver presidentinstitutionen. Den ansågs vara en välfungerande del av ett demokratiskt system.

Republikens president Tarja Halonen tror att presidentinstitutionen fortbestår i Finland. Hon ser inget alternativt till det nuvarande systemet (Helsingin Sanomat 30.9.2001).

Enligt min mening är slopandet av presidentämbetet inte realistiskt. Inte heller tidpunkten för diskussionen om saken var den bästa. Den nya grundlagen hade varit i kraft bara omkring ett och ett halvt år. I regeringspropositionen konstaterades bland annat följande: ”Utgångspunkten är den att grundlagen åtminstone inte i en nära framtid skall behöva ändras i någon större utsträckning. Det är således meningen att den nya grundlagen skall stå sig några decennier in på nästa århundrade.”²³

I Helsingfors öppnades den 16 november 2001 det första nyhetsmuseet i Europa. Där kan man bekanta sig med Finlands ledande tidnings, Helsingin Sanomat, och dess föregångares, Päivälehti, verksamhet. Det nya museet tecknar en noggrann bild av världen och Finland under 110 års tid. I ett rum där början av den finska självständigheten presenteras beskrivs valet av kungen, Regeringsformen för Finland från år 1919 och valet av landets förste president K. J. Ståhlberg. Senare behandlas president Kekkonens period ända tills han insjuknade och avstod från presidentämbetet. Intressant är att den nya grundlagen inte var en händelse med nyhetsvärde. Inte heller nämns det att Finland år 2000 fick en ny president som för första gången var en kvinna. Kanske detta är en bra sak, presidentinstitutionen är inte ännu färdig att flyttas till ett museum.

Fotnoter

- 1 Kastari, Paavo: Presidenterna och deras ställning, 1961, s. 7.
- 2 RP 1/1998 rd, s. 32.
- 3 Jansson, Jan-Magnus: Från regeringsformen till grundlagen, 2000, s. 23; se också Jyränki, Antero: Kolme vuotta linnassa (Tre år på presidentslottet) 1990, s. 317–319.
- 4 Se Jyränki, Antero: Uusi perustuslakimme (Vår nya grundlag), 2000; Saraviita, Ilkka: Perustuslaki 2000 (Grundlagen 2000), 2000 och Jansson, Jan-Magnus: Från regeringsformen till grundlagen, 2000.
- 5 Hallberg, Pekka: Suomen hallitusmuoto 80 vuotta (Regeringsformen för Finland 80 år), Lakimies 2000, s. 849–855; Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset (Summary: Restriction of Basic Rights), 2001.
- 6 RP 1/1998 rd, s. 32.
- 7 UP-uutispalvelu 3.8.2000.
- 8 Sorsa, Kalevi: Ihmisiä, ilmiöitä (Människor, fenomen), 2000, s. 86 ff.
- 9 RP 1/1998 rd, s. 48.
- 10 RP 1/1998 rd, s. 147.
- 11 Tiilikainen, Teija: Utrikesministeriets publikationer 6/1999, s. 8–11.
- 12 Jyränki, Antero: Uusi perustuslakimme 2000, s. 120.
- 13 Chantebout, Bernard: Droit constitutionnel, 2001, s. 439–449; Rouvillois, Frédéric: La cohabitation, fin de la république?, 2001 och Voionmaa, Lauri: Utrikesministeriets publikationer 6/1999, s. 12–17.
- 14 Se RP 285/1994 rd, s. 4 f.
- 15 RP 1/1998 rd, s. 41–43, GrUB 10/1998 rd, s. 7 f.
- 16 Nousiainen, Jaakko: Finlands styrelseskick: Från ett blandat till ett parlamentariskt statskick. I publikationen Finlands konstitution. Utgiven av riksdagen, utrikesministeriet och justitieministeriet, 2001, s. 26.
- 17 Jansson, Jan-Magnus, 2000, s. 125.
- 18 Se RP 1/1998 rd, s. 83 f.
- 19 RP 197/1999 rd, HD:s utlåtande 29.8.2001 nr 1 625.
- 20 von Wright, George Henrik: Mitt liv som jag minns det, 2001, s. 193 och 216 ff.
- 21 GrUB 10/1998 rd, s. 16 f.
- 22 B 12/2001 rd, s. 41–42.
- 23 RP 1/1998 rd, s. 31.

Palle Svensson

Parlamentarismens forudsætninger og konsekvenser:

Det alternative flertal i Danmark i 1980'erne med særligt henblik på formuleringen af udenrigspolitikken.¹

Indledning

De seneste årtiers udvikling i den danske parlamentarisme har været præget af to centrale træk. Det ene var, at bortset fra en kort periode i 1990'erne har de danske regeringer været mindretalsregeringer, som bestod af et eller flere partier uden nogen fast støtte til flertalsdannelsen. Det andet træk har været en stadig mere aktiv og indflydelsesrig folkerepræsentation. Som fremhævet af Erik Damgaard er den vigtigste forklaringfaktor bag begge disse udviklingstræk den fragmentering af det klassiske partisystem, der opstod med valget i december 1973. Det store antal partier, der var repræsenteret i Folketinget – gerne 8–10 partier – komplicerede i høj grad både regeringsdannelsen og beslutningsprocessen i Folketinget.²

Det alternative flertal 1982–88

I dansk parlamentarisk historie betegnes årene 1982–88 som perioden med det alternative flertal. Den såkaldte firkløverregering blev dannet af den konservative Poul Schlüter i september 1982. Der var tale om en mindretalskoalition bestående af fire partier (de konservative, Venstre, Centrum-Demokraterne og Kristeligt Folkeparti). Regeringen rådede over 65 mandater i Folketinget, men kunne omkring den økonomiske politik og med hensyn til regeringens overlevelse regne med støtte fra Det radikale Venstre, der havde 9 mandater. Regeringen var derfor afhængig af Fremskridtspartiets 16 mandater for at opnå det nødvendige flertal på 90 mandater (af 179 mandater i Folketinget). Efter valget i 1984 behøvede firkløverregeringen ikke længere Fremskridtspartiets stemmer, fordi tre af de

fire nordatlantiske mandater sikrede regeringen 90 mandater sammen med Det radikale Venstre. Efter folketingsvalget i september 1987 mistede regeringen igen flertallet sammen med de radikale og blev afhængig af Fremskridtspartiets stemmer.

Inden for andre politikområder end den økonomiske politik og især inden for udenrigspolitikken, dannede Det radikale Venstre derimod ofte flertal med Socialdemokratiet, Socialistisk Folkeparti og Venstresocialisterne. Dette alternative flertal rådede i perioden 1981–84 over 94 mandater, i perioden 1984–87 over 92 mandater, og efter folketingsvalget i 1987 over 96 mandater.

Det usædvanlige for denne periode af dansk politik var sådan set ikke, at regeringen styrede med skiftende flertal. Sådan har det som regel været under mindretalsregeringer. Det usædvanlige var, at regeringen ikke altid indgik i flertallet. Regeringen blev regelmæssigt nedstemt i Folketinget og faktisk var Det radikale Venstre oftere på den vindende side end regeringspartierne. På en måde var Det radikale Venstre derfor både i regering og opposition.³ Man har derfor også kaldt forholdene i denne periode for ”ekstrem mindretalsparlamentarisme”.⁴

Det alternative flertal gjorde sig som sagt navnlig gældende på det udenrigspolitiske område. Her manifesterede folketingsflertallet stadig mere tydeligt sin øgede indflydelse. Der er på dette – som på andre områder – sket en demokratisering af den politiske beslutningsproces.⁵ I henhold til grundlovens § 19 er det kongen, det vil sige regeringen, der ”handler på rigets vegne i mellemfolkelige anliggender”, når Folketingets samtykke ikke er nødvendigt til at indgå forpligtelser. Der var således grundlag for en konflikt om regeringens pligt til at følge flertallet i Folketinget.

Hvis man vil belyse hvilken rolle grundloven spiller i den politiske debat, kan det derfor være interessant at se nærmere på politikernes opfattelse af regeringens forpligtelse til at følge et flertal i folkerepræsentationen på det udenrigspolitiske område i perioden 1982–88 under den ekstreme mindretalsparlamentarisme.

Det parlamentariske princip kan defineres som den statskik, at regeringen er således sammensat, at den accepteres som sådan af et flertal i folkerepræsentationen eller ét bestemt af dets kamre, og at den afgår dersom det konstateres, at dette ikke er tilfældet.⁶ Dette princip finder udtryk i den danske grundlov i § 15, stk. 2: ”Udtaler folketinget sin mistillid til statsministeren, skal denne begære ministeriets afsked, med mindre nyvalg

udskrives.” Dette princip praktiseres i Danmark i form af en såkaldt negativ parlamentarisme, idet der ikke kræves nogen positiv tilkendegivelse fra Folketingets side over for en nydannet regering.⁷ Spillereglerne omkring regeringsdannelsen antages at sikre, at der ikke dannes en regering, som straks ved sin fremtræden i Folketinget mødes med et mistillidsvotum. Ud fra disse formelle og uformelle regler skulle det være indlysende, at regeringen skal være i overensstemmelse med Folketinget – eller i hvert fald dets flertal – og derfor må følge flertallet og virke for at gennemføre dets beslutninger. Spørgsmålet er imidlertid, om dette betyder at regeringen er *retligt* forpligtet til at følge en folketingsbeslutning, eller om det blot er *politisk* hensigtsmæssigt, at den gør det for at undgå at blive sat fra magten ved et mistillidsvotum? Eller anderledes formuleret: Er regeringens forpligtelse en forpligtelse, som efter statsretten kan håndhæves ved, at et *retligt ansvar* gøres gældende efter Ministeransvarlighedsloven, eller er der alene tale om et *politisk ansvar*, specielt et politisk ansvar i den snævre betydning som et *parlamentarisk ansvar*? Spørgsmålet er her, hvordan politikerne opfatter regeringens ansvar, hvis den nægter at følge eller søger at unddrage sig flertallets beslutninger? Debatten om den danske regerings udenrigspolitik omkring NATO:s udstationering af mellemdistanceraketter i 1983 giver særligt gode muligheder for at besvare dette spørgsmål.

Debatten om mellemdistanceraketterne

Etableringen af det alternative flertal omkring NATO:s opstilling af mellemdistanceraketter som et led i NATO:s såkaldte dobbeltbeslutning fra 1979 udviklede sig fra december 1982 til december 1983. Det indledende skridt blev taget i en forespørgselsdebat i december 1982. Socialdemokratiet var betænkeligt ved samarbejdet med venstrefløjens på grund af dens modstand mod det danske medlemskab af NATO og ud fra et ønske om at bevare den traditionelle enighed med regeringspartierne på det udenrigspolitiske område. Dette mønster blev dog brudt den 26. maj 1983, hvor en forespørgselsdebat førte til det første afstemningsmæssige sammenstød mellem det alternative flertal på den ene side og regeringspartierne og Fremskridtspartiet på den anden side. Her pålagde det alternative flertal regeringen ved kommende NATO-møder af fremføre en række synspunkter, der blandt andet omfattede et krav om at der ikke måtte opstilles eller gennemføres forberedelse af opstilling af mellemdistanceraketter, medens der blev forhandlet mellem stormagterne i Genève. Statsministeren

tilkendegav sin bedrøvelse over, at der med vedtagelsen af denne dagsorden blev slået skår i 34 års fællesskab om Danmarks udenrigs- og sikkerhedspolitik (Folketingets forhandlinger 1982–83, spalte 12 001). Samtidig tilkendegav han, ”at regeringen, det gælder enhver regering, må respektere Folketingets flertal i forhold til omverdenen. Regeringen vil derfor fremføre de synspunkter, som et flertal i dag giver udtryk for gennem en dagsorden. Det er reglerne, dem følger vi” (spalte 12 003). Men statsministeren tilføjede, at regeringen agtede ”at stå frit med hensyn til at forklare andre vor indstilling og vor stemmeafgivning, det vil sige forklare, hvorfor vi har ment at måtte stemme imod forslaget til dagsorden” (spalte 12 003).

SF:s ordfører, Gert Petersen, yrede under debatten tvivl om, hvorvidt den erklæring, som statsministeren her afgav, kunne fortolkes som et løfte om en loyal forvaltning af, hvad folketingets flertal vedtog. Han pegede i den forbindelse på, at folketingsflertallet altid har ”den mulighed at fjerne regeringen, hvis det føler, at den på helt afgørende punkter ikke har optrådt loyalt over for folketinget” (spalte 12 004). Her var der altså ganske klart tale om, at regeringens forpligtelse var af politisk karakter.

Den 3. november 1983 havde Folketinget en ny forespørgselsdebat om forhandlingerne om mellemdistanceraketterne. Socialdemokratiet fremsatte her et forslag til dagsorden, hvori ”folketinget pålægger regeringen at øve en aktiv indsats for at bremse oprustningen i Øst og Vest efter de retningslinjer, der er nedfældet i dagsordenen af 26. maj 1983” og ”tage initiativ til, at NATO-landene foretager en ny politisk vurdering af forhandlingsforløbet, før montering af raketterne iværksættes” (Folketingets forhandlinger, 1983–1984, 1. samling, spalte 1 377–78). Statsministeren frarådede at man afleverede dette budskab på dette tidspunkt (spalte 1 420), og udenrigsministeren spurgte: ”Hvad vil man egentlig opnå ved en demonstration, som let går hen og bliver en tom demonstration, som vil demonstrere over for Sovjetunionen, at der altså er splittelse i NATO-alliancen, og som vil så tvivl om Danmarks troværdighed over for vores allierede?” (spalte 1 427). Statsministeren tilkendegav at regeringen ikke kunne stemme for denne dagsorden, men ville tilråde, at de, der støttede regeringen, undlod at stemme. Det betød ikke at man var enig med Socialdemokratiet. ”Det betyder, at regeringen som regering i et stærkt splittet folketing accepterer dagsordenens vedtagelse som en formentlig kendsgerning, og at regeringen ikke agter i forbindelse med dagsordenens vedtagelse at udskrive nyvalg” (spalte 1 448). Samtidig gav statsministeren endnu en gang udtryk for at regeringen agtede at være fuldt ud loyal over

for indholdet af den tekst som dagsordenen af 26. maj var udtryk for. Regeringen gav med andre ord udtryk for at den følte sig politisk forpligtet til at følge Folketingets vedtagelse.

SF:s ordfører havde imidlertid ikke megen tillid til at regeringen ville leve op til denne forpligtelse. Men medens han i maj havde givet udtryk for, at regeringen havde en politisk pligt til at følge Folketingets flertal, mente han nu, at der var tale om en juridisk pligt. Han mente således, at regeringens pligt til at øve en aktiv indsats efter de retningslinjer, der var nedfældet i dagsordenen, måtte vise sig i FN i forbindelse med et rumænsk forslag, som indeholdt en appel om udsættelse af udstationeringen af mellemdistanceraketterne og forlængelse af forhandlingerne: ”Jeg går ud fra, at når vi nu vedtager dette dagsordensforslag, er det klart, at Danmark støtter det rumænske forslag. Ellers ender dette her jo i rigsretten, hr. statsminister, og det ville være meget, meget beklageligt” (spalte 1 450).

Den afgørende konfrontation kom i debatten den 1. december 1983, hvor regeringen blev pålagt ”at tage klar afstand fra den påbegyndte opstilling af de 572 vestlige mellemdistanceraketter og at få denne afstandtagen præciseret i *communiquéet*” (Folketingets forhandlinger, 1983–84, 1. samling, spalte 2 546), det vil sige at sætte en fodnote.

