

KAPITTEL 4
GRUNDLOVSTOLKNING – MELLEM JURA OG
POLITIK

Jens Peter Christensen

Er grundlovsfortolkning noget specielt, der adskiller sig afgørende fra anden lovfortolkning? Betyder det forhold, at grundloven er svær at ændre, at grundloven i betydelig grad må omfortolkes og omtydes, så det, der står i den, betyder noget andet, end hvad der står? Er grundloven blevet gennembrudt af politisk praksis og sædvaner i strid med grundloven, så gældende forfatningsret i betydeligt omfang er noget andet, end hvad grundloven udtrykker? Kan der siges noget mere principielt om, hvordan grundlovsfortolkning bør gribes an? Og bør internationale konventioner have betydning for grundlovsfortolkningen?

De nævnte spørgsmål er emnet for det følgende. Det, jeg skriver, knytter sig til danske forhold. Hvordan svarene kan være for andre landes vedkommende, herunder i Norge, tør jeg ikke gøre mig klog på. Jeg har dog undervejs et par udblik til det norske. Måske kan mit bidrag tjene til eftertanke og inspiration.

1 FRA STATSKUNDSKAB TIL JURA

Min egen interesse for statsforfatningsretten blev vakt, da jeg læste statskundskab sidst i 1970'erne og begyndelsen af 1980'erne. Dengang skulle man, for at få kandidateksamen i statskundskab, også aflægge eksamen i de offentlige dele af den juridiske uddannelse. Det vil sige statsret, forvaltningsret, EU-ret og folkeret.

Det var lidt af et kulturchok for en statskundskabsstuderende som mig at møde op på jurastudiet. Fra den allerførste dag lærte jeg på en meget konkret måde, at jura var noget andet end statskundskab. Allerede den præcision, hvormed juristerne brugte sproget, og den grundighed, hvormed

de studerende læste hver linje i de meget omhyggeligt skrevne lærebøger, var ganske anderledes end ved statskundskabsstudiet. Hertil kom, at de to juridiske lærere, jeg fik, var særdeles engagerede og inspirerende.¹ Det smittede. Jeg blev fanget ind. Knap 10 år efter, at jeg var blevet statskundskabskandidat, skrev jeg juridisk ph.d.-afhandling om grundlovsfortolkning. Derefter blev jeg cand.jur. og senere dr.jur. I 1998 blev jeg professor i statsforfatningsret. Siden 2006 har jeg været dommer i den danske Højesteret.

I statsret læste vi ved Aarhus Universitet efter professor og senere dommer ved EF-Domstolen Max Sørensen's lærebog. Der var tale om en jordbunden og praktisk orienteret fremstilling. Max Sørensen var en meget grundig og omhyggelig jurist, der samtidig havde et sikkert juridisk judgement og i det hele var præget af sund fornuft og proportionssans. Han ramte derfor så godt som altid i plet.²

Ved Københavns Universitet læste man dengang efter Alf Ross' lærebog. Alf Ross var først og fremmest optaget af faget retslære og af retsfilosofi, og han havde derfor også ret store metodiske ambitioner. Han gjorde meget ud af at understrege, at grundlovsfortolkning var noget ganske specielt og anderledes end anden lovfotolkning.

2 OM GRUNDLOVSFORTOLKNINGENS SÆRLIGE FRIE OG POLITISKE KARAKTER

Alf Ross påstod i sin statsret, at grundlovsfortolkning har «en friere, mere politisk end formelt-juridisk» karakter.³ Grundlovsfortolkning er, sagde Alf Ross, kendetegnet ved en udstrakt frihed, hvor de pragmatiske faktorer, der er virksomme i al fortolkning, antager «i snævrere forstand politisk karakter». Fortolkningen må derfor ske «ud fra de politiske ideer man anser for bærende eller ønsker skal være bærende i vort forfatningssystem». Og Ross fortsatte: Det er derfor «doktrinens opgave at klarlægge fortolkningsproblemerne og påvise sammenhængen mellem de ledende politiske principper og forfatningssystemets udformning i enkeltheder».

