

104871

# Kjeppen i folkestyrets fremskrittshjul

10/11.1973



JOHS.  
ANDENÆS

*Hvis domstoler skal kunne overprøve lover som flertallet i en folkevalgt forsamling har vedtatt, underkjenner de da ikke selve folkestyret? Blir ikke dette en kjepp i demokratets hjul, som Jens Arup Seip uttrykte det? Nei, flertallets frihet til å bestemme er ikke den eneste verdi. Når Høyesterett utøver sin rett til å overprøve lover, opptrer den som Grunnlovens vokter, den håndhever borgernes forfatningsbestemte rettigheter mot skiftende politiske flertall. Kronikkforfatteren er dr. juris, professor emeritus.*

en demokratisk stat er det folkets valgte representanter, hos oss Stortinget, som gir lovene. Domstolenes oppgave er å tolke og om nødvendig utfylle det som lovgivningsmakten har bestemt. Dette er det ordinære.

Men så hender det av og til at en part i en sak påstår at vedkommenne lov er i strid med Grunnloven. Han hevder f.eks. at loven er gitt tilbakevirkende kraft i strid med Grunnlovens §97, eller at den straffebestemmelse han står tiltalt etter, er i strid med Grunnlovens §100 om ytringsfriheten. Det står ikke noe i Grunnloven om hvordan domstolen skal forholde seg i et slikt tilfelle. Men det er lang tradisjon hos oss for at domstolene må prøve lovens forhold til Grunnloven, og sette loven til side hvis den finner at det foreligger motstrid. Løsningen bygger på et i og for seg naturlig resonnerment: Domstolen er bundet av lov og grunnlov, og er det motstrid mellom dem, må Grunnloven som den høyeste rettskilde gå foran.

Det vakte adskillig oppsikt da historikeren Jens Arup Seip i et foredrag i 1965, med den utfordrende tittel «Høyesterett som politisk organ», hevdet at domstolenes prøvelsesrett var blitt laget for å anvendes i det politiske spill, og var politisk reaksjonært og klart antiparlamentarisk av karakter. Prøvelsesretten var, sa Seip, «en kjepp med vilje kastet inn i demokratets hjul». Han hadde også sin spesielle historiske teori om sammenhengen: Det var den konservative politiker og statsrettslærede T. H. Aschehoug som i sin fremstilling av den norske statsforfatningsrett i 1885 hadde etablert prøvelsesretten som fast del av norsk statsrett. Og formålet var å være en politisk motvekt mot den ærvoksede parlamentarisme, som fikk sitt gjen-

nombrudd ved riksrettsdommen i 1884. Etableringen av prøvelsesretten var, for å bruke Seips ord, «en siste handling, bak Stortingets rygg, av den detroniserte embetsstand».

” Seips teser er ikke historisk holdbare ”

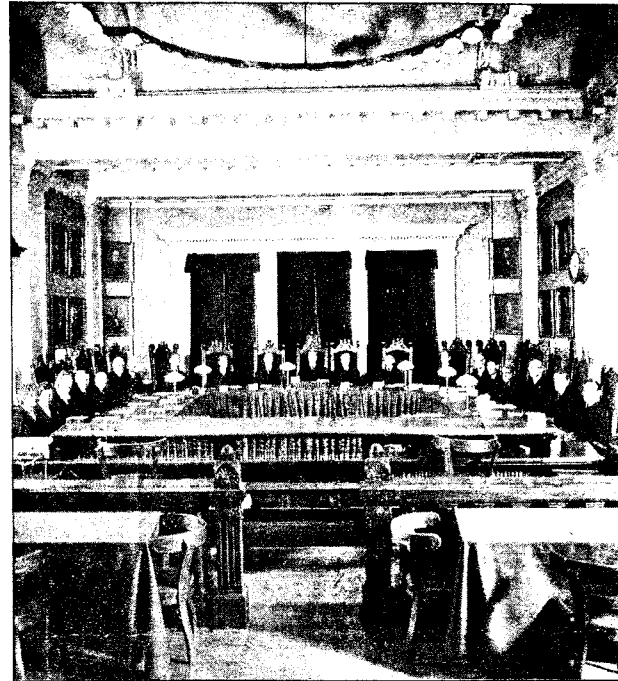
Jens Arup Seips fremstilling ble straks imotgått fra juridisk hold, og senere har først Rune Slagstad, og nå Eivind Smith i sin nettopp utkomne bok «Høyesterett og folkestyret», utførlig dokumentert at Seips teser ikke er historisk holdbare. Prøvelsesretten var trygt basert i Høyesteretts praksis lenge for 1884. Det er ikke noe som tyder på at riksrettsdommen i 1884 eller Aschehougs bok i 1885 førte til noe omslag i så måte. Ved en lov fra 1926 om plenumsbehandling i Høyesterett bl.a. i grunnlovssaker har prøvelsesretten senere fått en uttrykkelig anerkjennelse fra lovgivningsmakten.

Prøvelsesretten kan imidlertid utøves med større eller mindre intensitet. De grunnlovsbestemmelser det gjelder, er kortfattede og generelle. Det er derfor ofte vanskelig å si at grensen for hva Grunnloven tillater går akkurat der og ikke der. Og grensedragningen har ikke sjelden sammenheng med den enkelte samfunnssyn. Det er derfor naturlig i vår demokratiske tid at dommerne i Høyesterett føler ulyst ved å underkjenne den forståelse av Grunnloven som Stortinget – rettere sagt Stortingets flertall – har lagt til grunn. Det er i våre dager tilnærmet enighet om at det standpunkt som Stortinget har tatt til forståelsen av Grunnloven, er et viktig moment ved Høyesteretts utøvelse av prøvelsesretten. Særlig gjelder dette når det er spørsmål om grunnlovsmessigheten av økonomisk reguleringslovgivning.