I en efterfølgende forespørgselsdebat blev der direkte sat fokus på spørgsmålet om regeringens ansvar over for Folketingets flertal. Det skete i forbindelse med en debat om udenrigsministerens offentlige udtalelser om atomvåbenoprustningen og regeringens vurdering af nogle afstemninger i FN. Udenrigsministeren, Uffe Ellemann Jensen, var i dagbladet *Jyllands-Posten* blevet refereret for på et møde på Sabro Kro at have udtalt: ”Mit temperament har ofte været på alvorlig prøve, når jeg har skullet rejse til NATO-møder og latterliggøre Danmark med tåbelige og absurde sikkerhedspolitiske resolutioner.” Desuden var udenrigsministeren refereret i dagbladet *Information* på følgende måde: ”Udenrigsministeren mener i øvrigt, at regeringen har statsretten på sin side, når den nu omsider har sat hælene i og undladt at følge de fuldstændig ansvarsløse råd regeringen har fået vedrørende resolutionsafstemningerne i tirsdags i FN” (Folketingets forhandlinger 1983–84, 1. samling, spalte 2 644).

Socialdemokratiets ordfører, Kjeld Olesen, startede forespørgselsdebatten med at udtale: ”Denne forespørgsel er enestående, fordi Folketinget for første gang i nyere historie på grund af en udenrigsministers handlemåde tvinges til at få afklaret en regerings forpligtelse over for et folketingsflertal” (spalte 2 642). Kjeld Olesen mente, at når udenrigsministeren kon-

staterer et flertal imod sig, har han kun én ting at gøre, nemlig at respektere dette flertal og i ord og i handling arbejde aktivt for flertallets afgørelser. ”Derfor må vi reagere over for udenrigsministerens åbenlyse foragt for folketingsflertallet, og hvis der ikke bliver reageret kraftigt over for en sådan handlemåde, vil bogstav og ånd i vor grundlov ganske enkelt blive antastet. Konsekvenserne ville være uoverskuelige, hvis vi giver køb og lader hånt om at forsvare de allervigtigste principper i vort folkestyre” (spalte 2 645). Kjeld Olesen stillede derefter et forslag til motiveret dagsorden, der udtrykte mistillid til udenrigsministeren, det vil sige han gjorde et politisk ansvar gældende.

Under debatten fremhævede ordføreren for Det radikale Venstre, Niels Helveg Petersen, det parlamentariske princip og det politiske ansvar, idet han henviste til ”det helt enkle, men meget fundamentale princip i vores grundlov, som har været gældende siden venstre i 1901 gennemtvang det over for det gamle højre: at enhver regering og enhver minister skal handle i overensstemmelse med og respektere folketingets flertal og dets vedtagelser. Det er så enkelt i henhold til vores forfatning, at en regering eller en minister der ikke vil det må træde tilbage. Vælger regeringen eller en minister at blive siddende, efter at et folketingsflertal har truffet beslutninger som regeringen ikke har ønsket, har regeringen og enhver minister en selvfølgelig pligt til efter bogstav og i ånd og i offentlige ytringer at respektere flertallets beslutninger” (spalte 2 656).

Statsministeren fremsatte herefter en erklæring om, hvordan regeringen opfattede forholdet mellem Folketinget, det udenrigspolitiske nævn og regeringen. Han pegede på grundlovens §19, hvorefter regeringen har enekompetence til at handle i mellemfolkelige anliggender: ”... den folkeretlige kompetence er et såkaldt prærogativ, og det betyder på ordentlig dansk, at folketinget ikke med retligt bindende virkning ved en folketingsbeslutning eller på anden måde, for eksempel ved lov, kan pålægge regeringen at foretage bestemte udenrigspolitiske skridt. Det vil igen sige, at den ordning, vores grundlov giver os at arbejde med, går ud på at det er udenrigsministeren og regeringen der bærer det selvstændige ansvar, også efter ministeransvarlighedsloven, for de dispositioner, der træffes i mellemfolkelige anliggender. Udenrigsministeren vil i princippet ikke kunne frigøre sig fra et eventuelt retligt ansvar ved at henvise til at han har fulgt et råd fra et flertal i det udenrigspolitiske nævn eller en beslutning truffet af folketinget” (spalte 2 665). Efter at have henvist til en række statsretskynlige konkluderede statsministeren, ”at retligt og forfatningsjuridisk er

danske regeringer ikke forpligtet til at følge folketingsbeslutninger om udenrigspolitiske sager” (spalte 2 665–2 666).

Efter denne klargøring af regeringens juridiske ansvar fortsatte statsministeren: ”Nu har jeg redegjort for det retlige, for vores forfatning. Men jeg vil gerne føje det synspunkt til at den nuværende regering har den opfattelse, at det er en nødvendig politisk følge af parlamentarismens væsen, at en regering ikke kan fortsætte som regering, hvis den ved sine handlinger bringer sig i uoverensstemmelse med en klar tilkendegivelse i form af en folketingsbeslutning, hvorom der er stemt i selve folketingsalen. Sådan mener vi det må være” (spalte 2 666).

Regeringen sondrede således klart mellem et retligt og et politisk ansvar, og pligten til at rette sig efter vedtagne folketingsbeslutninger var alene en politisk forpligtelse.

De radikale mente, at statsministerens erklæring fjernede enhver tvivl om, at regeringen loyalt ville leve op til beslutninger truffet af et flertal i Folketinget og fremsatte en afværgedagsorden, der siden blev vedtaget med regeringspartierne og de radikales stemmer (spalte 2 670 og 2 776). Den socialdemokratiske ordfører anerkendte, at det var statsretsligt korrekt, at regeringen har enekompetence, når det drejer sig om udenrigspolitikken, og at det udenrigspolitiske nævn kun er rådgivende, men mente dog, at det var ”på kanten af ånden både i grundloven og i lov om udenrigspolitisk nævn, når regeringen med udenrigsministeren taler om fuldstændig ansvarsløse råd, underforstået fra et flertal” (spalte 2 668). Når socialdemokraterne stemte imod at tage statsministerens redegørelse til efterretning, var det nok snarere udtryk for politisk mistillid til regeringen end som udtryk for en anden opfattelse af regeringens pligt til at rette sig efter Folketingets beslutninger.⁸ Andre ordførere, for eksempel VS:s ordfører (Birkholm), sondrede derimod ikke helt så klart mellem det retlige og det politiske ansvar. Han spurgte således de radikale og socialdemokraterne, om det mente at det var politisk holdbart at beholde en udenrigsminister, som erklærer at han med grundloven i hånden har ret til at trodse et folketingsflertal i udenrigspolitiske anliggender: ”Det kan måske ikke bestrides, at der er en juridisk holdbarhed for udenrigsministerens udtalelser, men mener de radikale og socialdemokratiet ikke, at det er en politisk uholdbar situation?” (spalte 2 664).

Statsretlig debat

I den statsretlige teori i Danmark har der traditionelt været enighed om at ikke tillægge folketingsbeslutninger retligt bindende betydning i den forstand, at ministeren kan drages til ansvar efter ministeransvarlighedsloven, specielt dens § 5, stk. 1, sidste led, hvor der tales om de pligter, der påhviler ministerens efter hans stillings beskaffenhed.⁹

Denne opfattelse er med særlig vægt gjort gældende med hensyn til regeringens prærogativer, det vil sige de kompetencer som regeringen udøver med direkte hjemmel i grundloven, blandt andet den udenrigspolitiske beføjelse i § 19. I den traditionelle statsretlige teori har det været antaget, at disse bestemmelser tillagde regeringen en materiel kompetence, således at Folketinget ikke retligt kunne medvirke ved fastlæggelsen af afgørelser på disse områder. Folketingsbeslutninger kunne derfor ikke være retligt bindende på disse prærogativområder.¹⁰

Det var som omtalt også denne opfattelse, som regeringen henholdt sig til i 1983.

Over for denne traditionelle opfattelse har Henrik Zahle argumenteret for, at folketingsbeslutninger skulle være retligt bindende for ministeren og ministerens offentligt ansatte rådgivere: ”Hvis folketingets beslutninger ikke efterleves, pådrager ministerens sig et ansvar. For så vidt er beslutningen bindende.”¹¹ Hans argumentation for denne opfattelse hviler på en række politiske faktorer eller reale hensyn ud fra en friere fortolkning af grundloven.¹² Grundlaget for hans betragtninger er, at ”folketinget som det øverste offentligretlige organ bør tillægges en så vidtgående kompetence som muligt.” Det stemmer efter hans opfattelse ikke med et demokratisk parlamentarisk synspunkt at frakende beslutninger – der efter deres indhold er egnede til at have retlige virkninger – nogen retsvirkning, med mindre der er et sikkert grundlag for det.¹³

Jørgen Albæk Jensen har i en grundig undersøgelse imødegået de reale hensyn som Zahle lægger til grund for sin konklusion om folketingsbeslutningers retlige binding af regeringen (1989: 114–121). Jeg skal ikke gå nærmere ind på hans argumentation eller tage stilling til hvem der argumenterer mest overbevisende. Det er dog værd at bemærke, at Zahle synes at stå ret alene med sine synspunkter inden for den statsretlige teori i Danmark.¹⁴

I en kommenteret udgave af den danske grundlov udgivet i anledning af grundlovens 150-årsjubilæum – oven i købet redigeret af Henrik Zahle – hedder det således, at det følger af grundlovens § 19, ”at regeringens uden-

rigspolitiske beføjelser ikke formelt og juridisk kan begrænses af lovgivningsmagten. Folketinget kan derfor ikke ved en lov, ved en folketingsbeslutning eller på anden måde, for eksempel ved vedtagelse af en dagsorden, pålægge regeringen at foretage en bestemt udenrigspolitisk disposition eller forbyde regeringen at foretage bestemte handlinger. En sådan beslutning vil ikke være grundlovsmæssig og derfor ikke retligt forpligtende for regeringen”.¹⁵

Forestillingen om en retlig forpligtelse er næppe særlig velfunderet blandt politikerne og bruges formodentlig først og fremmest i givne situationer til at styrke egne standpunkter. Da Gert Pedersen, efter at den politiske konfrontation var kommet på afstand, blev bedt om at sammenligne grundlovens § 19 med sin udtalelse om at regeringen var juridisk forpligtet til at følge en vedtaget dagsorden, og at den risikerede at ende i Rigsretten, hvis den ikke gjorde det, ændrede han opfattelse og gav udtryk for, at der var tale om en de lege feranda sætning.¹⁶ I det hele taget skal man nok ikke regne med, at selv klare og præcise udsagn om retlige forhold dækker over nogen dybere holdning eller forståelse af de retlige forhold.¹⁷ Det er givetvis svært at få tilforladelige svar på teoretiske spørgsmål fra politiske praktikere.¹⁸

Alt i alt, er der altså ikke meget i den politiske praksis, der peger i retning af at der kan blive tale om at gøre et retligt ansvar gældende, hvis folketingets beslutninger ikke efterleves af regeringen.

Henrik Zahles argumentation, at Folketinget ud fra den demokratiske ideologi er det øverste statsorgan og derfor bør tillægges den størst mulige kompetence, fører ikke nødvendigvis til at folketingsbeslutninger skal være retligt bindende for regeringen. Således som det danske forfatningssystem er indrettet, kan Folketinget til enhver tid gøre et politisk-parlamentarisk ansvar gældende over for regeringen ved at anvende grundlovens § 15, stk. 2. Det sker ganske vist yderst sjældent – faktisk er ordet ”mistillid” ikke blevet brugt i nogen vedtaget dagsorden under grundloven af 1953, selv om Poul Hartlings afgang i 1975 vel i realiteten skete efter vedtagelsen af en sådan dagsorden, idet den opfordrede statsministeren til at træde tilbage. Dette betyder imidlertid ikke, at det politisk-parlamentariske ansvar ikke gøres gældende. Det sker blot under andre former. I vore dage gøres parlamentarisk ansvar først og fremmest gældende gennem mere eller mindre offentlig kritik og gennem bred accept af en række uskrevne spilleregler. Til disse spilleregler hører, at blot fremsættelsen af et forslag om mistillidsvotum anses for at tilhøre det svære skyts, som kun

sjældent bringes i anvendelse. Dette betyder dog ikke, at muligheden for et mistillidsvotum er uden praktisk betydning. Enhver regering og minister vil længst muligt søge at undgå at fremkalde denne reaktion fra politiske modstandere, og navnlig mindretalsregeringer må tage deres beskedne mandatmæssige styrke i betragtning i sine strategiske overvejsler.

Sammenfatning

Debatten om formuleringen af regeringens udenrigspolitik omkring dobbeltbeslutningen og mellemdistanceraketterne under det alternative flertal i Danmark i 1980'erne illustrerer nogle af de forudsætninger, som parlamentarismen hviler på, og de konsekvenser som den kan få under mindretalsregeringer.

En første forudsætning for parlamentarismen er sondringen mellem den udøvende og den lovgivende magt eller mellem regering og Folketing. Dette kan synes at være en selvindlysende sondring, men man skal ikke glemme, at i konventsystemer, som for eksempel Schweiz, er denne forudsætning ikke opfyldt.¹⁹ Her har regeringen ingen selvstændig stilling, men fungerer nærmest som et lovgennemførende udvalg. I den danske grundlov findes sondringen formelt i § 3 om magtfordelingen og i § 15. stk. 2 om mistillid til statsministeren, der fastslår regeringens kollektive politiske ansvar.

Det er i realiteten partisystemets karakter, der er bestemmende for forholdet mellem regeringen og folkerepræsentationen. Under flertalsregeringer bliver regeringen dominerende over for folkerepræsentationen, således som man kender det fra Storbritannien. Her gennemfører regeringen ikke blot lovene, men sætter også den politiske dagsorden, udstikker de politiske retningslinjer og udarbejder lovforslagene, som kan gennemføres uden væsentlige ændringer. Under mindretalsregeringer må regeringen enten forlade sig på et eller flere faste støttepartier eller søge flertal fra sag til sag. Dette svækker naturligvis regeringen i forhold til Folketinget. Regeringen kan vel stadig gennemføre lovene, men må leve med at oppositionen navnlig gennem spørgsmål stillet i de stående udvalg holder regeringen under tæt opsyn. Regeringen har også mediernes bevågenhed og kan bruge dette til at sætte den politiske dagsorden, og den har hele den offentlige forvaltning til at forberede sine lovforslag. Derimod kan den næppe regne med at få sine forslag uændret igennem Folketinget, da der skal forhandles og indgås aftaler med faste støttepartier eller med forligspartier fra den ene sag til den anden.

Under den ekstreme form for mindretalsparlamentarisme, som kendetegnede Danmark under det alternative flertal i 1980'erne, indgik regeringspartierne end ikke i alle flertal, og grænsen mellem regering og opposition blev udvisket. Selv på det udenrigspolitiske område accepterede regeringen loyalt at gennemføre en politik, som den ikke selv mente var den rigtige. Konsekvensen af det splittede partisystem var med andre ord, at parlamentarismen blev udvandet i en sådan grad at man nærmede sig konventssystemet.

En anden forudsætning for parlamentarismen er sondringen mellem regeringens politiske og retlige ansvar. Denne sondring kendes ikke i konstitutionelle og præsidentielle systemer, hvor magtdelingen mellem den lovgivende og den udøvende magt gennemføres til bunds. I USA kan præsidenten for eksempel alene gøres juridisk ansvarlig. Selv om der uden tvivl indgår politiske overvejelser i beslutninger om at rejse en impeachment-sag over for præsidenten, så er det en afgørende forskel fra parlamentarismen, at han alene kan dømmes på et juridisk grundlag.

Som debatten om regeringens udenrigspolitik i 1980'erne viser, anerkendes denne sondring stadig i Danmark. Det retlige ansvar forbindes med en større tyngde, men de færreste har nok gjort sig klart hvad det egentlig indebærer. Anerkendelsen af parlamentarismen og Folketingets stadig større indflydelse har haft den konsekvens at det politiske ansvar er blevet dominerende i forhold til det retlige ansvar. Og under mindretalsparlamentarismen accepterer regeringen loyalt at gennemføre flertallets politik, selv inden for områder hvor den har et prærogativ, og selv om den ikke er juridisk forpligtet til det.

