

REGJERINGSADVOKATEN

Statsministerens kontor,
Postboks 8001 Dep
0030 Oslo

Deres ref
2003/01022/MS/aa

Vår ref
2003-0843 SOF/EH

Dato
24.06.2004

MAKT- OG DEMOKRATIUTREDNINGEN – HØRING

Jeg viser til høringsbrev fra Statsministerens kontor av 1. desember 2003 og beklager at Regjeringsadvokatens høringsuttalelse dessverre har blitt noe forsinket.

I Maktutredningens arbeid

Det er innledningsvis grunn til å gi honnør til Maktutredningen for et imponerende arbeid. Det er i dybde og bredde gitt en spennende, innsiktsfull og oversiktlig beskrivelse av maktforholdene i samfunnet og de forskyvninger som finner sted. Den har også lyktes i å gi et kort, lett forståelig og spissformulert sammendrag av de synspunkter som mer inngående og grundig er drøftet i underlagsmaterialet.

Regjeringsadvokaten kan i alle hovedspørsmål gi sin støtte til Maktutredningens (flertallets) beskrivelse av utviklingstrekkene når det gjelder maktforskyvning. Det kan selvfølgelig være delte meninger om de funn som er gjort, gir grunnlag for de mer spissede konklusjoner om "Folkestyrets forvitring og politikkenes retrett". Det er interessant å merke seg at mange av de tendenser som er godt beskrevet av flertallet i Maktutredningen, også er fremhevet i den Danske Maktutredningen. Betoningen i konklusjonen om folkestyret er imidlertid noe mildere i Danmark. Det kan ha sammenheng med at mandatet var forskjellig, men det kan også ha sammenheng med at enkelte tendenser er tydeligere i Norge. For eksempel har domstolene i Norge både formelt og reelt større mulighet til å overprøve lovgiver enn i Danmark og Sverige.

Av de hovedperspektiver og hovedkonklusjoner flertallet i Maktutredningen nevner, er det særlig temaet om den såkalte "rettsliggjøringen" som det er naturlig for Regjeringsadvokaten å kommentere.

POSTADRESSE:
POSTBOKS 8012 DEP
0030 OSLO

TELEFON: 22 99 02 00
DIREKTE INNVALG: 22 99 02 01
TELEFAKS: 22 99 02 50
sof@regjeringsadvokaten.no

BESØKSADRESSE:
PILESTREDET 19

II Konklusjonene om rettsliggjøring

Når det gjelder spørsmål om ”rettsliggjøring”, er hovedsynspunktet fra Maktutredningens flertall at politisk myndighet er redusert gjennom rettsliggjøring av interessekamp både innenriks og utenriks. Ny rettighetslovgivning for velferdsstatens klienter, for forbrukere og for likestilling gjør det mulig med mer omfattende bruk av rettsvesenet i individuell interessekamp, samtidig som budsjettknapphet reduserer spillerommet for folkevalgte organer og gir nye mønstre for ulikhet. Globalisering og europeisering er en dragkamp om reguleringsordninger der makt er overført til rettsliggjorte prosesser og domstoler både nasjonalt og internasjonalt.

III Regjeringsadvokatens syn

Regjeringsadvokaten er enig i flertallets beskrivelse og har gjennom lengre tid i høringsuttalelser pekt på at det gradvis skjer en betydelig overføring av makt til domstoler og uavhengige organer.

Vi mener å ha god dekning for dette synspunktet gjennom å ha et av de beste utsiktspunkter for å se den *samlede* virkning av internasjonal og nasjonal regelproduksjon og av internasjonale og nasjonale domstolars rettsskapende virksomhet. Regjeringsadvokaten fører de fleste nasjonale og internasjonale rettssaker hvor regjering og statsorganer er part. Selv om hver enkeltregel eller enkeltavgjørelse i seg selv kanskje ikke er så betydningsfull, innebærer *summen* av alle endringer en betydelig forskyvning, særlig har utvikling av EF-retten stor betydning.