Hvis dette synspunkt blir trukket svært langt, kan det føre til at prøvelsesretten mister det meste av sin realitet. Det var nok i etterkrigstiden ganske mange som mente utviklingen ville gå i den retning. Torstein Eckhoff uttalte i 1975 at han tvilte på om domstolenes myndighet til å sette til side lover som de anser for grunnlovsstridige, noen gang mer ville bli brukt i nevneverdig utstrekning.

” Tilfredsstilte ikke kravet om full erstatning ”

Allerede året etter viste det seg at denne spådom var forhastet. I den kjente plenumsdom om Kløfta-skjønnet slo Høyesteretts flertall



PRØVELSESRETT: At domstoler kan sette til side lover som er i strid med konstitusjonen, er en viktig del av det frie samfunn.

fast at bestemmelsene i en ny lov om ekspropriasjonsretstatning ikke tilfredsstilte kravet i Grunnlovens §105 om at eieren skulle ha «full Erstatning». (Mindretallet mente derimot at utgangspunktet måtte være at det tilligger lovgiveren selv å vurdere forholdet til Grunnloven.) Senere har man hatt en rekke saker hvor Høyesteretts syn på lovens forhold til Grunnloven har vært avgjørende for resultatet. Eivind Smith taler, så vidt jeg forstår med rette, om prøvelsesrettens renessanse i de siste 15–20 år.

Prøvelsesretten kan utøves ikke bare ved at loven direkte settes til side, men også ved at retten av hensyn til Grunnloven tolker inn i loven et annet innhold enn det som ellers ville følge av ordlyd og forarbeider. Derved trer konflikten mellom lovgiveren og domstolene mindre klart frem. Det var denne mer diplomatiske form for tilsidesettelse som ble valgt i Kløfta-dommen. Eivind Smiths syn er at det kan være bedre, bl.a. av demokratiske grunner, at konfliktmuligheter og handlingsalternativer trer åpent frem. Først da ligger veien fullt åpen for videre offentlig debatt, og i så vidt som mulig flertall i Stortinget er misfornøyd

med Høyesteretts resultat, endring av Grunnloven.

Jens Arup Seips formulering om prøvelsesretten, som en kjepp kastet inn i demokratets hjul, gir uttrykk for at prøvelsesretten er et fremmedelement i demokratiet. Det er etter denne tankegang udemokratisk at i en forsamling av embedsdommere kan underkjenne beslutninger av folkets politisk valgte representanter. Et sentralt punkt i Eivind Smiths avsluttende kapittel om folkestyre og domstolskontroll gjelder det som han betegner som *prøvelsesrettens demokratiske legitimitet*. Lar domstolenes prøvelsesrett overfor lover seg rettferdiggjøre som del av et styringssystem der folkesuverenitet tas som en grunnleggende verdi?

” Opptrer som Grunnlovens vokter ”

Smiths svar på spørsmålet er et klart ja. Domstolenes prøvelsesrett er et nyttig og viktig supplement til den politiske beslutningsprosess. Flertallets frihet til å be-

stemme er ikke den eneste verdi å ta vare på. Det kommer til uttrykk i Grunnlovens egne bestemmelser om rettigheter for enkeltindividene. I et bredere internasjonalt perspektiv kan man tenke på den menneskerettighetstenkning som har fått så sterk makt over sinnene i tiden etter den annen verdenskrig. Norge har sluttet seg bl.a. til den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 1950 og det håndhevingsapparat som konvensjonen gir anvisning på. Denne og andre konvensjoner medfører en begrensning av den handlingsfrihet som det politiske flertall normalt har. Lovgivningsmakten har godtatt kontroll av Den europeiske menneskerettighetsdomstol. Og for å bruke Eivind Smiths ord: Hvorfor skulle Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg ha større rett til å prøve stortingsvedtak enn Høyesterett i Oslo?

Domstolsprosessen med sine krav til kontradiktorisk saksbehandling er (fremholder Smith), for visse formål bedre egnet som forum for konfliktløsning enn politiske organer. Behandling for domstolene gir sikkerhet for at partene kommer til orde, at de blir møtt med det nødvendige alvor, og at materialet er kjent og blir tatt hensyn til før vedtaket treffes. Den politiske prosess i storsamfunnet gir ingen tilsvarende sikkerhet. Det er viktig å opprettholde prøvelsesretten som en levende del av det konstitusjonelle system. Domstolskontrollens viktigste formål er å håndheve forfatningsbestemte rettigheter mot de skriftede, politiske flertall. Høyesterett opptrer med et uttrykk fra statsrettsteorien som Grunnlovens vokter.

At det ikke er noe motsetningsforhold mellom demokrati og domstolskontroll med lovgivningen, illustreres av den form for domstolskontroll som er vokst frem særlig i Vest-Europa, men også i tidligere kommunistland, etter den annen verdenskrig. Her skjer domstolsprøvelsen ikke som i USA og Norge ved de vanlige domstoler, men ved særskilte forfatningsdomstoler. Vi er nylig blitt minnet om det ved den tyske forfatningsdomstols avgjørelse om grunnlovsmessigheten av Maastrichtavtalen.

Et kjernepunkt ved domstolskontroll er domstolenes uavhengighet av de politiske myndigheter. At det finnes uavhengige domstoler hvor den enkelte kan få sin rett når han mener han har vært utsatt for overgrep fra de politiske maktthavere, er en nyskapning i verdenshistorien. Systemet er bare et par hundre år gammelt. Jeg regner det for et av Vest-Europas viktigste bidrag til verdenskulturen.

Eivind Smith:  
HØYESTERETT OG FOLKESTYRET  
Universitetsforlaget 1993