

Statsministerens kontor
Postboks 8001 Dep
0030 Oslo

Deres referanse: 2003/01022/MS/aa

Dato: 02.06.2004

Makt- og demokratiutredningen – høringsuttalelse fra Gulating lagmannsrett

Det fremgår av høringsbrevet at høringsinstansene er bedt om å evaluere maktutredningens sluttrapport, trykket som NOU 2003:19. I sluttrapporten har forskergruppen på fem delt seg i et flertall bestående av statsviterne Øyvind Østerud, Fredrik Engelstad og Per Selle og et mindretall som består av statsviteren Hege Skjeie og humanisten Siri Meyer. Det skal først og fremst gis kommentarer til flertallets analyse og vurderinger knyttet til makt- og demokratiforhold i det norske samfunnet. Det er naturlig at høringsuttalelsen her tar utgangspunkt i de deler av utredningen som berører endringer i rettssystemet og domstolenes rolle.

I sluttrapportens konklusjon heter det at den mest sentrale endringen av maktforhold i Norge er at demokratiet i grunnbetydningen folkestyre, forstått som et formelt beslutningssystem gjennom flertallsvedtak og folkevalgte organer, er i tilbakegang. Partier og politiske organisasjoner har fått redusert sine medlemstall, hånd i hånd med synkende valgdeltakelse og mindre politisk aktivitet både lokalt og nasjonalt. Utydelige politiske alternativer innenfor det parlamentariske systemet på Stortinget anføres som del av forklaringen. Hovedårsaken som blir gitt er imidlertid at folkevalgt myndighet spiller på krympet bane, idet makten er flyttet andre steder. Internasjonalisering, i form av bånd på norske myndigheters lovgivning gjennom EØS-avtalen og EUs regelverk samt inkorporering av menneskerettskonvensjoner, medfører ifølge rapporten en eksternt svekkelse av det nasjonale demokratiet. Internasjonale domstoler bidrar i samme retning. Samtidig svekkes folkestyret innenfra ved at norske domstoler får økende betydning på bekostning av folkevalgt myndighet. Juridiske spørsmål blir viktigere i politisk interessekamp, samtidig som den rettslige arena blir sterkere politisert. Utredningen behandler for øvrig også en rekke andre aspekter ved folkestyret i vår tid, som ikke vil bli nærmere kommentert her.

Selv om sluttrapporten kan leses som en analyse og beskrivelse av trekk ved samfunnsutviklingen, fremgår det nokså tydelig mellom linjene at forfatterne i hovedsak oppfatter utviklingen som overveiende negativ for det norske folkestyret. Tonen er den samme i utredningens avslutning om folkestyre som formell beslutningsform kontra det som blir kalt ulike former for tilleggsdemokrati. Analysens avslutning er sitert i høringsbrevet, og er ikke nødvendig å gjengi her.

Gulating lagmannsrett vil først gi uttrykk for respekt for det store arbeidet forskergruppen som sådan har utført, uavhengig av flertallssyn og særuttalelser i sluttrapporten. En slik samlet gjennomgang av ulike aspekter ved demokrati- og maktforhold i det norske samfunnet, gir verdifulle inntak til debatten om grunnleggende maktstrukturer, om enn sikkert på forskjellige måter for forskjellige lesergrupper. For aktører innenfor den tredje statsmakt gir rapporten også grunn til ettertanke, jf rapportens tese om at rettsapparatet øker sin makt på bekostning av demokratiet.

Dommere vil nok ha forskjellig syn på de beskrivelser rapporten gir av domstolenes situasjon og rolle. Synspunktene nedenfor har ikke vært gjenstand for nærmere drøftelse eller votering, og uttrykker ikke nødvendigvis flertallets syn blant dommerne i Gulating lagmannsrett. Når det er referert til hva ”Gulating” mener, er dette derfor bare en forkortelse for underskrivernes oppfatninger. Spørsmålene som er kommentert nedenfor er de samme som er stilt i høringsbrevet.

1) I hvilken grad er den beskrivelsen som maktutredningen gir av utvikling og situasjon knyttet til makt- og demokratiforhold i samfunnet faktisk riktig og fyllestgjørende?

Det er etter Gulatings oppfatning riktig at internasjonalisering av beslutningsmyndighet har økt i omfang og betydning gjennom de siste 10-15 år. Det er således flyttet makt fra norske folkevalgte organer til internasjonale organer, inklusive internasjonale domstoler.