Endelig er det en forudsætning for parlamentarismen at flertallet i folkerepræsentationen kan afsætte en regering, som den ikke kan acceptere. Dette er formelt fastslået i den danske grundlovs § 15, stk. 2. Den negative parlamentarisme, som praktiseres i Danmark, hvorefter regeringsdannelsen skal sikre, at der ikke udnævnes en regering, der ikke kan accepteres af Folketingets flertal, har dog selv under mindretalsparlamentarismen haft som konsekvens at regeringen har kunnet opretholde en vis handlefrihed, fordi flertallet – og i Danmark i 1980'erne konkret Det radikale Venstre som en del af dette flertal – har været tilbage fra at bruge det kraftige våben som et mistillidsvotum er.

Mindretalsregeringer bestemmer selv om den tilmålte handlefrihed er til at leve med. Under den ekstreme mindretalsparlamentarisme i 1980'erne var firkløverregeringens udstrakte villighed til at affinde sig med ube-

hagelige beslutninger for at bevare regeringsmagten udtryk for en ny parlamentarisk praksis. Regeringen stillede ikke kabinetsspørgsmål på det sikkerhedspolitiske område, og Folketinget accepterede netop regeringen på disse vilkår, idet regeringens villighed til at lade sig nedstemme på en måde blev dens eksistensberettigelse.²⁰ I sagen om udenrigspolitikken i 1980'erne satte regeringen grænsen for den indsnævrede handlefrihed ved at Danmarks fulde NATO-medlemskab ikke måtte bringes i fare (Folketingets forhandlinger, 1987–88, 1 samling, spalte 9 829). Da det alternative flertal i april 1988 i en dagsorden opfordrede regeringen til at underrette besøgende orlogsfartøjer om at det i 30 år havde været dansk politik ikke at ville modtage atomvåben på dansk område, mente regeringen at dette ville umuliggøre flådeøvelser, som var nødvendige for at gennemføre NATO:s planer. Den udskrev derfor folketingsvalg, og efter valget blev der dannet en regering af konservative, Venstre og radikale, hvilket bragte det alternative flertal til ophør.

Selv under den ekstreme mindretalsparlamentarisme er regeringen altså ikke helt magtesløs over for Folketinget og dets flertal. Kongen, det vil sige statsministeren, kan efter grundlovens § 32, stk. 2 til enhver tid udskrive nyvalg med den virkning, at de bestående folketingsmandater bortfalder, når nyvalg har fundet sted. Det er i spillerummet mellem Folketingets ret til at bringe regeringens eksistens til ophør gennem vedtagelsen af et mistillidsvotum og regeringens ret til at bringe Folketingets eksistens til ophør ved at udskrive nyvalg, at parlamentarismens forudsætninger får konkrete konsekvenser. Men hvordan spillerummet udfyldes, bestemmes ikke så meget af de formelle regler og deres faktiske anvendelse – eller truslen om deres anvendelse – som af partisystemets karakter, først og fremmest af antallet af repræsenterede partier og deres mandatmæssige styrke, men også af deres evne og vilje til at samarbejde og etablere mere eller mindre varige flertalskonstellationer. Her synes selv svage danske mindretalsregeringer at stå bedre end mindretalsregeringer i Norge, fordi norske regeringer ikke kan udskrive nyvalg, og fordi dette at stille kabinetsspørgsmål bliver regeringens eneste magtmiddel over for et modvilligt og mere aktivistisk Storting.²¹

Fotnoter

- 1 En særlig tak til Jens Peter Christensen for hjælp, ideer og kritiske kommentarer i forbindelse med arbejdet med denne artikel.
- 2 Damgaard, Erik (1990). "Parlamentarismens danske tilstande", s. 15–44 i Erik Damgaard (red.), *Parlamentarisk forandring i Norden*, Oslo: Universitetsforlaget.
- 3 Damgaard, Erik og Palle Svensson (1989). "Who governs? Parties and policies in Denmark", *European Journal of Political Research*, vol. 17, s. 731–745.
- 4 Rasmussen, Erik (1985). "Finanslovsforkastelse i dansk parlamentarisme: Normer og konsekvenser. En historisk-politologisk debatanalyse 1984–1984", *Historie*, s. 104–107.
- 5 Albæk Jensen, Jørgen (2001). "Folketinget og udenrigspolitikken", s. 144–145 i Gorm Toftegaard Nielsen m.fl. (red.), *Parlamentarismen. Hvemtog magten?*, Århus: Aarhus Universitetsforlag og Svensson, Palle (1988). "Parliament and Foreign Policy Making in Denmark", *Irish Studies in International Affairs*, vol. 2, nr 4, s. 19–39.
- 6 Rasmussen, Erik (1972), *Komparativ Politik* 2, s. 225, København: Gyldendal.
- 7 Rasmussen, Erik (1972), *Komparativ Politik* 2, s. 228, København: Gyldendal.
- 8 Albæk Jensen, Jørgen (1989). *Parlamentarismens statsretslige betydning*, s. 108, København: Jurist- og Økonomforbundet Forlag. 2. udgave, 1997.
- 9 Albæk Jensen, Jørgen (1989). *Parlamentarismens statsretslige betydning*, s. 120, jfr s. 92 og 95; 1997: s. 117, jfr 90 og 92–93 og Zahle, Henrik (1986), *Dansk Forfatningsret, bind 2*, foreløbig udgave, s. 128, 1989; *Dansk Forfatningsret, bind 1* (1 udgave) og 2001; *Dansk Forfatningsret, bind 1*, (3. udgave), s. 325.
- 10 Albæk Jensen, Jørgen (1989), s. 105.
- 11 Zahle, Henrik (1986), s. 143, og Svensson, Palle (1988), s. 19–39. Zahle, Henrik (1989) s. 299–317 og Zahle, Henrik (2001), s. 320–334.
- 12 Christensen, Jens Peter (1990). *Forfatningsretten og det levende liv*, København: Danmarks Jurist- og Økonomforbund, s. 201.
- 13 Zahle, Henrik (1986), s. 132.
- 14 Albæk Jensen, Jørgen (2001), s. 144.
- 15 Mikaelson, Laurids (1999). "§ 19", s. 88–107 i Henrik Zahle (red.), *Danmarks Riges Grundlov med kommentarer*, København: Danmarks Jurist- og Økonomforbund.
- 16 Dyvig, Christian Peter og Bo Vestergaard (1985). "Den retslig bindende virkning af folketingets pålæg i mellemfolkelige anliggender", *Justitia*, 8. årg., nr 6, s. 16: *Folketingets forhandlinger*.
- 17 Christensen, Jens Peter (1990), s. 326.
- 18 Christensen, Jens Peter (1990), s. 325.
- 19 Rasmussen, Erik (1972), s. 202 ff.
- 20 Petersen, Nikolaj og Palle Svensson (1989). "Valgenes politiske sammenhæng", s. 22–51 i Jørgen Elklit og Ole Tonsgaard (red.), *To folketingsvalg*, Århus: Forlaget Politica.
- 21 Rommetvedt, Hilmar (1990). "Norge: Fra konsensuspreget flertallsparlamentarismem til konfliktfyldt mindretallsparlamentarisme", s. 45–88 i Erik Damgaard (red.), *Parlamentarisk forandring i Norden*, Oslo: Universitetsforlaget.

DEL IV

Hva skal vi med en "grunnlov"?

Norges grunnlov, fra styringsredskap til symbol – og noen tanker om å gjenreise redskapsfunksjonen

Innledning

Av skrevne konstitusjoner som gjelder i dag, er bare USA:s eldre enn den norske. I 2014 kan Norge faktisk feire et 200-årsjubileum. Høy alder henger gjerne sammen med et stille liv i trygge omgivelser. Vår grunnlov har da også virket innenfor et samfunn uten altfor store omveltninger. Den har dessuten vist seg som det mykeste gummilegame – lett å tøye, lett å bøye. Tekstens lave presisjonsnivå gir gjennomgående vide rammer for tolkning og tilpasning. I tillegg har den gjennomgått en rekke fornyelseskurer, der Stortinget har endret paragrafer, fjernet gamle og lagt til nye. Videre er mangler og svakheter, som har oppstått i tidens løp, rettet opp ved hjelp av lover på lavere nivå, regler og forskrifter. Endelig har Norge, i form av det som kalles konstitusjonell sedvanerett, fått betydelige innslag av en uskrevet konstitusjon.

En konstitusjon består av et sett rettslige normer. I utgangspunktet fastla 17. mai-grunnloven hvordan statsinstitusjonene skulle bygges opp, avgrenset myndighetsområdene deres og regulerte forholdet mellom dem. Samtidig definerte den visse rettigheter, som avgrenset den myndigheten de tre statsorganene hadde overfor borgerne. Med utgangspunkt i disse rettighetene kom grunnloven etter hvert til å fungere som en *lex superior* som de ordinære lovene måtte tilpasses. Endelig framstod den som symbol på folkestyre og nasjonal uavhengighet.

Mye har skjedd i årene mellom. I dag betyr grunnloven mindre som rettslig norm. Dermed er den langt på vei redusert til *symbol* på linje med flagget – en gjenstand ”gode” nordmenn vifter med når nasjonen feirer seg selv. Min oppgave er å vise mer nøyaktig hvordan den skrevne forfatningen er kommet i utakt med den faktiske styreform, og – på dette grunnlaget – å gi en del argumenter for at grunnloven nå bør endres radikalt.

Utgangspunktet: grunnloven av 1814

Året 1814 forløp mest som et eventyr. Etter 400 år under dansk styre fikk landet halve friheten og en konstitusjon på kjøpet. Den danske arveprinsen, Christian Frederik, startet sammen med en gruppe embetsmenn og handelspatrisiere et opprør mot Kielfreden, der Norge var blitt avstått til Sverige. Opprørerne klarte ikke å styre unna den nye unionen. De overrumplet likevel svenskene såpass at det bare ble en løs personalunion. Norge fikk dessuten beholde hovedtrekkene i grunnloven.¹ Etter datidens mål dreide dette seg om en moderne konstitusjon. Nicolai Wergeland, som selv møtte på Eidsvoll, slo fast: ”Vor Constitution er bygget på de liberale, nu alment bekjendte Grundsætninger, Statsfilosoferne have etableret.” De bærende ideene var i første rekke hentet fra Rousseau, Montesquieu og de Lolme.

Som det *statskonstituerende* dokumentet markerte grunnloven et endelig oppbrudd fra eneveldet. Slik Rousseaus folkesuverenitetsprinsipp tilsa, ble lovgivningen lagt til en folkevalgt forsamling. De som ble definert som borgere, embetsmenn og eiendomsbesittere, fikk rett til å velge medlemmer til nasjonalforsamlingen, der de selv kunne bli utpekt til å representere. Men folkesuvereniteten var ikke uten bindinger. De normene som preget oppbyggingen av statsinstitusjonene, var forankret i maktfordelingslæren, slik denne var formidlet til norske miljøer i første rekke av sveitseren de Lolme.² Han var tydelig påvirket av Montesquieu, selv om han argumenterte langt mer inngående.³ At Montesquieu var inspirasjonsskilden, går fram av det grunnlovskastet *Johan Gunder Adler* og *Christian Magnus Falsen* skrev før forsamlingen møttes på Eidsvoll, og som ble lagt til grunn for den grunnloven Riksforsamlingen utarbeidet.⁴

Montesquieu hadde et pessimistisk grunnsyn: ”Det er en evig erfaring at hvert menneske som har makt er tilbøyelig til å misbruke den.” Derfor kunne *friheten* i et samfunn bare opprettholdes om makten ble delt. Nærmere bestemt sondret han mellom *beslutningsrett* (retten til å vedta noe i kraft av sin autoritet) og *vetorett* (retten til å annullere vedtak). Med andre ord var det i samsvar med Montesquieus lære at makten ble delt mellom en lovgivende, utøvende og dømmende myndighet. I tillegg skulle Stortinget ingen innflytelse ha over hvem Kongen utpekte til regjeringsmedlemmer, like lite som de to andre statsmaktene skulle kunne blande seg inn i valg til nasjonalforsamling.⁵ Høyesterett, derimot, fikk ikke samme autonomi i rekrutteringen.

Under parolen ”Makt skulle binde makt” ble vetoretten nedfelt i

bestemmelser som gjorde at statsmaktene kunne kontrollere hverandre. Adler og Falsen brukte begrepet "Ligevekt".⁶ Nærmere bestemt skulle lovgivende og utøvende myndighet kunne hindre hverandre i å oppkaste seg til å bli en ny enevoldsmakt. Mest av alt var konstitusjonsarkitektene redde for at det skulle oppstå et *flertalldespoti* som hadde nasjonalforsamlingen som basis. Derfor måtte Kongen gis utsettende veto i vanlige lovsaker. Stortinget fikk på sin side omfattende kontrollmyndighet, og kunne om nødvendig – gjennom Odelstinget – reise riksrettstiltale. Lovvetoet og Riksretten var de eneste maktmidlene grunnloven omtalte.⁷

Den gjensidige retten til å stanse vedtak gjorde grunnloven til et *styringsredskap* lovgivende og utøvende myndighet kunne bruke for å holde hverandre i tømme. Også Høyesteretts dommere fikk, ved siden av Lagtingets medlemmer, plass i Riksretten (§§ 86 og 87). Ut over dette var domsmakten mindre integrert i det formaliserte systemet av gjensidige bindinger. De som stod bak grunnlovsverket var likevel opptatt av å skape en lovbunden stat. Som det het i utkastet Adler og Falsen skrev før den grunnlovgivende forsamlingen møttes: "Lovene, ikke menneskene, skulle regjere." I tråd med dette prinsippet stilte grunnloven opp flere borgerlige friheter og rettigheter. Blant annet gav den landets borgere vern mot vilkårlige maktovergrep fra statens side, ingen skulle kunne dømmes uten etter lov eller straffes uten dom, lover kunne ikke gis tilbakevirkende kraft og staten måtte gi erstatning ved ekspropriasjon.

Den videre historien, etter 1814, viser at grunnloven gav domsmakten et betydelig *potensial* som lovtolker. Som nyopprettet stat manglet Norge ordinære lover på de fleste av samfunnslivets områder. Grunnlovens § 94 fastslo at en alminnelig sivil og kriminell lovbok skulle utarbeides på et av de to første stortingene.⁸ Inntil denne lovboken forelå, skulle de gamle lovene fra enevoldstiden gjelde "forsaavidt de ei stride imod denne Grundlov". Noen stående lovbok kom aldri. I stedet grep domstolene, fra 1820-årene av, til det som er kalt *lovprøvingsretten*.⁹ På denne måten ble grunnloven løftet opp på et nivå over de ordinære lovene (*lex superior*), og kom dermed til å fungere som styringsredskap også for domsmakten.

I seinere faser av norsk historie har politikerne også gitt juristene – særlig medlemmer av Det juridiske fakultet – en framskutt rolle som tolkere av grunnloven. Historikeren Jens Arup Seip hadde mye rett da han påpekte en tendens hos juristene, når det er snakk om grunnlovens ånd og prinsipper, til å drive en "frirettslig tolkning".¹⁰ For eksempel spilte ledende jurister en sentral rolle som forsvarere av det konservative stand-

punktet under riksretten i 1884. I nyere tid har juriststanden ekspandert ytterligere, ved å fastlegge hva som skal regnes inn under begrepet konstitusjonell sedvanerett (se nedenfor).

Som et siste moment skal det sies at grunnloven virket som et identitets-skapende *symbol*, forankret i verdiene ”demokrati” og ”nasjonal uavhengighet”. Siden oppkomsten av en norsk nasjonal identitet, som knapt eksisterte i 1814, har ”gode” nordmenn, feiret 17. mai – dagen da den grunnlovgivende forsamlingen undertegnet aktstykket. Hva slags demokrati som er blitt feiret, og hvor grensene er trukket for nasjonal uavhengighet, har variert over tid.