IV Den nasjonale regelproduksjon

Store deler av denne forskyvningen fra politikk mot juss har vært en villet utvikling. Det har stått et politisk flertall bak ønsket om å gi individuelle rettigheter som kan håndheves uavhengig av budsjetter og prioriteringer mot andre behov.

Det er også viktig å fremheve at regelstyring på mange områder gir en riktig og god samfunnsstyring. Den er jo et av demokratiets viktigste virkemidler. Rettighetslovgivning er også viktig for å sikre oppfyllelse av visse grunnleggende velferdsbehov eller for å effektivisere demokratiet.

Det demokratiske problem nasjonalt har vært at det i et komplekst samfunn er vanskelig å formulere regler og rettigheter presist. I tillegg synes det å være en generell tilbakeholdenhet med å formulere klare og mer firkantede regler som i enkelte tilfelle kan virke urimelig. Dette innebærer at reglene ofte – og i økende grad – formuleres som brede skjønnsregler som må presiseres av domstolene. Det er dette forhold, koblet sammen med en svært stor regelproduksjon, som gjør at nasjonale rettsorganer og uavhengige forvaltningsorganer overtar mer av det som tidligere ble avgjort under mer direkte politisk kontroll. Domstolene synes også å gå lenger i å etterprøve innholdet i forvaltningens skjønnsutøvelse.

Dette at *summen* av regler er blitt så stor og uoversiktlig, og tolkningen mindre forutberegnlig, gir i det lange løp fordeler til de ressurssterke som pga. av kostnadsrisikoen med domstolsbehandling har større mulighet enn andre til å få sine interesser fremmet gjennom rettsapparatet.

Lokaldemokratiet opplever enda mindre mulighet til å få endret på reglene og blir bundet til å bruke ressurser til de lovbestemte rettigheter uten at det tas full høyde for ressurser til dette.

V De internasjonale konvensjoner

Det som imidlertid skaper det største demokratiske dilemma, er anvendelsen av de internasjonale normene som i økende grad ratifiseres og inkorporeres i norsk rett. Regjeringsadvokaten har i mange høringsuttalelser vært opptatt av at bare regler som er *egnet for å håndheves av domstolene*, bør inkorporeres i norsk rett.

Det har derfor vært riktig at Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) er inkorporert direkte i norsk lovgivning med forrang. Bakgrunnen for dette er at disse konvensjonene inneholder regler som er tilstrekkelig presise til å kunne anvendes av domstolene i det enkelte tilfelle. Konvensjonene inneholder dessuten en nødvendig bredde i hensyn som må avveies mot hverandre, og de skal anvendes og tolkes av organer som er godt egnet til dette. Det dreier seg her om grunnleggende menneskerettigheter som bør være en del av norsk rett, og som innebærer nødvendige bånd på flertallsstyret.

Selv om Hege Skjeie i sin dissens er opptatt av konvensjoner som etter Regjeringsadvokatens syn står i en annen stilling enn de som er nevnt ovenfor, innebærer dissensen et viktig bidrag til diskusjonen om forholdet mellom rettsstat og folkestyre. Et større sett av grunnleggende fastlagte rettigheter som flertallet er bundet av, kan være nødvendige forutsetninger for å utvide demokratiet. Synspunktene illustrerer at man ikke står overfor et spørsmål om enten eller. Det er derfor noe vanskelig å forstå hvorfor disse synspunktene ikke kunne integreres i flertallets syn.

