

gerstiftelsen norsk Okkupasjonshistorie, 2014
I den utvikling av norsk rettstenkning gjennom de fire faser som her er nevnt, er der en veksling mellom hva jeg vil kalle motstandsteori og herreteori.

Den første og den tredje fase (natturretstenkning og konstruktiv metode) hører hjemme i en politisk konfliktsituasjon hvor det hos den politisk svake av partene er ønskelig å hevde rettens autonomi for å ha den å stå på, også i politikken. Den andre og den fjerde fases teorier («realismen» og den sosiologiske metode) passer for dem som enten dominerer politisk eller aksepterer de politiske maktens dominans.

Alle fire tenkemåter gir mulighet for en fri holdning til lovens ord.

5. Grunnlov og konstitusjonell nødrett.

En ytre omstendighet som har virket til å styrke den frirettlige tendens i norsk rettstenkning, er den norske grunnlovs natur.

Grunnloven av 1814 var av en slik art at den fremtvang ytterst dristige manipulasjoner for overhodet å kunne brukes. Den var ufullstendig, uklar, og motsigende. Den kunne ikke etterleves slik den stod, og ble heller ikke etterlevd. Man begynte i virkeligheten straks med å sette viktige bestemmelser til side, f. eks. den tilsiktede fundamentale inndeling i odelsting og lagting.⁵⁹ Aschehoug taler om grunnlovstolkning som er fremkommet «under Nødvendighedsens Tryk», og om «Love, der vel strede mod Grundlovens Ord, men ikke mod dens sande mening». Man var, skriver han (med et mildt ord),

nende med Formernes lagttageelse».⁶⁰ Castbergs formel er denne: «Det ville være omgåelse v grundlovens regler [og gjøre slik og slik]... I vår konstitusjonelle praksis har det imidlertid vært ansett tilstedelig...».⁶¹

Den norske grunnlov har derfor oppfordret til juridisk illusjonisme og jonglørkunst. Det ble meget snart nødvendig å oppgi tolkningen ut fra lovens bokstav, og ty til dens ånd og prinsipper. Prinsipper av politisk natur ble tvunget til å gjøre tjeneste som rettsprinsipper og manipulert som om de var det. Den politiske konflikt i 1870—80-årene tok i argumentasjonen form av en uenighet om tolkning av grunnloven. Det ble en debatt om politiske teorier kamouflert som en debatt på det statsrettslige plan. Dette ga ingen lykkelige betingelser for juridisk tankevirksomhet.

Etter bokstavtolkning og prinsipp-tolkning av grunnloven fulgte et tredje stadium som kan kalles bort-tolkning. Man forlot grunnlovens tekst og tok utgangspunkt i den faktiske statsskikk eller «sedvane». Man fant seg til rette med at norsk forfatning var hva sedvanen hadde gjort den til. Denne utvikling var et uttrykk for den stadig mer suverene stilling den politiske makt inntok, og for lovens — den høyeste lovs — underordning under det politiske. Statsrettslig sedvanerett vil si akkumulerte politiske avgjørelser, og norske rettslærde har vært overordentlig villige til å opphøye en kort sedvane til gyldig statsrett.

Denne beredvillighet til å legitimere den politiske handling når et høydepunkt i læren om at det i Norge eksisterer en uskreven «konstitusjo-

... den første punkt i den...
lige tendens i norsk statsrettslig teori: her er operasjonen med juridiske tankefigurer løvet til g. sen — jeg ville si: ut over grensen for hva de kan tåle.

Castbergs Norges statsforfatningsrett avsluttes med et kapittel om «den konstitusjonelle nødrett» som på et vis kroner hans fremstilling. Han sier her at det er fastslått «gjennom forfatningsrettslig praksis» at det består en konstitusjonell nødrett i Norge. En statsmakt kan i en nødsituasjon handle mot loven uten at det er rettsstridig. Spørsmålet ble debattert i 1920-årene i forbindelse med riksrettssaken mot Abraham Berge. Mikael H. Lie søkte da å begrunne et konstitusjonelt nødrettsprinsipp med begrenset rekkevidde.⁶² Castberg gir prinsippet en langt videre anvendelse enn det ble gjort den gang. Han går så langt som til å si at kongen (regjeringen) ut fra nødrettsprinsippet kan foreta en handling som er mot lov og grunnlov, selv om handlingen «ikke kunne påregne stortingets tilslutning».⁶³

Ordet «nødrett» er en eufemisme og et typisk kamuflerende uttrykk. Det er bare i sin språklige form det ligger på de ekte juridiske tankefigurer. A handle nødrettslig vil si å handle uten hensyn til lov, — handle utenrettslig. Det er med andre ord tale om en naken politisk akt, utført som i et rettsløst rom.

Begrepet nødrett kunne tenkes å være nyttig dersom det var mulig å gi en brukbar avgrensning av de handlinger det skulle dekke; men i så fall var ordet i virkeligheten unødvendig. I privatretten og strafferetten er en slik avgrensning mulig: Den som holder på å fryse eller sulte

... ore nødrettsprinsippet fra straffere rett til offentlig rett skaper flere vanskeligheter enn det løser, og åpner for flere farer enn det betvinger. En nasjon kan ikke være i nød på samme måte som en person. Analogi mellom en person og et samfunn er alltid bare billedlig tale, og den er fruktbar på feiltenkning.

Castbergs forsøk på å avgrense de handlinger som skal være permissible i henhold til nødrett, løper ut i tåke. De skal, sier han, være «i overensstemmelse med forfatningens ånd og mening», ja han taler endog om «dens fornuftige mening». Men innrømmer «at grensen mellom det tillatte og det ikke tillatte er flytende og vil uvegerlig bero paa en vurdering av de motstridende interesser». Og når han så endog vil skjelne (selv om han sier at «skrittet ikke er langt») mellom «et forfatningsbrudd under påberopelse av konstitusjonell nødrett» på den ene side, og på den annen side et forfatningsbrudd som foretas «med full bevissthet om handlingens rettsstridige karakter», så må det sies at hele konstruksjonen bryter sammen.

Norsk rettsvitenskaps teori om en forfatning bygget på en grunnlov som radikalt lar seg endre ved sedvane, og teorien om lovligheten av brudd på denne sedvanemessig tilblitte forfatning, illustrerer på frapperende måte juristenes strev for å komme politikerne innøte, og trekke om ikke annet så en skjorte ned over dem. De rettslærde synes å ha en uimotståelig uvilje mot å se Keiseren uten klær.

En historikers oppgave er ikke å kle på, men å kle av. Keiseren har for ham og hans lesere ingen hemmelighet.

⁵⁹ Jfr. G. Astrup Hoel, i Legal Essays 435.

⁶⁰ T. H. Aschehoug, Norges nuværende Statsforfatning² III 307, 367, 373.

⁶¹ Castberg² II 87.

⁶² Riksrettssaken mot Abraham Berge. Dok. V 61—63. Jfr. Castberg² II 404.

⁶³ Castberg² II 502.

Jens Arne Sande, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025
Nødrett

00403