Legitimitetskriser og endringer i styreformen

Få, om i det hele tatt noen, normer er overhistoriske. På det konstitusjonelle området viser historiske studier hvordan det eksakte innholdet i en og samme norm er endret over tid og hvordan forskjellige normer til ulike tider har vært hegemoniske. Slike normendringer henger gjerne sammen med legitimitetskriser. Kriser føder nye normer, slik til at den styreformen settes under press.

I kjølvannet av det økonomiske og sosiale ”hamskiftet” som startet i annen halvdel av 1800-tallet, med overgangen til moderne industri og markedsøkonomi, oppstod det nye normer innenfor samfunnsgrupper som var kritiske til den *politiske orden*. Den samfunnsgruppen som først gjorde opprør, var bøndene. De hadde lenge vært politisk passive, men fra 1830-årene av tok de gradvis i bruk den retten grunnloven gav dem til å stemme ved valg og bli valgt inn på Stortinget.¹¹ Drivkraften bak opprøret var ønsket om å vinne kontroll over en statsmakt de følte seg kulturelt fremmede overfor – i hvert fall så lenge embetsstanden satt med makten. Ved å erobre sentrum kunne de også flytte myndighet fra sentrale til lokale organer. I Stortinget startet kampen for alvor rundt 1870, og den nådde et foreløpig klimaks med riksrettsdommen i 1884, der den sittende embetsmannsregjeringen ble dømt til å gå av for å ha krenket grunnloven, slik opposisjonen tolket den.

Fram mot riksretten hadde det oppstått en uforsonlig motsetning mellom en folkelig opposisjon og makteliter som hegnet om den etablerte maktfordelingen. I 1872 vedtok Stortinget for første gang, med kvalifisert flertall, å endre grunnloven slik at statsrådene skulle kunne delta i Stortingets debatter. Etter at samme vedtak, fra og med 1874, var gjentatt tre

ganger i likelydende form, og Kongen hadde nedlagt veto hver gang, gjaldt striden fra 1880 av også grunnlovsvetoet.

Grunnloven nevnte ikke vetoet i den paragrafen som gjaldt grunnlovsendringer (§ 112). Dette gav rom for tre ulike tolkninger. De konservative viste til ”Grunnlovens ånd”, og fant det rimelig at Kongen hadde *absolutt* veto. Dette standpunktet ble støttet av stort sett hele den juridiske eliten – regjeringen, det juridiske fakultet og Høyesterett. De hadde dessuten tradisjonen på sin side.¹² Stilt overfor flertallet i riksretten, som tilhørte den radikale opposisjonen, tapte likevel de konservative denne kampen.¹³ Opposisjonen var også delt. Flertallet hevdet Kongen, slik som i vanlige lovsaker, hadde *utsettende* veto. En tredje gruppering, som viste til folkesuverenitetsprinsippet, avviste ethvert veto i grunnlovssaker. Riksretten vek tilbake for å splitte opposisjonen, og nøyde seg derfor med å avvise det absolutte vetoet.

Utfallet *pekte* i retning av parlamentarisme, uten at overgangen var slutført. I den kampsituasjonen riksretten skapte, var det umulig å danne en regjering som ikke stortingsflertallet godtok. Striden hadde fulgt sin egen dynamikk. Hver gang konge og regjering nektet å etterfølge Stortingets vedtak i statsrådssaken, grep opposisjonen til sterkere virkemidler, der riksrettstitalen var det siste og mest vidtrekkende.¹⁴ Etter at dommen var avsagt, forsøkte en gruppe konservative å danne en ny regjering. Men forsøket strandet, da opposisjonen, som nå var samlet i partiet Venstre, truet med ny riksrett.¹⁵ I stedet dannet Johan Sverdrup en regjering som var utgått fra Stortinget. Men det stod framdeles uklart *når og under hvilke omstendigheter regjeringsskifter skal finne sted*.¹⁶

I neste omgang tapte *personalunionen* legitimitet. Norsk selvstendighetspolitikk fikk næring fra en voksende nasjonal identitet, mens pådriverne i radikal retning må kunne karakteriseres som nasjonalister.¹⁷ Ved inngangen til 1890-tallet ble likestilling i utenrikspolitikken og eget norsk konsulatvesen gjort til deres fanesaker. I tillegg hadde striden en konstitusjonell dimensjon, som ble tydeliggjort hver gang kongen motsatte seg norske framstøt. Siden siste rest av Kongens personlige makt hvilte på unionsavtalen med Sverige, måtte også, slik historikeren Halvdan Koht påpekte, unionen sprenges innenfra.¹⁸ Dermed lå veien åpen for overgangen til parlamentarisk styre.

Før 1884 hadde de færreste opposisjonelle hatt som mål å skape en fullt utviklet parlamentarisme. Selv ikke Johan Sverdrup hadde det. Men han ble snart isolert som en følge av at hans eget parti, Venstre, ble

radikalisert. Ved valget i 1888 ble Venstre splittet, og Sverdrup stod tilbake med det mindre Moderate Venstre som basis. Det radikaliserede Venstre, derimot, gikk i årene fram mot 1905 inn for så vel fullt utviklet *parlamentarisme* som *nasjonal løsrivelse*. På begge fronter kjempet Høyre lenge imot. Respekten for inngåtte avtaler var stor i dette partiet, og lederskapet holdt fast ved at Norge ikke ensidig kunne si opp den traktaten som var inngått i 1814. Straks unionen var ute av verden, bøyde Høyre av og godtok parlamentarismen, inkludert den læren Venstre gjennom hele 1890-tallet hadde hevdet om det uavkortede statsrådsansvaret. I 1911 endret Stortinget Grunnlovens § 31 på en måte som gjorde det klart at regjeringen, gjennom sitt kontrasignatur, tok på seg hele ansvaret.¹⁹

Samlet sett ble altså ikke norsk parlamentarisme gjennomført etter en fasttømret plan. Denne observasjonen er i samsvar med et allment trekk i politikken. *Konstitusjonelle endringer inntreffer som regel i form av mange små skritt, der målene endres underveis*. I dette tilfellet hadde den misnøyen som ble kanalisert gjennom Venstre, skrittvis undergravd den klassiske likevekten mellom statsmaktene.

Etter hvert som industrialiseringen skjøt fart, oppstod det sosiale og økonomiske problemer som ikke løses innenfor den *sosiale* orden. Denne utviklingen ble møtt med nye krav til staten fra så vel bøndernes som arbeiderklassens side. Prosjektet fra 1814, om å skape en lovbunden stat, bygde på prinsipper som *forutsigbarhet* og *likebehandling*.²⁰ Den nye styringsstaten, derimot, stod uten tilsvarende fundament. Denne observasjonen sammenfaller med *Karl Polalyis* generelle utsagn: "*Laissez faire was planned; planning was not.*"²¹ Som vi skal se, fikk de nye styringsambisjonene store følger for rettssystemet.

Gjennombruddet kom med konsesjonslovene av 1909 og 1911, spesielt med lov for erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom.²² I første rekke bønder, tilknyttet Venstre, stod bak. Deres mål var å styre industrialiseringen. For å kunne gjøre styringen effektiv, ble det lagt en *generell fullmakt* inn i loven: "*Det kan bestemmes, at kraften ikke maa anvendes til visse arter af industri.*" Hva slags industri dette skulle gjelde, overlot lovgiverne til dem som håndhevet loven å avgjøre. Videre ble det åpnet for at vannfall med hele kraftanlegg etter et visst antall år skulle tilfalle staten, omtalt som *hjemfallsretten*. Dermed ble også det eiendomsvernet Grunnlovens § 105 stadfestet svekket. Kritikerne innvendte at staten ikke kunne kreve tilbake noe den aldri hadde eid, og at staten hindret borgere i å utnytte eiendommen sin slik de selv ønsket. Dessuten ble det ar-

gumentert mot loven med at hjemfallsretten forringet eiendommenes verdi. Striden ble lagt fram for Høyesterett i 1918, der et snaut flertall gav støtte til det radikale standpunktet.²³

Viljen til å styre på grunnlag av generelle fullmakter økte i tiden etter annen verdenskrig, da Arbeiderpartiet la opp til et omfattende planstyre. Til sammenligning hadde Venstre, med sin konsesjonspolitik, hatt som ambisjon å styre unna negative virkninger av industrialiseringen ("negativt definert intervensjon"). Arbeiderpartiet, gikk et skritt videre, og ville forme samfunnet etter fastlagte mål ("positivt definert intervensjon"). Målet var "å skape et planøkonomisk system hvor naturrikdommer, maskiner, anlegg, transportmidler, vitenskap og arbeidskraft, samlet nyttes til fordel for land og folk".

Prosjektet førte til store omlegginger av styreformen – økt bruk av generelle fullmakter til forvaltningen, delegert myndighet til fagfolk innenfor forvaltningen (sosialøkonomer, leger og ingeniører og andre) og større plass for de organiserte særinteressene i politikkkutformingene.²⁴ På denne måten ble Stortinget som lovgivende organ skjøvet til side. Som Francis Sejersted har påpekt, skjedde det en dreining over mot et rettssystem der det diskresjonære skjønn, hos dem som praktiserer loven, fikk større handlingsfrihet.²⁵

Kritikken mot det nye fullmaktstyret kom fra flere kanter – fra næringslivsfolk, jurister, Marshallmyndigheter, andre partier (særlig Høyre) og til og med grupperinger innen Arbeiderpartiet.²⁶ Skarpest kritikk vakte et utkast til pris- og rasjonaliseringslov som forelå i 1952. Sistnevnte gikk lengst, og åpnet for at myndighetene hadde kunnet legge ned, innskrenke drift og flytte bedrifter. Motstanderne presset Arbeiderpartiet til å gjøre retrett.

I etterkant ble det nedsatt en kommisjon som skulle vurdere tiltak for å gjenreise den rettssikkerheten som gikk tapt ved bruk av generelle fullmakter i lovgivningen. På 1960-tallet la Stortinget inn kontrollmekanismer som sikret bedre prosedyrer og større offentlighet.²⁷ For å begrense elementet av vilkårlighet når departementene lager forskrifter innenfor rammene av en fullmakt, ble høringsinstituttet rutinisert.²⁸ Gjennom dette grepet delte Stortinget den demokratiske kontrollen med organisasjoner, bedrifter, institusjoner og andre berørte parter.

I seinere år har for øvrig Stortinget relativt ofte gjort bruk av sin egen instruksjonsmyndighet overfor forskrifter som er vedtatt på forvaltningsnivå.²⁹ Samtidig har Høyesterett trukket seg mer tilbake som

lovprøvende organ. Som Eivind Smith har påpekt, innebærer dette at Grunnloven har fått mindre betydning som *lex superior*, mens Stortinget kommer i samme stilling som det britiske parlamentet – som i prinsippet er suverent.³⁰ Hovedregelen synes å være at Høyesterett ikke setter en lov til side med mindre det foreligger et klart grunnlovsbrudd. Blant annet viser Smith til en slipphendt tolkning av grunnlovens § 105 (om erstatning ved ekspropriasjon) og § 97 (om lovers tilbakevirkende kraft).

At Høyesterett har innskrenket sin egen myndighet, framgår av en dom som ble avsagt i 1993. Saken gjaldt den kritikken presten Børre Knudsen hadde rettet mot kongen fordi han hadde sanksjonert abortloven av 1978. Knudsen mente denne handlingen stred mot grunnloven — fordi abortloven brøt med den evangelisk-lutherske lære (Grunnlovens § 4: ”Kongen skal stedse bekjende sig til den evangelisk-lutherske Religion, haandhæve og beskytte denne”). Knudsen avsatte egenhendig regjering og kirkestyre. I dommen over Knudsen, som fratok ham stillingen som prest, vek Høyesterett tilbake for å ta stilling til det teologiske aspektet, men slo likevel fast at grunnlovens ord ikke setter grenser for Stortingets lovgivningsmyndighet: ”Den lovgivende rett utøves av folket ved Stortinget ...”. Dommen understreket dessuten at abortloven var vedtatt ”med mandat fra folket i valg”.

Jeg skal nå vise mer inngående hvordan grunnloven på flere områder er blitt passé som styringsredskap.

Et svekket styringsredskap

Løpende politikk utspilles innenfor et sett av skrevne eller uskrevne normer. På 1800-tallet var lenge de viktigste normene å finne i grunnloven. I vår tid har grunnloven tapt mye av denne posisjonen. Rett nok regnes fremdeles flere av grunnlovens paragrafer som ufravikelige. Dette gjelder for eksempel antall stortingsrepresentanter (§ 57), bestemmelser om valgkretsinnstillingen (§ 58), prosedyrereglene for avståelse av nasjonal suverenitet (§ 93) og reglene for endringer av Grunnloven selv (§ 112). På andre områder, derimot, betyr grunnloven langt mindre – om i det hele tatt noe. Satt på spissen vil de som måtte finne på å lese grunnloven som en lærebok om statsstyret, sitte tilbake med innsikter som bedre dekker 1800-tallets styreform enn dagens.

Vel så viktige som grunnloven er i dag særlover på lavere nivå, regler som er nedfelt i Stortingets reglement (forretningsorden) og *konstitusjonell*

sedvanerett. Sistnevnte står i en særstilling, ved å ha samme rettslige status som er formelt grunnlovsvedtak, og kan heller ikke endres annet enn gjennom grunnloven. For øvrig er kriteriene de samme som for ordinær sedvanerett: *konsistent praksis* over lengre tid og en klar *rettsoverbevisning* (*opinio juris*) hos dem som praktiserer normen. Området den konstitusjonelle sedvaneretten gjør seg gjeldende på dekker et vidt spekter: normer som bygger på tolkninger av grunnloven; normer som innskrenker myndighetsområdet til et statsorgan; normer som innebærer en rettsendring i forhold til grunnlovens tekst.³¹

Konstitusjonell sedvanerett er omgitt av uklårheter. Begrepet ser ut til for alvor å ha kommet inn i statsrettslig tenkning tidlig på 1900-tallet, da Norge tok det endelige skrittet over til parlamentarisme.³² Oppstarten på de mer intense debattene ser ut til å ha kommet med et ungdomsarbeid av Frede Castberg, skrevet i 1918, der han tok for gitt at styreformen var parlamentarisk. Han uttrykte seg forsiktig, men slo likevel fast at *ikke* ”Samfundets Retsfølelse vilde krænkes”, om en regjerings avgang etter et mistillitsvotum, ”blev fremtvunget ved en dertil kompetent Domstols Medvirkning”.³³ Et tiår tidligere hadde framtrede politikere i alle leirer tilkjennegitt at de godtok parlamentarismen.³⁴ Sett fra juristens ståsted skulle altså kriteriet om at det fantes en *rettsoverbevisning* være oppfylt. Et mistillitsvotum ble første gangen tatt til følge ti år seinere, da Christopher Hornsruds arbeiderpartiregjerung gikk av i 1928. Siden den gang har bare én regjerung blitt felt ved mistillitsvotum (1963). *Praksis* kan med andre ord ikke veie særlig tungt. På den andre siden har det heller ikke skjedd etter 1905 at en regjerung har nektet å bøye av for et mistillitsvotum.³⁵

I seinere arbeider brukte Frede Castberg en komitéutredning fra Stortinget, utarbeidet i årene 1927–1929, som belegg for at en regjerung har *rettsplikt* til å søke avskjed når Stortinget har vedtatt et mistillitsvotum. Det samme gjør Johs. Andenæs.³⁶ Utredningen bekreftet på nytt at det fantes en rettsoverbevisning. De andre kriteriene stod ikke sterkere enn før.