Selv om disse regler i utgangspunktet – som Senter for menneskerettigheter uttrykker det i sin høringsuttalelse – bygger på allmenne normer hvis gyldighet er udiskutabel, kan ikke dette gjelde ubetinget for den utpensling av rettighetene som har skjedd i domstolens praksis. Regjeringsadvokaten er av den oppfatning at Menneskerettighetsdomstolen på enkelte områder har tolket konvensjonene svært vidt, og langt videre enn det folk flest og nasjonale rettsanvendere vil kunne forstå er omfattet av konvensjonens artikler eller begrepet menneskerettigheter. Den utvikling som skjer i praksis, bør ikke skje uten debatt, og ikke med en henvisning til at anvendelsen av resultatet av tolkningen er allmenngyldige. Det er også et spørsmål om ikke denne ”inflateringen” i rettighetsvernet er uheldig, fordi den kan svekke den motstandskraft de mer grunnleggende menneskerettigheter vil ha i brytning mot tiltak for å bekjempe terrorisme og organisert kriminalitet.

Det er viktig å fremheve at internasjonal regelutvikling er enda vanskeligere enn den nasjonale, og at innholdet ofte blir vagt og kompromisspreget for å tilpasses de deltakende nasjoners ønskemål. Dette fører til at konvensjonene – i den grad de er av rettslig karakter – inneholder svært vage rettslige standarder som i økende grad tolkes dynamisk og utviklingspreget med større intensitet. Dette gjelder særlig for konvensjoner som bare forfølger visse verdier eller interesser, og som har håndhevingsorganer som i mindre grad veier disse interessene opp mot motstående hensyn.

De fleste av de konvensjonene som vedtas på ”menneskerettighetsområdet” – med unntak av EMK og SP – må i langt større grad ses som politiske instrumenter som gir valgmuligheter til det enkelte land for å oppfylle konvensjonens målsettinger, og som derfor ikke er særlig egnet for anvendelse i domstolene. Dette gjelder særlig for de økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, som i vid utstrekning består av temmelig upresise bestemmelser, som tradisjonelt

betegnes som ”programerklæringer”, og som er dårlig egnet som rettslig grunnlag for løsningen av konkrete rettstvister. Den omstendighet at økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter ikke sjelden innebærer at staten aktivt må tilføre ressurser, taler for at gjennomføringen av konvensjonene best overlates til folkevalgte organer. Det kan imidlertid være grunn til å gjennomføre mer presise enkeltregler i norsk lovgivning. For en rekke konvensjoner, som for eksempel ILO-konvensjonene, er forholdet dessuten at håndhevingsorganene er slik sammensatt at de ikke fullt ut egner seg til å stå for en dynamisk rettsutvikling som skal være bindende i enkeltsaker.

EØS-avtalen og utviklingen av reglene gjennom EF-domstolen og EFTA-domstolen har hatt særlig stor betydning for norsk rett og lovgivers frihet. Selv om større politikkområder er holdt utenfor EØS-avtalen, tolkes de grunnleggende friheter mer og mer utvidende. Dette innebærer at en rekke politikkområder som ble holdt utenfor avtalen, likevel påvirkes sterkt av domstolenes praksis i forhold til de fire friheter. Norge har på en lang rekke viktige områder måttet legge om en ønsket politikk. I tillegg har det også innenfor avtalen skjedd en rettsutvikling som har kommet overraskende. Som et helt ferskt eksempel på dette kan nevnes regjeringens syn i Ot.prp. nr. 86, 2003-2004 s 9, der det heter:

”EØS –avtalens grunnleggende prinsipper for det frie varebytte kommer til anvendelse på områder hvor nasjonalt regelverk for å beskytte menneskers liv og helse utfordres. Dette kan gi utslag som fra et alkoholpolitisk utgangspunkt er uheldig. Denne rettsliggjøringen av politikken kan ses på som en grunnleggende endring for norsk og nordisk alkoholpolitikk, og har særlig tydelig vist seg for Norges del gjennom EFTAs overvåkningsorgans traktatbruddssøksmål i sak E-9/00 EFTAs overvåkningsorgan mot Kongeriket Norge, oppfølgingen av EFTA-domstolens fallende dom (heretter kalt rusbrusdommen) og andre klagesaker. Den viktigste konsekvensen av rettsliggjøringen av alkoholpolitikken er at det stilles strengere krav til forholdsmessighet mellom politiske virkemidler og mål. Sammen med samfunnsutviklingen og holdningsendringer ellers, bidrar det til at noen av forutsetningene for å opprettholde dagens alkoholpolitiske reguleringer endres.”