Når det spesielt gjelder menneskerettighetene og folkerettslig bindende avgjørelser ved Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD), som er omtalt i sluttrapportens kapittel 6, bemerker Gulating at Norge gjennom hele etterkrigstiden har vært en aktiv deltaker i internasjonalt menneskerettighetsarbeid og sluttet seg til alle internasjonale konvensjoner på området. Norge har hele tiden akseptert EMDs folkerettslige kompetanse i medhold av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) av 1950, slik at dette ikke er noe nytt. Det er likevel riktig at internasjonalt produserte regler og rettsavgjørelser i de senere år har fått større praktisk betydning i intern norsk rett, særlig etter inngåelsen av EØS-avtalen og Stortingets inkorporasjon av sentrale menneskerettskonvensjoner, jf menneskerettsloven av 1999.

Det er videre riktig at denne utviklingen kan sies å ha svekket Høyesteretts stilling som øverste rettsanvender i det norske rettssystemet, samtidig som norske domstolars relative makt har økt i forhold til Stortinget og Regjeringen (forvaltningen) ved at det rettslige grunnlaget for judisiell prøving og kontroll med de andre statsmaktene er blitt utvidet og styrket. Hvor stor betydning det her er tale om, er et vanskeligere spørsmål som skal kommenteres noe nærmere nedenfor.

Først skal det imidlertid bemerkes at maktutredningens beskrivelser av forholdet mellom statsmaktene ikke er rent deskriptive. Når det heter at demokratiet er i tilbakegang, blant annet som en følge av økende domstolsmakt, bygger denne observasjonen på et bestemt – og etter Gulatings oppfatning for smalt – demokratibegrep. Av sluttrapportens innledning (kapittel 2.3) fremgår det riktignok at ordet demokrati kan ha flere betydninger. Det er blant annet påpekt at folkestyret som statsform krever en rettsstat med rettighetsgarantier. Dette poenget er det imidlertid gjort lite ut av senere. Straks etter kommer det som fremstår som hovedpoenget i denne forbindelse, nemlig at når stadig flere livs- og samfunnsområder blir rettighetsfestet gjennom grunnloven eller ved at internasjonale

traktater inkorporeres i norsk rett, så blir de folkevalgte organers handlingsrom redusert. Fra kapittel 3 og utover bygger analysen på en definisjon av demokrati som ”folkestyre”, forstått som ”et formelt beslutningssystem gjennom flertallsvalg og folkevalgte organer”. Det er således lagt opp til et begrepsmessig motsetningsforhold mellom det norske folkestyret og domstolene, i sin konsekvens slik at en enhver økning av domstolenes makt per definisjon går på bekostning av demokratiet. Dette er det grunn til å problematisere, og det er etter Gulatings oppfatning en svakhet ved utredningen at den ikke gjør det.

Det er flere grunner til at demokratibegrepet er viktig når det norske folkestyret skal analyseres. Etter Grunnlovens tekst fremstår Norge som et konstitusjonelt monarki. Det reelle forhold er imidlertid at Norge er et *konstitusjonelt demokrati*, med parlamentarisme og uavhengige domstoler. En annen måte å si det samme på er at Norge i dag er en *demokratisk rettsstat*, hvor parlamentarismen er forankret i konstitusjonell sedvanerett og er sentral for forståelsen av forholdet mellom Storting og Regjering. Men det er også en del av det norske systemet at domstolene i henhold til konstitusjonell sedvanerett skal være uavhengige og ha kontrollfunksjoner overfor de øvrige statsmakter. Etter Grunnloven § 110 c, som ble vedtatt i 1994, har alle de tre statsmaktene plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene. Denne plikten er fulgt opp blant annet gjennom menneskerettsloven. Det norske folkestyret eller demokrati per 2004 kan betraktes som et produkt av en konstitusjonell og samfunnsmessig prosess som har pågått siden 1814, og hvor folkets (det politiske flertallets) vilje lenge har vært en drivende kraft i utviklingen. Når Norge som stat har valgt å delta i rettslig forpliktende internasjonalt samarbeid, er dette også et resultat av politiske valg og folkevilje. Det samme kan sies om inngåelsen av EØS-avtalen, beslutningen om ikke å bli medlem av EU og vedtakelsen av menneskerettsloven. I prinsippet er det heller ikke tale om irreversible avgjørelser. Derimot må gjeldende spilleregler følges, enten det dreier seg om lovendringer, nye bestemmelser i Grunnloven eller tilslutning til eller avslutning av internasjonalt samarbeid. Når et nytt Storting ikke ønsker å fjerne menneskerettsloven, men snarere velger å supplere den slik det skjedde i fjor gjennom inkorporeringen av FNs Barnekonvensjon, blir det etter Gulatings oppfatning for enkelt og uriktig å utlegge dette som en forvitring av folkestyret. Tvert imot kan en se det slik at folkeviljen – intensjonen om å respektere og sikre barns rettigheter – settes ut i livet, om nødvendig ved hjelp av domstolene.