På bakgrunn av den løse bruken begrepet konstitusjonell sedvanerett vi har registrert, hadde Jens Arup Seip utvilsomt et poeng: ”... norske rettslærde har vært overordentlig villige til å opphøye en kort sedvane til gyldig statsrett.”³⁷ Under et skinn av objektivitet har juristene kunnet spille en politisk rolle, og de kan være med på å ”smi om” det styringsredskapet konstitusjonen er ment å være – uten at det foreligger nøye fastlagte prosedyrer for hvordan reformene skal finne sted.

Overgangen til parlamentarisk styre fikk store ringvirkninger. Viktigst i

denne sammenhengen er den *opplysningsplikten* statsrådene har overfor Stortinget, samt den generelle instruksjonsmyndigheten Stortinget i plenum har overfor regjeringen. Begge deler befinner seg i grenselandet mellom jus og politikk. Når det gjelder opplysningsplikten, fastsetter den gjeldende ansvarlighetsloven, slik den også gjorde på 1800-tallet, at statsrådene plikter å gi regjeringskollegene all relevant informasjon. Stortinget er ikke eksplisitt nevnt. Men i ettertid er loven likevel *tolket* slik at opplysningsplikten også gjelder overfor Stortinget, noe det er gitt flere argumenter for.³⁸ Framfor alt følger denne plikten logisk av ministeransvaret under parlamentarisk styre.

Tilsvarende må den instruksjonsmyndigheten Stortinget i plenum har tilrevet seg, sees i lyse av den generelle maktforskyvningen i disfavør av utøvende myndighet. I dag vil knapt noen benekte at Stortinget, i plenum har rett til å instruere.³⁹ Men det kan ha uheldige følger for blant annet effektiviteten til en regjering at Stortinget stadig griper inn i myndighetsutøvelsen.⁴⁰ Særlig under de siste årenes mindretallsstyre har de folkevalgte opptrådt mer aktivt enn kanskje noen gang før.

Konklusjonen er at makt vanskeligere enn før kan stanse makt. I hvert fall er adgangen de to andre statsmaktene har til å stanse Stortinget i praksis nærmest fraværende. Ikke bare er Kongen fratatt så godt som all politisk makt, men også for Regjeringens del er vetoretten overfor ordinære lover blitt illusorisk – enda den fremdeles er fastlagt i grunnloven. Grunnen er åpenbar. Om en regjering skulle nedlegge veto, kan det stortingsflertallet som har vedtatt loven svare med mistillitsvotum. Eventuelt kan regjeringen, hvis den ønsker å markere et ufravikelig standpunkt, stille kabinettsspørsmål i forkant av Odelstingets behandling. Vetoet står der likevel, som en sikkerhetsventil, og kan brukes dersom en lov skulle vise seg å inneholde feil eller være uaktuell. Etter 1905 har denne retten blitt brukt bare én eneste gang. I 1913 fastsatte også Stortinget, gjennom grunnlovsvedtak, at Kongen overhodet ikke har noen vetorett overfor endringer i grunnloven selv (§ 112). Det er verdt å merke at Stortinget i dette tilfellet suverent satte utøvende myndighet til side.

Den maktens konsentrasjon Eidsvollforsamlingen var så opptatt av å hindre, er med andre ord blitt en realitet. Idéhistorisk uttrykt har Rousseaus lære om folkesuvereniteten seiret over Montesquieus lære om likevekt mellom statsmaktene. Rett nok er det fremdeles, i det *løpende* arbeidet, opprettholdt en funksjonsdeling mellom storting og regjering. I hvert fall *bør* det være slik; viktige styringsprinsipper trues hver gang Stortinget ”over-

styrer” og griper for mye inn i de myndighetsområdene som tradisjonelt tilligger regjeringen (se nedenfor). Men straks regjeringens skjebne står på spill, ligger makten uavkortet i Stortinget.⁴¹ Da har Stortinget despotens makt. De folkevalgte kan til og med, som det er sagt, fremme mistillitsforslag fordi de misliker statsrådets hår eller været 17. mai.⁴² Får forslaget flertallets støtte, har regjeringen etter rådende oppfatning rettsplikt til å søke avskjed. Tilsvarende vil *i praksis* gjelde også når regjeringen stiller et kabinettsspørsmål, selv om det er blant jurister uenighet om en regjering rettslig sett har *plikt* til å gå av etter et voteringsnederlag. Blant andre Johs. Andenæs mener regjeringen godt kan komme tilbake og si at den har ombestemt seg.⁴³

På den annen side har Stortinget i nyere tid delegert mer myndighet enn før. Som sagt etablerte de forvaltningslovene som ble vedtatt i årene 1962–1970, prosedyrer som hadde til hensikt å gjenreise noe av den rettssikkerheten som var gått tapt. Men som Francis Sejersted har påpekt, gjenreiste disse lovene på langt nær ”den tradisjonelle liberale rettssikkerhet”. Sejersted ser det faktum at også juristene har ”latt seg lede” til å godta denne utviklingen, i sammenheng den sterke innflytelsen rettsrealismen har hatt i norske miljøer.⁴⁴

At høringsinstituttet ble gjort til fast innslag i prosessen, åpnet for innspill fra de berørte partenes side. Det gis likevel ingen garantier for at myndighetene tar rådene til etterretning.⁴⁵ Det nye systemet hviler ikke på klare demokratiske rutiner, og gir heller ingen ”konstitusjonelle” garantier for at de rådene som gis, blir tatt hensyn til.

Videre er grunnlovens bokstav, på sentrale områder, tøyd henimot brisepunktet. Spesielt gjelder dette for de bestemmelsene som fastsetter Kongens stilling i statsstyret. Om lag 100 år etter overgangen til parlamentarisme står for eksempel grunnlovens § 12 fortsatt ved lag: ”Kongen vælger selv et Raad ...” Videre slås det fast at ”Kongens person er hellig” (§ 5). Johs. Andenæs skriver i sin lærebok i statsrett at passusen må sees i lys av tilføyelsene om at ”han kan ikke lastes, eller anklages” og at ansvaret for alle statshandlinger påhviler ”hans Raad”.⁴⁶ Denne tolkningen kunne legges til grunn først etter 1908, da § 10 om Kongens kroning og salving ble opphevet; dette betydde slutten på forestillingen om et kongedømme av Guds nåde. I 1814, derimot, er det all grunn til å tro at hellig ble brukt i betydningen ”oppøyet over det jordiske, fylt av gud(dom).”⁴⁷ Kongens stilling som hellig person medførte at han i 1814 ble gitt immunitet; Andenæs snur resonnementet på hodet, og betrakter ordbruken

(”hellig”) som en konsekvens av immuniteten. Det styrker ikke respekten for den skrevne konstitusjonen, at juristene må gjøre slike tankesprang for å ”redde” teksten.

Alt i alt er grunnloven, slik den står i dag, langt på vei en museal gjenstand. Det antikvariske inntrykket understrekes av en rekke paragrafer som ikke lenger spiller noen rolle som rettslig norm. Selve språket er en kaotisk sammenblanding av rettskrivningsformer Norge har hatt så mange av.⁴⁸ Spørsmålet er om det ikke er på tide å gjøre omfattende endringer.

Noen reformideer

Grunnloven tilfredsstillter ikke de kravene som må kunne stilles til loven som skal styre staten. Den faktiske styreformen har rett og slett løpt fra den. Behovene for regler som definerer statsorganene og regulerer forholdet mellom dem er, som vi har sett, også blitt dekket av lover på lavere nivå og av konstitusjonell sedvanerett. Det hefter store ulemper ved begge disse supplerende normsettene.

For det første gir verken ordnære lover eller Stortingets egen forretningsorden samme vern mot taktiske flertallsvedtak som en grunnlovsbestemmelse. De førstnevnte kan endres med simpelt flertall, mens det kreves kvalifisert flertall (2/3) og en forsinkende prosedyre for å endre grunnloven.⁴⁹ Dette må ha vært grunnen til at bestemmelsene om valgordningen ble grunnlovsfestet. For det andre er det ikke klart hva som skal regnes til den konstitusjonelle sedvaneretten. Det foreligger heller ingen entydige prosedyrer for hvordan en sedvanerettslig norm kommer inn i forfatningen. Hvor lenge og hvor konsistent skal en norm praktiseres før den kan sies å gjelde på linje med et grunnlovsvedtak? Hvem avgjør når disse kravene er oppfylt? Juridiske eksperter er til og med uenige om hvorvidt et så sentralt institutt som kabinettsspørsmålet har samme rettslige status som mistillitsvotumet.⁵⁰

Den sikreste måten å overkomme problemene på, er å bringe grunnloven i samsvar med den faktiske styreform. Den mest påtrengende reformen er å grunnlovsfeste parlamentarismens prinsipper. Det eneste ankerfestet parlamentarismen har i dag, er § 31 (om *kontrasignatur*).⁵¹ Som sagt ble denne paragrafen i 1911 brakt i samsvar med det læren om det uavkortede statsrådsansvaret – på den tiden parlamentarismen var i ferd med å bli fast etablert rettsoverbevisning.⁵² Ut over dette hviler norsk parlamentarisme utelukkende på innarbeidet praksis – i beste fall det som

regnes med til de løse konstruksjonene av konstitusjonell sedvanerett.⁵³ Om ikke annet bør respekten for mistillitsvotumet og kabinettsspørsmålet kodifiseres. I tillegg må selvsagt andre relevante bestemmelser, særlig de som gjelder statsoverhodets stilling, bringes inn i former som dekker de faktiske forhold bedre enn de gjør i dag.

En annen grunn til å endre grunnloven er de svakhetene som er blitt avslørt under lengre perioder med henholdsvis flertalls- og mindretallsregjeringer. Arbeiderpartiets flertallsstyre mellom 1945 og 1961 viste at makten kan misbrukes til å unndra avgjørelser fattet i forvaltningen Stortingets kontroll. Siden den gang har Stortinget bygd ut og styrket kontrollen. Mest sannsynlig vil denne kontrollen utnyttes fullt ut bare når opposisjonen har flertall i Stortinget. En mulig løsning kan være at Stortinget gjør mer ut av de rapportene om forhold innad i forvaltningen som sivilombudsmannen i seinere år har begynt å levere Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité.

De siste 10–12 årene har den parlamentariske situasjonen, med svake mindretallsregjeringer, skapt helt andre problemer. Blant annet har opposisjonen, gjennom utidig bruk av instruksjonsmyndigheten, åpnet for det som er kalt et ”stortingsregjereri”. Jeg tviler på at det, innenfor et parlamentarisk styresett, lar seg gjøre å gjenreise det opprinnelige vernet mot det 1800-tallets konstitusjonalister ville kalt ”flertallstyranni”. Men det er fremdeles nødvendig å forsvare prinsipper som *effektivitet*, *langsiktighet* og *helhetstenkning*.⁵⁴ På dette nivået må nødvendigvis mye overlates til åpne politiske debatter, der den politiske opinionen opptrer som vaktbikkjer. Grunnloven, derimot, kan vanskelig brukes til å detaljstyre det løpende samspillet mellom storting og regjering.

Noe kan derimot gjøres for å stimulere til mer styringsdyktige regjeringer. En aktuell reform vil i så måte være å regelfeste et krav om *investitur* (innsetningsvedtak).⁵⁵ Dette innebærer at Stortinget, før en regjering kan tiltre, avgjør gjennom en egen votering om den aktuelle statsministerkandidaten har flertallets tillit. På denne måten framtvingses det forhandlinger på tvers av tradisjonelle skillelinjer mellom regjeringsfløyen og eventuelle støttepartier. En bindende kontrakt for hele valgperioder kan vi vanskelig tenke oss. Da ville heller støttepartiene ta skrittet fullt ut, og komme med i regjeringen. Men parter som tidligere ikke har deltatt i en og samme koalisjon vil kunne bringes tettere sammen.

Innføringen av investitur fordrer grunnlovsfesting. Høsten 2001 klarte Fremskrittspartiet og dets leder, Carl I. Hagen, å ”lure” inn noe som min-

ner om denne ordningen – i form en begrunnet ”tillitserklæring”.⁵⁶ Det samme vil kunne gjøres på nytt, men så lenge ordningen ikke er kodifisert, har vi ingen *garanti* for at så skjer.

En annen måte å styrke regjeringen på, er å gi den adgang til å oppløse Stortinget og skrive ut nyvalg. Norge er faktisk alene blant parlamentarisk styrte stater i å mangle en eller annen form for *oppløsningsrett*.⁵⁷ Denne retten ville vært en naturlig kompensasjon for den maktbalansen som gikk tapt ved overgangen til parlamentarisme. Men på den tiden avviste de radiale partiene forslaget, da det ble lagt fram for Stortinget. De hadde liten sans for reformer som kunne stanse flertallets vilje. Heller ikke etter annen verdenskrig har tilhengerne oppnådd kvalifisert flertall for sine forslag. Seinest i 1996 stemte bare ni representanter for ordningen. Men siden den gang har stadig flere politikere, etter hvert som mindretallsparlamentaris- mens problemer er avdekket, tatt til orde for å innføre oppløsningsrett. Men mye taler i mot. Blant annet er det fare for at den får mindre heldige virkninger i en situasjon der politikkens populistiske innslag blir stadig mer framtrædende.⁵⁸ Uansett bør reformen underkastes en bred debatt. Dessuten kan det være verdt å se nærmere på reformer som *konstruktiv mistillit* og mer detaljerte regler for *folkeavstemninger*. Listen over mulige reformer kan lett gjøres lengre.

Siden statsformen like siden 1905 har vært en forkledd republikk, kun iført et forførerisk slør av kongelig prakt, må også veien ryddes for et presidentstyre. Statsoverhodet må være ribbet for middelaldersk staffasje, og rekrutteringen må skje på grunnlag av kvalifikasjon – ikke arv.⁵⁹ Etter mitt syn må presidenten ikke tildeles større makt enn at grunntrekkene i dagens styreform kan opprettholdes, det vil si at regjeringen fortsatt står i et uavkortet ansvarsforhold til Stortinget. Rett nok støtter majoriteten blant velgerne, etter meningsmålinger å dømme, fremdeles monarkiet. Fyrverkeriet fra kronprinsparets bryllup sitter fremdeles fast på netthinnene. En saklig utredning av alternativene til monarkiet, derimot, bør kunne reise en debatt som handler om annet enn glitter og fjas. Om Stortinget viker unna denne debatten i forbindelse med en grunnlovsreform, er det fare for at flere generasjoner framover blir bundet til en anakronistisk statsform.

Mer uskyldige er andre paragrafer, som også står der som et minne om en fjern samfunnsform. Ett eksempel finner vi i § 108: ”*Ingen Grevskaber, Baronier, Stambuse eller Fideikomisser, maa for Eftertiden oprettes.*” Bestemmelsen er for så vidt gyldig nok, men det er lite sannsynlig at noen i

større omfang vil forsøke å gripe til slike privilegier. Den er likevel med på å understreke det generelle inntrykket av et avfeldig skrift.

Hvis vi nå skulle starte på nytt, og foreta en omfattende reform: Hvem skal sikre at konstitusjonen blir etterlevd? I dag ivaretas etterkontrollen i første rekke av Riksretten og de alminnelige domstolene gjennom lovprøvsretten. Riksretten er en domstol som ”i første og siste instans” kan dømme statsråder, stortingsmenn og høyesterettsdommere (Grunnloven § 86). Institusjonen er tung å håndtere, og kan bare brukes når saken kan konsentreres om straffeansvar. Symptomatisk nok har den heller ikke dømt siden 1926. Måten Riksretten er organisert på, favoriserer dessuten den lovgivende myndighet; Odelstinget reiser tiltale mens, Lagtinget utgjør flertallet i Riksretten. Tidligere praksis bekrefter denne slagsiden. I 1884 slo Riksretten, slik den tidligere hadde gjort da konflikten stod mellom statsmaktene (som i 1836), fast at tiltalte hadde opptrådt ”øyensynlig landsskadelig” og hindret Stortinget i å utføre sine grunnlovsbestemte oppgaver. Utfallet i 1884 var med på å endre gjeldende rettsoppfatning. Følgelig fungerte den også som en forfatningsdomstol. I dag, derimot, er den gjengse oppfatningen at Riksretten er en ren straffedomstol, og som ikke er egnet til å avklare løpende rettsspørsmål.⁶⁰ Også lovprøvsretten har en svært avgrenset funksjon. I praksis ser det dessuten ut til at Høyesterett har inntatt en forsiktig rolle som lovprøvende organ (se foran).