Det er på denne bakgrunn ingen tvil om at det har skjedd en markert utvikling de siste 10 år når det gjelder anvendelsen av internasjonale konvensjoner. Innenfor store områder og saksgrupper er tolkningen av internasjonale konvensjoner nå like viktig som tolkning av de nasjonale regler. Det er derfor åpenbart at Maktutredningens analyse og konklusjon om overføring av kompetanse og myndighet til rettslige organer er riktig.

VI Andre elementer i utviklingen

Regjeringsadvokaten finner også grunn til å peke på enkelte andre sider av internasjonaliseringen. Kompetanse overføres ikke bare til internasjonale domstoler. Vanligvis vil den samme kompetanse i forhold til de internasjonale regler kunne utøves av de nasjonale domstolene. Et nytt trekk som ikke har vært tilstrekkelig gjennomtenkt i Norge, er at også den tolkningsmakt som domstolene får, overføres til de selvstendige tilsyn og selvstendige forvaltningsorganer. Disse kan på samme måte som domstolene få det siste ordet når det gjelder grunnleggende regeltolking. Markedsrådet har f. eks. kompetanse til å overprøve Stortingets vurdering av om forbudet mot fjernsynsreklame er i strid med EMK eller Grunnloven. Staten kan – i motsetning til den private part – ikke bringe slike avgjørelser inn for domstolene.

Det er en rekke eksempler på at tolkningen av konvensjonene tar en helt annen retning enn det Stortinget har forutsatt ved ratifikasjon og eventuell inkorporering. Det gjelder ikke bare innen EØS og menneskerettighetssystemet, men gjør seg også gjeldende i forhold til en hel rekke andre konvensjoner som for eksempel Den europeiske sosialpakt og enkelte av ILO-konvensjonene. Det er et paradoks at Norge kan bli bundet til regelforståelser som, om de hadde vært kjent, hadde ført til at konvensjonene ikke hadde blitt ratifisert. Et slående eksempel på dette er Norges ratifisering av konvensjoner som har betydning for bruken av tvungen lønnsnemnd. Norge har

ønsket å opprettholde en viss frihet til å bruke tvungen lønnsnemnd når vektige samfunnsinteresser tilsier dette. Dette førte til at Norge, når først spørsmålet ble satt på spissen, tok et forbehold ved ratifiseringen av FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). Senere har det imidlertid vist seg at en rekke eldre konvensjoner – som i motsetning til ØSK ikke nevner streikeretten – har blitt tolket slik at norsk lønnsnemndspraksis av håndhevingsorganene hevdes å være i strid med disse konvensjonene.

Som nevnt ovenfor har tendensen i regelproduksjonen i lang tid gått i retning av rettslige standarder og unntaksregler som reduserer forutberegnligheten. Rettighetsfesting behøver imidlertid ikke nødvendigvis å føre til stor dommer- eller jurismakt. Det kan lages enkle og klare regler som er lette å anvende, og som kan gi lite rom for tolkningsproblemer.

Også *rettsanvendelsen* synes å utvikle seg i en retning som reduserer forutberegnligheten. Dels er dette en følge av et stadig større og oftere konflikterende regelverk. Og dels legges det større vekt på hva som er det rimelige i den enkelte sak. Dette er tydelig i nasjonale domstoler og kanskje enda tydeligere internasjonalt, særlig i menneskerettighetssystemet. Denne tendensen har som følge at det blir større grobunn for konflikt og uenighet. Det er mer som blir begrunnbart, og det er vanskeligere å beregne sin rettslige stilling, med det behov for advokater dette skaper. I det lange løp vil ofte stor forutberegnlighet føre til større rettferdighet. Det vil selvsagt alltid måtte være en balanse mellom stor forutberegnlighet og individuell rimelighet, men denne er nå i for stor grad i ferd med å bli forrykket.