En innvending mot sluttrapporten er således at motsetningen mellom det norske folkestyret og domstolene virker konstruert og løsrevet fra en realistisk forståelse av de faktiske grunntrekkene i det norske styresettet. Dette har også gitt seg andre utslag, slik Gulating ser det. Et godt eksempel her er at utredningen antakelig med rette er bekymret for synkende folkelig deltakelse i partipolitisk virksomhet. På den annen side finnes det i rapporten ingenting om den store og økende folkelige deltakelsen i dømmende virksomhet. Det er således i dag ca. 20.000 aktive lekdommere i norske domstoler i første og annen instans. Lekdommerne har i praksis betydelig innflytelse i norsk rettsliv. I straffesakene er lekdommerne i flertall i alle domsavsigelser utenfor Høyesterett, som for øvrig har begrenset kompetanse med hensyn til skyldspørsmål. Også i mange sivile saker deltar det lekdommere eller eventuelt fagkyndige meddommere med stemmerett på lik linje med fagdommerne. Det foregår dermed en utstrakt utveksling av erfaringer og synspunkter mellom fagdommere (juristene) og representanter for folket med variert bakgrunn og utdannelse. I og med domstolenes økende makt generelt, fremstår det som en mangel ved maktutredningen at den ikke har interessert seg nærmere for utvelgelse, sammensetning og betydningen av lekdommerelementet i norsk rettspleie.

Det er likeledes en mangel ved utredningen at den ikke sier noe om kjønnsrett og likestilling spesielt i domstolsvesenet. Kanskje er det på dette området av samfunnet at likestillingen (jf kapittel 8) i form av deltakelse i samfunnet på toppnivå og lik lønn for likt arbeid hittil har kommet lengst og har de beste utsikter? I lys av domstolenes økende makt, er dette forholdet ikke uten interesse.

Som nevnt er Gulating enig i at domstolene i Norge relativt sett har økt sin makt. Og selv om Høyesterett i de senere år har måttet ta større hensyn til rettspraksis ved enkelte internasjonale domstoler, har dette forholdet neppe i noen vesentlig grad redusert norske domstolers makt samlet sett. Hvor stor maktforskyvning som har funnet sted på bekostning av folkevalgte organer, er likevel et vanskelig spørsmål. Dette har dels sammenheng med at folkevalgte organer både har gitt domstolene utvidete fullmakter gjennom rettighetslovgivning og inkorporering av internasjonale menneskerettigheter, og et stykke på vei stadig har det i sin makt å bestemme fullmaktens innhold. Men det er også den praktiske side at dommerhverdagen i liten grad er blitt endret. Det forekommer fortsatt sjelden at domstolene setter en norsk lov eller et forvaltningsvedtak til side fordi det foreligger motstrid med internasjonal rett. Når det gjelder lovgivning inspirert av EØS-avtalen, har domstolene normalt ingen særskilt rolle å spille utover den vanlige når lover skal anvendes i en rettstvist. Her er det primært lovgiver og forvaltning som gjennomfører internasjonale forpliktelser, mens domstolene har en tradisjonell kontroll- og tvisteløsningsfunksjon. Derimot har dommerne i enkelte saker fått en vanskeligere juridisk utfordring, ved at både nasjonale og internasjonale rettskilder undertiden må tas i betraktning. I den grad internasjonal rett får betydning for resultatet, er det som regel tale om beskjedne justeringer av enkeltregler. De fleste saker har således handlet om marginale justeringer av fragmenter innen norsk straffeprosess.