Kanskje burde Norge opprette en konstitusjonsdomstol etter mønster av praktisk talt alle ”nye” europeiske demokratier som er etablert etter annen verdenskrig.⁶¹ Ett arbeidsområde for en slik domstol, ville gjelde de rettighetene som er nedfelt i grunnloven. Et annet område som peker seg ut, er forholdet mellom sentralmakten og kommunene. Men forutsetningen er at kommunene grunnlovsfestes, og at relasjonen stat–kommune endres på en måte som gjør kommunene til mer selvstendige beslutningstagere enn i dag. Selv om en gruppe av ”skriftlærde”, i dette tilfellet jurister, aldri blir politisk nøytrale i enhver mening av ordet, kan en konstitusjonsdomstol stå relativt uavhengig i forhold til så vel lovgivende som utøvende myndighet. Nøytralitetshensynet kan dessuten styrkes gjennom de prosedyrene som følges ved utnevningen av dommere.

En grunnlov må ha legitimitet i befolkningen. Når det er snakk om å gjøre omfattende endringer i grunnloven, må velgerne få anledning til å uttale seg i en folkeavstemning – før Stortinget fatter endelig vedtak. Folkesuvereniteten må alltid være det overordnede prinsippet i et moderne demokrati.

Sluttord

Norges grunnlov *er* gammel. Alderens patos skulle i seg selv gi respekt. Slik er det ikke, og kan heller ikke bli det – så lenge grunnloven i så liten grad tjener som styringsredskap. Symbolfunksjonen, derimot, er fremdeles høyst levende. En ny grunnlov kan vanskelig oppnå samme symbolmakt som en gamle.⁶² Vurdert mot behovet for et effektivt styringsredskap mener jeg likevel at den gamle må vike.

Om vi skifter ut hele grunnloven, slik Sverige gjorde i 1974, eller om vi nøyer oss med omfattende endringer, betyr mindre. Rent praktisk vil det enkleste være å underkaste den gamle en omfattende revisjon. Dette kan skje etter de prosedyrene som ligger i § 112, men med unntak for valget av statsform; siden monarkiet ble innført etter en folkeavstemning i 1905, bør også velgerfolket få det avgjørende ordet.

Uansett hvilken framgangsmåte som velges, må vi ta vare på de gode sidene ved den gamle grunnloven. Det som har gjort den så levedyktig, er de vide tolkingsrammene. Stive bein brekker lettere enn myke. Men til forskjell fra gamle mennesker kan politikerne velge hva slags bein styrefor- men skal stå på. De må gjøres smidige som på en ballettdanser – ikke stive som Pinocchios trebein.

Fotnoter

- 1 Den grunnloven som ble vedtatt våren 1814, omtales gjerne som 17. mai-grunnloven, mens den reviderte, etter at unionen med Sverige var etablert, blir kalt Novembergrunnloven.
- 2 Steen, Sverre. Hvordan Norges Storting ble til. I C. J. Hambro m.fl. *Det Norske Storting gjennom 150 år*. Bd. I (1964).
- 3 De Lolme, John Louis. *The constitution of England; or, An account of the English government; in which it is compared both with the republican form of government and the monarchies in Europe* (utg. 1991). Montesquieu. *The spirit of Laws*. I Mortimer J. Adler (red.). *Great Books of Western World* (utg. 1990).
- 4 Adler, Johan Gunder og Christian Magnus Falsen. *Udkast til en Constitution for Kongeriget Norge* (1814).
- 5 Som en følge av den samme maktfordelingslæren vedtok forsamlingen å innføre et tokammersystem, der Lagtinget, slik tanken var, skulle fungere som et overhus. Til å begynne med var det en klar overvekt av representanter med juridisk embetseksamen blant dem som ble utpekt til å sitte i dette kammeret (se Nordby, Trond. *I politikkens sentrum. Variasjoner i Stortingets makt 1814–2000* (2000): kap. 7.3). Men det ble ikke lagt opp til separate valg av medlemmene til Lagtinget. I stedet blir de utpekt (ved valg i Stortinget) straks de nyvalgte representantene kommer sammen. Fra midten av 1800-tallet ble praksis endret. Dermed mistet Lagtinget karakteren av å være en bastion for representanter med spesielle kvalifikasjoner som lovtolkere.
- 6 I dagens terminologi kalt "maktbalanse".
- 7 Grunnloven nevnte ikke vetoet i forbindelse med endringer i grunnloven selv, men den første tiden etter 1814 ble dette tatt for gitt; se nedenfor.
- 8 Denne bestemmelsen står der fremdeles.
- 9 Smith, Eivind. *Høyesterett og folkestyret* (1993).
- 10 Seip, Jens Arup. Den norske høyesterett som politisk organ. I Jens Arup Seip. *Tanke og handling i norsk historie. Artikler og avhandlinger* (1968):109.
- 11 Mer utførlig behandlet i Nordby, Trond. *Det moderne gjennombruddet i bondesamfunnet. Norge 1870–1920* (1991).
- 12 Se også Castberg, Frede. *Juridiske stridsspørsmål i Norges politiske historie* (1971).
- 13 Først i 1913 ble det utsettende vetoet eliminert ved at Stortinget vedtok en tilføyelse i grunnlovens § 112 (se nedenfor).
- 14 Denne prosessen er inngående beskrevet av Seip, Jens Arup. *Utsikt over Norges historie*. Bind 2. *Tidsrommet 1850–1884* (1981).
- 15 Fordi ledende konservative, under riksrettsstriden, hadde deltatt i aksjoner som minnet sterkt om et statskupp.
- 16 Denne gradvise overgangen er behandlet mer detaljert i Nordby 2000:kap.3.
- 17 Mer om disse sammenhengene bl.a. i Nordby, Trond. Norsk nasjonalisme som historisk problem. *Nytt Norsk Tidsskrift* 1/1986.
- 18 Koht, Halvdan. Eit historisk syn på den svensk-norske unionen. *Historisk Tidsskrift*. Bd. 31 (1937–1940).
- 19 Enkeltvis kunne statsråder fremdeles reservere seg, og dermed gå fri fra ansvar, slik § 30 hele tiden hadde fastslått.
- 20 Sejersted, Francis. Rettsstaten og den selvdestruerende makt. Noen refleksjoner

- over det 19. århundres embetsmannsstat. I Francis Sejersted. *Demokrati og rettsstat* (2001).
- 21 Karl Polanyi. The Great Transformation. *The Political and Economic Origins of our Time* (1971): 141.
 - 22 Mer utførlig behandlet i Nordby, Trond. *Venstre og samlingspolitikken 1906–1908. En studie i partioppløsning. En studie i partioppløsning og gjenreisning* (1981).
 - 23 Mer om debattene rundt denne reguleringspolitikken, se Nordby 1983 og Nordby 1991.
 - 24 Mitt eget syn på denne historiske epoken er mer utførlig behandlet bl.a. i Nordby, Trond. *Statsutviklingen under Arbeiderpartiet*. I Trond Nordby (red.). *Arbeiderpartiet og planstyret 1945–1965* (1993) og Nordby, Trond. *Korporatisme på norsk 1920–1990* (1994).
 - 25 Sejersted, Francis. Norsk idyll? Forhandlingssamfunnet som forutsetning for demokratiet? *Nytt Norsk Tidsskrift* 1/1988.
 - 26 For en kort sammenfatning, se Nordby 1993 og 1994.
 - 27 Lov om sivilombudsmannen (1962), forvaltningsloven (1967) og offentlighetsloven (1970).
 - 28 Sejersted, Francis. Kampen om fullmaktslovgivningen 1945–1953 og den konstitusjonelle utvikling. I Nordby 1993:97.
 - 29 Mer om denne instruksjonsmyndigheten i Stavang, Per. *Storting og regjering. Om instruksar frå Stortinget til regjeringa* (1999). Se også nedenfor.
 - 30 Smith, Eivind. 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.
 - 31 Castberg, Frede. *Norges statsforfatning*. Bind I. Tredje utg. (1964): 49–52.
 - 32 En rask gjennomgang av sentrale lærebøker i statsrett tyder på at begrepet fikk et gjennombrudd under parlamentarismens ”barndom”. I forordet til tredje utgaven av sin store lærebok i statsforfatningsrett oppgir Bredo Morgenstjerne som grunn for revisjonen at ”der siden utgivelsen av 2den utgave i 1909 er foregått saa store forandringer i vor forfatningsret og kommet saa meget nyt stof til, at de ældre utgaver nu er forældet” – Morgenstjerne, Bredo. *Lærebok i Den Norske Statsforfatningsret*. Tredje omarbeidede Utgave. Første Bind (1926). I det andre bindet skriver han inngående om parlamentarismens utforming, med Frede Castbergs ungdomsarbeid som referanse; se Morgenstjerne, Bredo. *Lærebok i Den Norske Statsforfatningsret*. Tredje omarbeidede Utgave. Andet Bind (1927): 15, note 22 (her siterte Morgenstjerne, til å underbygge sitt syn, fra en artikkel Castberg skrev i 1918 (se neste note) .
 - 33 Castberg, Frede. Nogen Ord om Magtfordelingsprincippet og dets Stilling i fransk og norsk Statsret. *Tidsskrift for Retsvidenskab* (1918): 291.
 - 34 Den første referansen er i denne sammenhengen stortingsdebatten som utspant seg da Gunnar Knudsen (Venstre) dannet regjering i 1908; se Nordby 2000: kap. 4.2.
 - 35 Det gjorde Emil Stang (Høyre) på 1890-tallet, og begrunnet det med at han ikke godtok parlamentarismen; se Nordby 2000: kap.3.5.
 - 36 Castberg 1964: 301 ff.; Andenæs, Johs.: *Statsforfatningen i Norge*. 8. utg.

- (1998). Utredningen het: Komiteen til revisjon av grunnlov, ansvarlighetslov og riksrettsreglement. Trykt som vedlegg til Inst.S. 1 (1932).
- 37 Seip 1968: 115
 - 38 En bred gjennomgang finnes i Smith, Eivind. *Regjeringens opplysningsplikt overfor Stortinget* (1997).
 - 39 Stavang 1999.
 - 40 Nordby 2000: kap. 5.4.
 - 41 Slik norsk parlamentarisme er blitt utformet, fungerer Stortinget i denne situasjonen nær sagt som en despot. Et spørsmål som har vært diskutert opp gjennom årene, er om ikke regjeringen må få adgang til å oppløse Stortinget.
 - 42 Sejersted, Frederik. Om statsrådets hårfarge og været 17. mai. *Nytt Norsk Tidsskrift*. 3/1998.
 - 43 Andenæs 1998. Mer om temaene mistillitsvotum og kabinettsspørsmål i Nordby 2000: kap.3.
 - 44 Sejersted, Francis. Sosialdemokratiet finner sin form. Kampen om fullmaktslovene etter 1945. I Francis Sejersted. *Demokratisk kapitalisme* (1993): 297 ff. For en brede sammenfatning av denne rettsrealismen, og om innflytelsen fra Uppsala-skolen, se Slagstad, Rune. *Rettsens ironi* (2001): 272 ff.
 - 45 Mer om dette temaet, som berører skillet mellom korporative og pluralistiske kontaktformer, se Nordby 1994: kap. II.
 - 46 Andenæs 1998: 136.
 - 47 Bjorvand, Harald og Fredrik Otto Lindeman. *Våre arveord. Etymologisk ordbok* (2000).
 - 48 Vinje, Finn-Erik. *Frihetens palladium – i språklig belysning. Om språket i Grunnloven* (2002).
 - 49 Forslaget må være fremmet i valgperioden før det eventuelt vedtas.
 - 50 Mer om dette i Nordby 2000:kap. 3. 5. Spørsmålet har mest akademisk interesse, da Stortinget godt kan felle en regjering som likevel ikke går av, gjennom et mistillitsvotum. Det belyser likevel den usikkerheten som rår om hva som skal regnes inn under konstitusjonell sedvanerett (se nedenfor).
 - 51 Castberg 1918: 291.
 - 52 Temaet ble aktualisert i etterkant av riksrettsstriden fram mot 1884. Det nye stridsemnet ble nå hvorvidt kontrasignatur medførte ansvar eller ikke. Høyre hevdet lenge at denne underskriften var en ren formalitet. Radikale elementer innen Venstre, derimot, fastholdt fra 1890-tallet av at det heftet fullt medansvar ved å medundertegne. Kongen kunne *ikke* gjøres ansvarlig. Derfor, ble det sagt fra venstrehold, stod det, dersom Høyre hadde rett, tilbake en rest av eneveldet. Læren ble *praktisert* første gang den 7. juni 1905, da Stortinget vedtok å gå ut av unionen med Sverige. Mer om dette i Nordby 2000: kap.3.6.
 - 53 Arne Fliflet synes å mene at statsrådenes adgang til å delta i Stortingets debatter (§ 74), som ble tatt inn i Grunnloven etter riksrettsdommen i 1884, alt gir den nødvendige dekning for parlamentarismens prinsipp; (Trenger vi en generell grunnlovsrevisjon? *Nytt Norsk Tidsskrift* 2/2000). På den tiden da statsrådssaken var det store stridsemnet i norsk politikk, fryktet de konservative at reformen ville lede til parlamentarisme. Men det er ingen nødvendig sammenheng mellom denne bestemmelsen og parlamentarismen. På 1830-tallet hadde den seinere konservative lederen Frederik Stang selv gått inn for samme reform.

- Da gikk bøndene i Stortinget imot. Dette var før bondeopposisjonen var blitt en maktfaktor, og Stang så for seg at regjeringen kunne opptre mer ledende overfor Stortinget; se Seip, Jens Arup. *Utsikt over Norges historie. Første del* (1974).
- 54 Mer utførlig om disse hensynene i Nordby 2000: kap. 5.4.
- 55 Mer om dette i Nordby, Trond. Tid for konstitusjonelle reformer? *Nytt Norsk Tidsskrift* 2/2000.
- 56 Under trontaledebatten 26. oktober 2001.
- 57 Strøm, Kaare. Oppløsningsrett og parlamentarisme: Et internasjonalt perspektiv. I Bjørn Erik Rasch og Knut Midgaard (red.). *Representativt demokrati. Spilleregler under debatt* (1994)
- 58 Nordby, Trond. Populismen. *Demo* 1/2001.
- 59 For en mer utførlig argumentasjon mot å opprettholde monarkiet, se Nordby, Trond. Monarkiet – en statsform foran undergangen. *Nytt Norsk Tidsskrift* 1/2000.
- 60 Se Berg, Bjørn O. Riksretten – en anakronisme? I Eivind Smith (red.) *Makt uten ansvar? Om Riksretten i vår tid?* (1997) og Smith, Eivind. Alternativer til Riksretten. *Nytt Norsk Tidsskrift* 2/2000.
- 61 Mer inngående om dette systemet se Smith 1993: 33 ff.
- 62 For Arne Fliflet er denne symbolmakten et viktig argument for ikke å gjøre store endringer; Fliflet 2000.

Vad skall vi ha en "grundlag" till?