Det var jo egentlig herlige ord at høre for en statskundskabsstuderende som mig. Og endnu herligere var det at læse hos Alf Ross, at han mente, at der mellem statsforfatningsretten og statskundskaben bestod en tæt forbindelse.

Statsretten kunne efter Ross' mening ikke adskilles fra statskundskaben uden at blive «en tom og formalistisk paragrafjurisprudens».

Som statskundskabsstuderende, der kom over hos juristerne for at studere statsret, førte man således allerede på forhånd 1-0.

Alf Ross uddybede imidlertid ikke, hvori statskundskabens væsentlige betydning for statsforfatningsretten skulle bestå. Det nærmeste, han kom spørgsmålet, var en note i lærebogen, hvor han fremhævede, at hans egen fremstilling på grund af «manglende tid, kræfter og evner» «langt fra» honorerede de krav, «der følger af denne ide». Denne note stod uforandret i alle udgaverne af Ross' statsret fra førsteudgaven fra 1959 til den tredje og sidste udgave fra 1980.

Det vakte min mistænksomhed, at Alf Ross sådan bare lod noten om, at han manglede «tid, kræfter og evner» stå gennem mere end 20 år. For når statskundskaben nu var så vigtig for statsretten, så burde Ross vel sørge for at sætte den fornødne tid og de fornødne kræfter af til at virkeliggøre sin ide.

3 HAR GRUNDLOVSFORTOLKNINGEN EN SÆRLIG FRI OG POLITISK KARAKTER?

Alf Ross' ord om grundlovsfortolkningens særlig frie og politiske karakter og hans ord om, at statskundskaben var af ganske særlig betydning for statsretten, gav mig motivationen til at skrive ph.d.-afhandling om grundlovsfortolkning.⁴

Jeg stillede mig selv to spørgsmål. For det første: Var Alf Ross' synspunkt om, at grundlovsfortolkning har en særlig fri og politisk karakter, en rigtig beskrivelse af, hvordan den danske forfatningsretlige teori igennem tiden havde grebet grundlovsfortolkningen an? Og for det andet: Var Alf Ross' synspunkt en rigtig beskrivelse af, hvordan grundlovsfortolkning i dag bør gribes an?

Mit svar på begge spørgsmål var: Nej.

Alf Ross' påstand om, at grundlovsfortolkning har en særlig fri og politisk karakter – og at det levende forfatningsliv i form af sædvaner, praksis, reale hensyn, forholdets natur og overvejelser ud fra forestillinger om forfatningens grundprincipper derfor nødvendigvis må spille en særlig

rolle – var ikke en rigtig beskrivelse af, hvordan dansk forfatningsretlig teori (og danske domstole) igennem tiden havde grebet grundlovsfortolkningen an.

Tværtimod havde de fleste forfatningsretlige forfattere, siden den første danske grundlov af 1849 været meget tilbageholdende med generelt at karakterisere grundlovsfortolkning som værende friere end anden lovfotolkning. Og når man undersøgte sagen nærmere, var det paradoksalt nok sådan, at Alf Ross selv var en af de forfatningsretlige forfattere, der havde en meget lidt «fri» grundlovsfortolkning, når det kom til de konkrete forfatningsretlige fortolknings spørgsmål.

Der var kort sagt ingen sammenhæng mellem på den ene side Ross' programerklæring om grundlovsfortolkningens særlige frie og politiske karakter og på den anden side den måde, som Ross selv drev grundlovsfortolkning på.⁵

Men selv om Ross altså ikke selv realiserede sine programerklæringer, kan man jo godt forestille sig, at hans principielle fortolkningsmetodiske synspunkter er rigtige. At grundlovsfortolkning altså i modsætning til anden lovfotolkning i særlig grad bør basere sig på en fri og politisk præget fortolkning. Eller sagt på en anden måde: at det levende forfatningsliv i form af sædvaner, praksis, reale hensyn, forholdets natur og overvejelser ud fra forestillinger om forfatningens grundprincipper nødvendigvis må spille en særlig rolle netop ved grundlovsfortolkning.