En grunn til at eksistensen av rettigheter ikke innebærer en så stor maktforskyvning som sluttrapporten synes å indikere, er at spesielt velferdsrettigheter gjerne har et betydelig rom for fagspesifikk skjønnsutøvelse og økonomiske vurderinger ved forvaltningsorganer på statlig eller kommunalt nivå, som igjen bygger på politiske prioriteringer, og som dommere vil være tilbakeholdne med å overprøve. Det bildet som tegnes av en rettsliggjøring av politikken bør følgelig nyanseres.

Det skal likevel ikke underslås at særlig domstolenes gradvis mer aktive bruk av internasjonale menneskerettigheter etter hvert gir domstolene et maktmiddel som vil kunne anvendes overfor flertallsvedtak som ikke bygger på respekt for individets eller minoriteters iboende rettigheter og friheter. Da foreligger en reell motsetning mellom folkestyre i utredningens forstand og judisiell makt. Under normale samfunnsforhold synes det mer treffende å anse den maktforskyvning som har funnet sted som ledd i en ønsket og gjennomtenkt justering av maktbalansen mellom statsmaktene og utnyttelse av domstolenes funksjoner, for å nå et felles mål om et bedre samfunn.

2) I hvilken grad er utviklingen og situasjonen knyttet til makt- og demokratiforhold positiv eller negativ ut fra et overordnet mål om et bedre samfunn?

Det forhold at domstolene relativt sett har fått økt betydning i norsk rett gjennom de siste 10-15 år bør etter Gulatings syn vurderes i et større perspektiv. Enten en ser dette som en positiv eller negativ utvikling, er det i all hovedsak tale om en finjustering av maktbalansen

i et gjennomgående velfungerende demokrati. Norge har oppnådd noe som mange land fortsatt strever etter, nemlig uavhengige og effektive domstoler med kontrollerende funksjoner overfor statsmakten for øvrig. Internasjonalt sett foreligger det etter hvert også en betydelig mengde samfunnsvitenskapelig litteratur om emnet, hvor et gjennomgående poeng er at uavhengige og funksjonsdyktige domstoler er en *forutsetning* for reelt demokrati. I Norge har vi vært heldig som lenge har hatt denne samfunnsteorien nedfelt i Grunnloven og konstitusjonell sedvanerett. Det som har skjedd gjennom vedtakelsen av Grunnloven § 110 c og menneskerettsloven, er at denne teorien er blitt ytterligere befestet som følge av omfattende juridisk og politisk debatt bygget på et rikt internasjonalt erfaringsmateriale. Etter Gulatings oppfatning er det ingen dramatikk i den utvikling av som her har funnet sted. Slik Gulating ser det, er det tale om en overveiende positiv utvikling. Som påpekt av Hege Skjeie i hennes særuttalelse, trenger individer og grupper et rettighetsvern utover det som følger av flertallsvurderinger, samtidig som majoriteten trenger å kjenne sine egne demokratiske begrensninger. Denne side av det norske folkestyret fremstår nå som styrket.

Gulating ser det videre slik at når en del beslutningsmyndighet flyttes til internasjonale lovgivende og utøvende organer for eksempel innenfor EU og EØS-systemet, så bør det også finnes domstoler internasjonalt og/eller nasjonalt som kan håndheve og føre kontroll med de beslutninger som treffes. Fravær av domstolsmakt fremstår med andre ord ikke som noe godt alternativ ut fra et overordnet mål om et bedre samfunn.

3) I hvilken grad og eventuelt hvordan bør makt- og demokratiforholdene endres?

Etter Gulatings oppfatning er det for tiden ikke behov for vesentlige formelle endringer av makt- og demokratiforholdene i Norge. Det viktigste nå er kanskje å ansvarliggjøre det enkelte samfunnsmedlem om at de rettigheter og friheter som finnes bare vil fortsette å eksistere med et reelt innhold dersom et tilstrekkelig antall personer er villige til å delta aktivt i samfunnsbyggende virksomhet, som går utover ren egeninteresse. Den store interessen som synes å være til stede for å være lekdommer, tegner i så måte et mer balansert og optimistisk bilde av folkestyrets fremtid enn maktutredningens litt ensidige bekymring for lavere partipolitisk aktivitet.

Terje Einarsen
Lagdommer

Martin Tenold
Lagmann