Finlands grundlag om konstitutionens uppgifter

Den nya finländska grundlagen, som trädde i kraft i början av mars år 2000, innehåller en uttrycklig bestämmelse om konstitutionens uppgift. Jag skall citera bestämmelsen i § 1 st. 2:

Finlands konstitution är fastslagen i denna grundlag. Konstitutionen skall trygga människovärdets okränkbarhet och den enskilda människans frihet och rättigheter samt främja rättvisa i samhället.

Bestämmelsen innebär en tolkning av grundlagens funktioner som anknyter till dess rättighetsdel. I själva verket härstammar bestämmelsen från reformen av den förra regeringsformens fri- och rättighetskapitel som hade ägt rum lite tidigare, år 1995. Det är ju självgivet att bestämmelsen inte är uttömmande ens för vår grundlags del, för att inte att tala om grundlagen på en allmänare nivå.

Det är på denna allmänare nivå som jag ämnar röra mig i fortsättningen. Jag skall dock försöka hämta mina exempel från Finland eller de andra nordiska länderna. I trygg analytisk anda skall jag börja med vissa analytiska distinktioner.

Deskriptiv och normativ granskning

Vi kan granska grundlagens eller konstitutionens uppgifter både i ett deskriptivt och ett normativt syfte. I en deskriptiv granskning försöker vi besvara frågan vilka slags funktioner de existerande konstitutionerna "i verkligheten" uppfyller. I en normativ granskning ställer vi frågan vilka slags funktioner en konstitution borde fylla. I denna distinktion hör den citerade bestämmelsen i Finlands grundlag förstås hemma på den normativa sidan. Det är den normativa aspekten som jag också är intresserad av i denna uppsats. Men min normativa referensram utgörs inte av den positivrättsliga finländska konstitutionen utan av ett visst ideal för det mo-

derna rättsliga och politiska systemet. Detta ideal kan i Jürgen Habermas fotspår kallas den demokratiska rättsstaten. Habermas påstår i sin *Faktizität und Geltung*¹ att den moderna, positiva rätten förutsätter som sin basis de principer som kännetecknar en demokratisk rättsstat. Jag kan inte här komma in på Habermas rekonstruktion av den moderna rättens djupstruktur. Jag nöjer mig med att bara nämna den demokratiska rättsstatens principer som de normativa kriterier jag skall anlita vid granskningen av konstitutionens funktioner. Min viktigaste fråga lyder således: Vilka slags funktioner borde konstitutionen uppfylla i en demokratisk rättsstat?

Vad gäller den deskriptiva frågan om konstitutionens funktioner, skall jag till exempel förbigå sådana fall där de politiska makthavarna på ett medvetet sätt använder sig av den skrivna konstitutionen som en ideologisk legitimation för sitt styre, där konstitutionen bara fungerar som ett slags kamouflage, avsett att dölja maktutövningens verklighet.

Den skrivna grundlagen och rättskulturen

Skillnaden mellan deskriptiva och normativa frågeställningar utgör min första analytiska distinktion. Den andra distinktionen gäller själva begreppet ”konstitution” eller ”grundlag”. I denna uppsats använder jag termerna ”konstitution” (eller ”författning”) och ”grundlag” som synonymer och förbigår således den långa semantiska historien som båda termerna har bakom sig. Jag skall också ignorera de meningsskillnader som termerna även i den nutida diskussionen kan ha och som på sätt och vis även impliceras av den ovan citerade bestämmelsen. Vår grundlags § 1 st. 2 talar ju inte om ”grundlagen” utan om ”konstitutionen” och ger därmed vid handen att ”konstitutionen” är någonting annat än den skrivna grundlag där bestämmelsen ingår.

Min andra analytiska distinktion anknyter således inte till termerna ”konstitution” och ”grundlag”. Det är inte heller fråga om de bekanta distinktionerna mellan en formell och materiell eller mellan en skriven och faktisk konstitution. I stället ansluter jag mig till den indelning av rättens nivåer som jag har försökt utveckla under de senaste åren: rättens ytnivå, rättskulturen och rättens djupstruktur.² Med ”konstitution” kan vi avse, för det första, grundlagen som bestående av uttryckliga, diskursivt formulerade normer, den grundlag som lagboken informerar oss om, grundlagen som en normativ företeelse på rättens yta. Det är kanske skäl att betona att den här definitionen av grundlagen inte förutsätter en enhetlig

skrivna statsförfattning sådana som Finlands nya grundlag. De normer som utgör grundlagen eller konstitutionen som ett fenomen på rättens yta kan också formuleras av heterogent material, exempelvis av flera enstaka (grund)lagar eller viktiga domstolsprejudikat.

Men rättsordningen i allmänhet eller konstitutionen i synnerhet uttöms inte av sådant uttryckligt, diskursivt normativt material. Konstitutionen kan också betraktas som en företeelse på den kulturella nivån, som en väsentlig beståndsdel av det ifrågavarande landets rättsliga och – vi kan tillägga – politiska kultur. Det är denna senare betydelse vi hänvisar till när vi till exempel talar om konstitutionens symbolvärde, dess bidrag till byggandet och upprätthållandet av den politiska nationens enhet, konstitutionen som en kristallisering av de värden kring vilka en politisk gemenskap kan uppstå och bestå. Det är just här som till exempel Habermas begrepp *Verfassungspatriotismus*³ gör sitt inträde.

Det finns förstås en ständig växelverkan mellan de två nivåerna av konstitutionen, mellan konstitutionen som ett fenomen på rättens yta och konstitutionen som en kulturell företeelse. Den skrivna konstitutionen och dess tillämpningspraxis påverkar den rättsliga och politiska kulturens utveckling; vi kan tala om en sedimentationsprocess som har sin början på ytnivån och som med tiden leder till uppkomsten och stabiliseringen av en rättslig och politisk kultur som stöder och främjar den skrivna statsförfattningens förverkligande. Det är denna process som vi nu kan iakta i de nya demokratierna i Central- och Östeuropa. Vad gäller Finland, så fick vi redan efter självständighetsförklaringen och inbördeskriget 1919 en grundlag, regeringsformen, som i sina bestämmelser i stort sett motsvarade den demokratiska rättsstatens principer. Den hade en för sin tid ganska modern rättighetsdel, den byggde på maktodelningsprincipen men bekräftade samtidigt riksdagens ställning som högsta statsorgan och den introducerade genom en explicit bestämmelse det parlamentariska styrelsesättet, fastän den även gav republikens president en betydande maktposition. Men det dröjde inte länge förrän det uppstod en rättslig och politisk kultur där den demokratiska rättsstatens principer skulle ingå som ett integrerande element och som verkligen kunde erbjuda stöd åt de av regeringsformens bestämmelser som kunde tolkas implicera dessa principer. Republikens två första decennier, då inbördeskrigets och dess efterspels erfarenheter ännu var färskas i minnet, kännetecknades av en misstro mot den parlamentariska demokratin på både höger- och vänsterhåll; här kan dock lösningen av Lappo-krisen sommaren 1930 anses som en viss vändpunkt.

Vad gäller särskilt regeringsformens rättighetsdel, skulle jag vilja påstå att man först under de sista decennierna av förra seklet började ta fri- och rättigheterna på allvar, att det först då uppstod någonting som förtjänar beteckningen "grundrättighetskultur".

Växelverkan mellan den skrivna grundlagen och den kulturella nivån har betydelse också för konstitutionens funktioner: konstitutionens ställning i den rättsliga och politiska kulturen påverkar också den betydelse som den skrivna grundlagen har i det dagliga rättsliga och politiska livet. Man kunde framföra följande (hypo)tes: ju större symbolvärde konstitutionen äger på den kulturella nivån, ju starkare dess ställning som en "medborgarreligion" är, desto viktigare roll spelar den skrivna konstitutionen i den fortlöpande rättsliga och politiska diskussionen och i beslutsfattandet. En jämförelse mellan Finland och Sverige tycks bekräfta denna (hypo)tes. Konstitutionalismen har haft en framhävd position i Finlands rättsliga och politiska kultur ända sedan kampen för landets autonomi under de sista decennierna av ryska väldet, en kamp som till en stor del fördes under konstitutionalismens fana. Detta faktum har präglat också det självständiga Finlands rättsliga och politiska system och förlänat konstitutionen och konstitutionella argument deras markanta position. Härtill kom att regeringsformen från år 1919 så småningom kom att symbolisera landets självständighet, först för segrarna i inbördeskriget, senare för folket i allmänhet.

I Sverige har situationen varit en helt annan; konstitutionen har inte haft ett motsvarande symbolvärde, den rättslig-politiska kulturen har kännetecknats av en pragmatisk inställning till grundlagen och i stället för konstitutionen har det snarare varit på folkhemsideologin den politiska nationens enhet har byggts. Och motsvarande har också den skrivna grundlagens praktiska betydelse varit avsevärt mindre än hos oss i Finland.

Norges exempel påvisar dock att korrelationen mellan konstitutionens symbolvärde och den skrivna grundlagens roll inte är undantagslös: Norges grundlag har kännetecknats av ett högt symbolvärde men samtidigt haft föga praktisk betydelse i det dagliga politiska och rättsliga livet.⁴ En intressant fråga i sig är var förklaringen till skillnaden mellan Norge och Finland ligger. Man kunde framföra följande förslag: i Norge kom symbolvärdet – i stigande grad med grundlagens stigande ålder – att ansluta sig till själva utfärdandet av grundlagen som en konstituerande akt, vad som egentligen var skrivet i den utfärdade i grundlagen kom i

skymundan; i Finland var det i stället viktigt för autonomikampen att hävda att det var just två svenska dokument, 1772 års regeringsform och 1789 års förenings- och säkerhetsakt, som utgjorde landets konstitution. Med 1919 års regeringsform fick Finland en tämligen modern statsförfattning vilket möjliggjorde att konstitutionens symbolvärde också i fortsättningen kunde anknyta till grundlagens text. Men antingen denna förklaring stämmer eller inte, ger Norges erfarenhet i varje fall anledning till att omformulera vår (hypo)tes. En försiktigare version kunde lyda så här: konstitutionens höga symbolvärde är en nödvändig men inte tillräcklig betingelse för den skrivna grundlagens rättsliga och politiska relevans.

Växelverkan mellan konstitutionens nivåer medför att konstitutionen i synnerhet i en deskriptiv analys av dess funktioner måste förankras i sin kulturella kontext. Detta kräver i sin tur historisk sensibilitet; det är genom historiska erfarenheter som landets politiska och rättsliga kultur får sina särdrag. Också detta kan vi belysa genom en jämförelse mellan Sverige och Finland. Sverige har saknat sådana dramatiska nationella eller politiska omvälvningar eller kamper som kunde ha lett till konstitutionens fasta kulturella förankring. Demokratins genombrott skedde gradvis och lämnade inga spår i grundlagens text. Det svenska folkhemmet hade inte heller något behov av rättighetstänkandet; Uppsalaskolans kritik av själva rättighetsbegreppet mötte inget motstånd i samhällsklassernas eller -gruppernas politiska praxis och målformuleringar utan kunde slå sina rötter djupt in i åtminstone den professionella juridiska kulturen. För Finlands del är det skäl att ännu en gång hänvisa till autonomikampen samt inbördeskriget och dess efterspel som de avgörande historiska händelseförlopp som har satt sin prägel på konstitutionalismens finska variant.

Konstitutionen som en företeelse av den moderna tiden

Konstitutionen i dess nuvarande rättsliga betydelse är ett fenomen som hänger samman med den moderna rätten och den moderna staten. I sin nuvarande betydelse kan man inte tala om en konstitution förrän den anses rättsligt bindande för alla politiska makthavare, det vill säga även för monarken som omvandlas till ett statsorgan bland andra. Den moderna konstitutionens historia börjar på 1700-talet, och det är först och främst den amerikanska och den franska revolutionen som spelade en avgörande roll i införandet av denna aspekt av den rättsliga och politiska moderniteten. Vad gäller konstitutionalismen i Norden och speciellt i Sverige och

Finland, utsträcker man ibland dess historia till att omfatta regeringsformen från 1634 eller till och med landslagarnas konungabalk. Men regeringsformen 1634 utfärdades ursprungligen endast under drottning Kristinas minderårighet och ansågs inte binda den myndiga monarken. Och då de senare monarkerna vid sitt trontillträde bekräftade regeringsformen och lovade upprätthålla den, uppfattades detta som en frivillig koncession som härrörde från monarkens obegränsade maktbefogenheter. Det var först under 1700-talet då regeringsformen börjades anses binda den myndiga monarken oberoende av hennes eller hans (frivilliga) bekräftelse.

Så vi kan betrakta konstitutionen som en modern företeelse och begränsa vår granskning av dess uppgifter till den moderna epoken. Carl Schmitt åtskilde i sin *Verfassungslehre* från 1928⁵ två huvuddelar i den moderna konstitutionen: den rättsstatliga och den politiska delen. Den förra karaktäriserades av två huvudprinciper: fri- och grundrättigheter samt maktfördelningen. Schmitts analys återspeglade hans tolkning av den Weimarska statsförfattningen: genom sin indelning kunde han granska rättsstaten och demokratin som skilda och oberoende begrepp. För att undvika detta begreppsliga lösgörande prioriterar jag en annan indelningssmögjlighet, nämligen distinktionen mellan en rättighetsdel och en organisatorisk del. Dessa två huvuddelar möter vi redan i den amerikanska och den franska revolutionens konstitutionella dokument:

Jag har redan i det föregående antytt att konstitutionen är både ett rättsligt och ett politiskt fenomen som till exempel har sin plats i både den rättsliga och den politiska kulturen. Om vi använder systemteoretiska termer kan vi säga att konstitutionen uppfyller viktiga funktioner i två av de moderna samhällets delsystem: det rättsliga och det politiska. Men som en av de systemteoretiska rättstänkandets pionjärer, Niklas Luhmann, har betonat, uttömmar detta inte ännu statsförfattningens samhällsliga funktioner. Också enligt hans systemteoretiska analys hör konstitutionen hemma i bägge systemen, i både det rättsliga och det politiska. Men konstitutionens huvudsakliga samhällsliga funktion består av förmedlandet av relationen mellan de här två delsystemen: konstitutionen kanaliserar det rättsliga systemets inflytande in i det politiska systemet och det politiska systemets inflytande in i det rättsliga. Konstitutionen möjliggör någonting som Luhmann i sitt autopoietiska skede kom att kalla en strukturell koppling (*strukturelle Kopplung*) mellan två samhällsliga delsystem.⁶

Vi kan medge att konstitutionen fyller en viktig uppgift som förmedlare mellan rätt och politik även om vi inte delar Luhmanns ”extremistiska”

systemteoretiska utgångspunkter. Genom konstitutionen får den politiska maktens organisation sin rättsliga prägel, och genom konstitutionen uppställs det också rättsliga gränser för denna organisations maktutövning. Men å andra sidan öppnar konstitutionen genom sin reglering av lagstiftningsproceduren kanaler för de politiska aktörernas inflytande på rättsordningens utformning.

Vi kan också anta att det är just konstitutionens egendomliga ställning på gränssytan mellan rätt och politik som ligger bakom möjligheten att använda sig av konstitutionella argument i politiskt syfte, i politisk debatt, samt svårigheten att hålla isär politiska och konstitutionella argument. Det har då och då även påståtts – särskilt av de så kallade kritiska konstitutionalisterna – att ingen gräns mellan de två över huvud taget kan dras. Vanligen uttrycks detta påstående i den formen att all konstitutionell argumentation i grund och botten är politisk till sin natur. Personligen instämmer jag inte i denna syn. En viktig uppgift för den konstitutionella teorin består i att analysera skillnaderna mellan konstitutionell och politisk argumentation. Tyvärr kan jag inte nu komma in på en sådan analys.