VII Er utviklingen positiv eller negativ?

I høringsbrevet er det reist spørsmål om utviklingen og situasjonen knyttet til makt- og demokratiforhold er positiv eller negativ ut fra et overordnet mål om et bedre samfunn. Det er selvfølgelig et verdispørsmål å ta standpunkt til om rettsutviklingen bedre fastlegges av uavhengige dommere enn gjennom de nasjonale demokratier.

Dette er naturlig nok et vanskelig tema hvor meningene kan være delte. Noen vil mene at dommeres uavhengighet, og domstolenes saksbehandlingsregler, gjør dem bedre egnet til å fastlegge regelutviklingen enn politikere i de nasjonale demokratier som har sine mer pragmatiske bånd og interesser. Regjeringsadvokaten vil for sin del peke på den andre siden av uavhengigheten, nemlig at dommere ikke kan stilles til ansvar for sine avgjørelser gjennom demokratiske prosesser. Dette gjør at de mangler en nødvendig demokratisk legitimitet for rettsskapende virksomhet. Nasjonalt kan lovgiver rette opp en uønsket regelutvikling gjennom lovendringer. Det er på det nasjonale plan et vekselspill mellom regelanvendelse og lovgivning. En tilsvarende mulighet for justering foreligger ofte ikke i forhold til regelutvikling av internasjonale rettskilder. Enkelte ganger krever traktatendringer enstemmighet, andre ganger er en endringsprosess så tidkrevende og komplisert at den reelt sett ikke kan finne sted eller den kan være umulig av politiske grunner.

I sammenligning med domstolsskapt rett, er det et trekk ved den nasjonale lovgivningsprosess gjennom høringer og gjennom muligheten for å forandre kurs etter demokratisk diskusjon som er av stor betydning. Domstolene er avhengige av at egnede eller representative enkeltsaker bringes frem for dem, og de kan ikke skifte syn med mindre de skulle få til behandling likeartede saker som gir dem en foranledning til dette. Men de er i utgangspunktet bundet av den tidligere avgjørelse. Det øker også rettsusikkerheten at domstolenes avgjørelse ikke kunngjøres som lovgivning, og at dynamisk rett skapes etter at de angjeldende handlinger har funnet sted. Den utviklingen som skjer ved at domstolene går langt i dynamisk rettutvikling eller i å fritt presisere svært skjønnsbestemte regler, vil nødvendigvis i det lange løp politisere domstolene eller stille krav om en mer politisert dommerutnevning, slik man ser i USA.

VIII Forslag til endringer

Høringsbrevet har bedt høringsinstansene komme med forslag til hvordan makt- og demokratiforholdene bør endres. Det ligger i det som er sagt ovenfor, at Regjeringsadvokaten er betenkt over en betydelig maktoverføring til domstolene. Dette er i utgangspunktet en tilsiktet utvikling, men den synes å akselerere langt utover det som har vært forutsatt. I det lange løp er både det internasjonale og nasjonale samfunn bedre tjent med at domstolene er rettsanvendere og ikke regelgivere. Domstolenes saksbehandling egner seg bedre til å vurdere fortiden enn å regulere fremtiden.

Regjeringsadvokaten er derfor av den oppfatning at den raske utviklingen med å overføre stor skjønnsmessig myndighet til domstoler ikke bør fortsette i samme takt som nå, og at det bør vises tilbakeholdenhet med å inkorporere konvensjoner som ikke er egnet til å anvendes i konkrete tilfelle, som i for stor grad ivaretar særinteresser eller som ikke gir en betydelig grad av forutberegnlighet i tolkningen.

Med hilsen

Sven Ole Fagernæs