Preliminärt kan vi anknyta konstitutionens rättsliga funktioner till rättighetsdelen och politiska funktioner till den organisatoriska delen. Men bara preliminärt; i en mer detaljerad analys skulle det dock framkomma att bägge delarna har sin betydelse i både rättsligt och politiskt hänseende; det är fråga om tyngdpunkter, och inte om en uteslutande arbetsfördelning mellan konstitutionens två delar.

Konstitutionens uppgifter i det politiska systemet

Låt oss nu granska konstitutionens uppgifter först i det politiska och sedan i det rättsliga systemet. Men låt oss också hela tiden hålla i minnet konstitutionens viktiga roll som förmedlare mellan det rättsliga och det politiska systemet. Jag vill också påminna om att min granskning här huvudsakligen är normativ till sin natur och att den normativa referensramen består av principer som definierar en demokratisk rättsstat.

Konstitutionen uppfyller både en organisatorisk och en legitimatorisk funktion i det politiska systemet. Konstitutionens organisatoriska del definierar den politiska maktens grundläggande organisation, de översta statsorganen och deras ömsesidiga förhållanden. Konstitutionen förlämnar denna organisation den stabilitet som är en nödvändig betingelse för dess störningsfria funktion. Denna stabilitet som konstitutionen åstadkommer

kan betraktas som viktig i sig, det vill säga oberoende av hur organisationen utformas.

Men i en demokratisk rättsstat kan den organisatoriska funktionen inte lösöras från en annan uppgift som konstitutionen har: den legitimatoriska funktionen. Konstitutionen kanaliserar rättens legitimitet till det politiska systemet. Om vi skall tro Max Weber, beror den moderna institutionsstatens – *Anstaltsstaat* på tyska – legitimitet egentligen på en tro på legalitet, på en tro att statsorganen agerar lag- och konstitutionsenligt. Webers tes har ju sina problem som många av hans kritiker har fäst uppmärksamhet på. Weber förklarar egentligen inte hur en ren tro på legalitet i sig kunde medföra legitimitet.⁷ Men oavsett Webers problem kan vi åtminstone påstå att ett minimivillkor för den politiska maktanvändningens legitimitet består i dess konstitutionsenlighet, eller negativt uttryckt: politisk maktutövning som strider mot konstitutionen kan inte anses legitim.⁸

Den demokratiska rättsstatens ideal uppställer dock större krav på den politiska maktanvändningens legitimitet än bara dess konstitutionsenlighet: enligt detta ideal kan konstitutionen ge legitimitet åt det politiska systemet enbart om dess organisatoriska del motsvarar vissa grundläggande principer, sådana som demokratiprincipen, maktfördelningsprincipen och förvaltningens lagbundenhet. Om Habermas legitimitetsanalys stämmer, så är det inte enbart en lagenlighets- eller konstitutionsenlighetstro som förklarar den moderna statens legitimitet. I stället skulle det vara en tro på att den politiska organisationen motsvarar de fundamentala principer som definierar en demokratisk rättsstat som framkallar statens legitimitet.⁹

Så har vi ur det politiska systemets perspektiv besvarat frågan: Vad skall vi ha en grundlag till? Vi skall reglera och stabilisera den politiska maktens organisation, sätta rättsliga gränser för dess utövning samt stärka eller åtminstone främja dess legitimitet. Men vad skall vi ha en ”grundlag” till i det rättsliga systemet?

Konstitutionen och den moderna rättens positivet

Ett av den moderna rättens främsta kännetecken består i dess positivet. Under den ”mogna” moderna rättens omständigheter tillerkänner man endast positiv rätt rättslig giltighet, det vill säga den rätt som uppstått genom medveten mänsklig aktivitet, i första rummet genom uttryckliga beslut. Den moderna rättens positivet vore inte möjlig utan en konstitution som

reglerar nya rättsliga normers uppkomst, som bekräftar vilka mänskliga aktiviteter som kan ge upphov till sådana normer. Det var ju här som Hans Kelsen, den positiva rättens kanske mest framträdande teoretiker, såg konstitutionens primära uppgift: konstitutionen reglerar förfarandet för nya rättsliga normers produktion, bekräftar strukturen av den rättsliga *Stufensbau* och formulerar den positiva rättens giltighetsbetingelser.¹⁰ Konstitutionen innehåller den positiva rättens viktigaste metanormer: dess officiella rättskällelära och standarderna för avgörandet av rättsliga normkonflikter, såsom *lex superior*.¹¹ Det är konstitutionen som definierar rättsordningens rule of recognition, igenkännande- eller erkännanderegeln, för att använda sig av ett uttryck som en annan framstående teoretiker av den positiva rätten, H. L. A. Hart, har infört i vår rättsliga terminologi.

För att kunna avbryta regressen av (positiva) rättsnormer, var Kelsen tvungen att postulera en innehållsmässigt tom *Grundnorm* bakom konstitutionen; grundnormen påbjuder bara att iaktta konstitutionens bestämmelser. I ett annat sammanhang¹² har jag försökt påvisa att både Kelsens och Harts giltighetsteori, *Grundnorm* och *rule of recognition* som kulminationspunkter för dessa teorier, försöker åstadkomma två ting: för det första, att ange kriterierna för identifieringen av giltiga rättsnormer – detta kan kallas den epistemologiska funktionen av *Grundnorm* och *rule of recognition* – och för det andra att belysa hela den rättsliga normativitetens uppkomst, hur den samhälleliga verkligheten kan ge upphov till rättslig normativitet – detta kan kallas den grundläggande funktionen av *Grundnorm* och *rule of recognition*. Den grundläggande funktionen är primär: *Grundnorm* (konstitutionen) och *rule of recognition* kan bara uppfylla sin epistemologiska uppgift tack vare sin grundläggande funktion. Men – och detta är mitt eget tillägg – Kelsens och Harts ”*master rules*” kan åstadkomma sin grundläggande verkan bara på ett villkor: att den ifrågavarande konstitutionen kan betraktas som legitim. Och detta förutsätter i sin tur att konstitutionen återspeglar den moderna rättens normativa djupstruktur som väsentligen utgörs – åtminstone om vi får tro Habermas rekonstruktion i sin *Faktizität und Geltung* – av mänskliga rättigheter som allmänna normativa idéer samt de grundläggande rättsstatliga principerna.

Konstitutionen och den positiva rättens självbegränsning

Habermas rekonstruktion av den moderna rättens normativa djupstruktur erbjuder oss en bro som för till konstitutionens andra väsentliga funktion i den demokratiska rättsstatens rättsliga system. Nu är det fråga om någonting som kan kallas konstitutionens gränsdragande funktion. Jag skall försöka att kort belysa bakgrunden till denna funktion.

I varje historisk rättstyp bör man kunna definiera den mänskliga rättens gränser och legitimitetskriterier: vilken maktutövning som helst i rättens namn kan inte försvaras. Detta utgjorde ju utgångspunkten för Kants rättsfilosofi: hur kan man rättfärdiga det yttre tvång som en människa utövar gentemot en annan och som är olösbart förknippat med rätten? Vi är inte tvungna att acceptera Kants lösning för att inse relevansen av hans problemställning: det måste finnas gränser för den mänskliga lagstiftarens, domarens och verkställarens legitima maktutövning.

I den västerländska rättskretsen har frågan om rättens gränser traditionellt både formulerats och besvarats med naturrättsliga termer. Men om det stämmer, som jag har påstått ovan, att den moderna rätten karaktäriseras av en grundläggande positivitet, är det traditionella sättet att ställa och lösa gränsproblemet inte mera giltigt. Om det stämmer att man i den mogna moderna rätten ger rättslig betydelse enbart åt positiva normer, träffar detta också de kriterier som drar rättens gränser. Också dessa kriterier måste vara givna i rättens positivitet, också de måste kunna lokaliseras inom denna positivitet.

Lösningen på problemet med den moderna rättens gränser och legitimitetskriterier ligger i positivitetsens mångskiktiga karaktär. Rättsordningen uttöms inte av sin synliga yta, av normer som har fått en uttrycklig formulering i sådant rättsligt material som lagstiftning och domstolsbeslut. Rättsordningen inkluderar också djupare nivåer som både möjliggör och begränsar det som kan komma till synes på dess yta. Jag har kallat dessa djupare nivåer rättskulturen och rättens djupstruktur. Rättskulturen och rättens djupstruktur innehåller både begreppsrelaterade och normativa element. Som exempel på sådana fundamentala rättsbegrepp som först möjliggör det rättsliga tänkandet under den moderna tiden och som således kan påstås tillhöra rättens djupstruktur kan man ta upp begreppen ”rättighet” och ”rättssubjekt”. Vad gäller de normativa aspekterna av den moderna rättens djupstruktur, kan vi ännu en gång hänvisa till Habermas rekonstruktion enligt vilken den moderna rättens djupstruktur skulle bestå

av mänskliga rättigheter som allmänna normativa idéer samt de grundläggande rättsstatliga principerna.

Rättens nivåer, det vill säga ytnivån, rättskulturen och djupstrukturen, är förbundna med varandra genom ömsesidiga relationer. Dessa relationer förmedlas av rättsliga praktiker, sådana som lagstiftningen, lagskipningen och rättsvetenskapen. Här vill jag bara peka på två typer av relationer som är särskilt relevanta för vårt tema: sedimentation och begränsning. Sedimentationsrelationen utsträcker den moderna rättens positivitet till dess djupare nivåer, det vill säga till rättskulturen och djupstrukturen; i den moderna rätten måste dessa nivåer betraktas som resultatet av en sedimentationsprocess som har sin början i händelserna på rättens yta. Detta gäller också för människorättigheterna. Människorättigheterna kan inte längre karakteriseras som universella naturrättsliga principer vars avslöjande vore rättsfilosofins uppgift. Också de här fundamentala principerna har sedimenterat sig i rättens djupstruktur i en sekellång process som sattes i gång av den franska och amerikanska revolutionens konstitutionella händelser.

I relationerna mellan den positiva rättens nivåer kan den moderna rättstypen finna lösningen på problemet om sina gränser. De djupare nivåerna innehåller de nödvändiga normativa, begreppsliga och metodologiska resurser som möjliggör den ständiga rörelsen på rättens yta: lagstiftarens lagar, domarens domar och rättsvetenskaparens norm- och tolkningssynpunkter. Men samtidigt sätter de här nivåerna också gränser för det som kan ske på ytan. Vad särskilt gäller rättsprinciperna, kan vi tala om en inomrättslig normativ censur där principerna i rättskulturen och rättens djupstruktur spelar censorrollen.

I likhet med andra uttryckligt, diskursivt formulerade regleringar ligger också den positiva, skrivna konstitutionen på rättens ytnivå. Men kännetecknande för statsförfattningsrätten som ett positivrättsligt rättsområde är dess intima anknytning till rättens normativa djupstruktur; på ytnivån erhåller de djupstrukturella rättsprinciperna – såsom människorättigheterna och de fundamentala rättsstatliga principerna – sin uttryckliga diskursiva formulering i första rummet genom konstitutionella bestämmelser.

Rättens självbegränsningsfunktion förverkligas dagligen i domstolsverksamheten och andra rättsliga praktiker, då rättsprinciperna till exempel åberopas i tolkningen av lagbestämmelser som lagstiftaren utfärdat utifrån sitt pragmatiska, målrationella perspektiv. Men i tillägg till denna

”vardagliga rättsliga censur” kan vi peka på särskilda institutionella lösningar och särskilda rättsliga praktiker som är specialiserade just på rättens självbegränsningsfunktion. Och här kommer konstitutionen in i bilden.

De konstitutionella fri- och rättigheterna utgör normativa gränser för lagstiftarens, domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas befogenheter och ger uttryck för den inomrättsliga begränsningsrelationen. Här kan vi återanknyta till bestämmelsen i § 1 st. 2 i den nya finska grundlagen: ”konstitutionen skall trygga människovärdets okränkbarhet och den enskilda människans frihet och rättigheter”. Denna bestämmelse riktar sig också, och kanske även primärt, till de lagstiftande, dömande och verkställande statsorganen och betonar fri- och rättigheternas gränsdragande roll. De institutionella lösningar för kontrollen av konstitutionsenlighet som varierar från land till land representerar i sin tur det som jag har karaktäriserat som rättsliga praktiker specialiserade på rättens självbegränsningsfunktion. I Norden är det fråga såväl om en sådan förhandskontroll som vårt konstitutionsutskott svarar för som efterhandskontroll som utövas av domstolarna eller ombudsmän.

Det här skall vi ha en "grundlag" till

Nu är vi kanske beredda att ge ett utförligare svar på rubrikens fråga ”Vad skall vi ha en ’grundlag’ till?” än en ren hänvisning till den citerade bestämmelsen i den finska grundlagen:

Grundlagen skall förmedla relationerna mellan samhällets rättsliga och politiska system; den skall definiera den politiska maktens organisation och främja både dess stabilitet och dess legitimitet samt ange gränserna för dess maktutövning; och den skall möjliggöra den moderna rättens positivitet genom att definiera procedurerna för rättsnormernas produktion samt lösa den moderna, positiva rättens gränsproblem genom mekanismer som ger uttryck för någonting som kan kallas rättens självbegränsning.

Fotnoter

- 1 Frankfurt am Main 1992.
- 2 Se Tuori, Kaarlo: *Critical Legal Positivism*, Aldershot 2002.
- 3 Se Habermas 1992, s. 642–643.
- 4 Se Eivind Smiths bidrag i denna bok.
- 5 München 1928.
- 6 Se Luhmann, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, s. 470–481
- 7 Se Weber, Max: *Gesellschaft och Wirtschaft*, Tübingen 1980 (1922), s. 124–125, samt som exempel på kritiken på hans tes Mommsen, Wolfgang J.: *Max Weber und die deutsche Politik 1890–1920*, Tübingen 1959, s. 414–419, och Beetham, David: *Max Weber and the Theory of Modern Politics*, London 1985, s. 286.
- 8 Se t.ex. Beetham, David: *The Legitimation of Power*, Hong Kong 1991.
- 9 Se Habermas kritik på Weber i Habermas 1992, s. 541–570.
- 10 Se Kelsen, Hans: *Puhdas oikeusoppi (Rena rättsläran)*, Poruoo 1968, s. 239–250. Kelsen, s. 240, definierade konstitutionen i materiell mening som ”en positiv norm eller positiva normer, som reglerar skapandet av generella rättsnormer”.
- 11 T.ex. i den nya finländska grundlagen baserar lex superior sig på bestämmelserna i §§ 106–107.
- 12 Se Tuori 2002.

Jurister tänker ofta på grundlagen enbart i rättsligt avseende. I Sverige har debatten tidvis givit intrycket att de viktigaste frågorna i den konstitutionella debatten gäller domstolarnas roll. Detta perspektiv är alltför snävt för att förstå grundlagens roll i samhället.

Politiker och samhällsvetare betraktar ofta grundlagen i ett renodlat politiskt perspektiv. Men om grundlagen endast uppfattas som ett slags politiskt program, kan den knappast tjäna som ett effektivt redskap för politisk handling.

Grundlagens roll i samhället kan bäst förstås om både politiska och rättsliga perspektiv uppmärksammas. Därför innehåller denna bok bidrag från både jurister och statsvetare. Den bidrar till forskningen om konstitutionella förhållanden i Norden. Tyngdpunkten ligger på grundlagens roll inom områden där domstolar har lite eller inget att säga till om: Hur avgörs grundlagens innehåll i dessa fall? Vilken betydelse får argumentation om grundlagens innebörd?

EIVIND SMITH är professor i offentlig rätt vid universitetet i Oslo. Övriga författare: SVERRE BLANDHOL, THOMAS BULL, JENS PETER CHRISTENSEN, MATTI NIEMIVUO, TROND NORDBY, FREDRIK STERZEL, STIG STRÖMHOLM, PALLE SVENSSON och KAARLO TUORI.

SNS
FÖRLAG

ISBN 91-7150-873-2