4 DEN DANSKE GRUNDLOV SOM «TEST»

Den danske grundlov burde kunne tjene som en stærk test af, om en sådan tese om grundlovsfortolkningens særlige frie og politiske karakter holder vand.

Sagen er nemlig, at den danske grundlov er meget svær at ændre. Den sidste grundlovsændring havde vi i Danmark for mere end 60 år siden, i 1953. Hertil kommer, at væsentlige dele af den nuværende danske grundlov er stort set uforandret siden 1849, da den grundlov, der afløste enevældens Kongelov fra 1665, så dagens lys.

Samfundet har jo unægtelig ændret sig meget siden 1849 – og også siden den sidste grundlovsændring i 1953. Men hvordan har alle disse ændringer

kunnet rummes inden for en grundlov, der har stået uændret gennem mere end 60 år?

Man kunne vel forvente, at det kun har kunnet lade sig gøre i kraft af to ting:

For det første ved at grundloven til stadighed og i væsentligt omfang er blevet omfortolket og omtydet, således at det, der i dag står i den, betyder noget helt andet, end hvad der står.

For det andet ved at grundloven i meget vidt omfang er blevet gennembrudt af politisk praksis og sædvaner i strid med grundloven. Man måtte så forvente, at gældende statsret i vidt omfang måtte være noget andet og anderledes, end hvad grundloven udtrykker.

Det interessante er, at ingen af delene er tilfældet.

Der findes ganske vist eksempler på begge dele – altså at grundloven er blevet omfortolket, og at grundloven er blevet gennembrudt af politisk praksis og sædvaner. Men eksemplerne er ganske få.

Et eksempel på det første – en omfortolkning af grundloven – er spørgsmålet om kongens rolle i statsstyret, nærmere bestemt spørgsmålet om kongens vetoret i forbindelse med stadfæstelse af lovforslag mv.⁶

I den ældre danske statsretlige litteratur var det antaget, at kongen havde en selvstændig vetoret. Han kunne altså – imod regeringens indstilling – nedlægge veto mod lovforslag mv. I nyere statsretlig litteratur, det vil sige de seneste 50 års litteratur, er det imidlertid fast antaget, at kongen ikke har nogen vetoret. Regeringen kan undlade at stadfæste et lovforslag, der er vedtaget af Folketinget, men kongen kan ikke på egen hånd nedlægge veto.

Man kan hævde, at der her er tale om en omfortolkning af grundloven. For grundlovens tekst har været uforandret på dette punkt siden 1849. Det hedder stadig i den danske grundlov, at kongen stadfæster de lovforslag, som Folketinget vedtager.

Omfortolkningen i Danmark vedrørende vetoretten har i øvrigt sin pendant i norsk statsret, hvor forfatningskampen i 1870'erne jo i høj grad drejede sig om spørgsmålet om kongens veto.⁷ Partiet Højre, regeringen, det juridiske fakultet, Højesteret og de fleste embedsmænd var tilhængere af kongens vetoret, men det fremvoksende parti Venstre var imod. I 1882 sejrede Venstre ved stortingsvalgene, og partiet fik dermed magt til at bringe spørgsmålet om vetoretten for Rigsretten, hvor Venstre i kraft af lagtings-

medlemmerne havde flertal. Resultatet blev, at ministrene i ministeriet Selmer blev dømt i Rigsretten i 1884, blandt andet for at have rådet kongen til at nægte at sanktionere en grundlovsændring vedrørende ministres adgang til Stortingets forhandlinger.

Som Frede Castberg skrev i sin bog om juridiske stridsspørgsmål i Norges politiske historie, blev tvisten «løst ved et maktspråk i doms form».⁸ Rigsretten afgjorde spørgsmålet om kongens vetoet over for grundlovsændringer. I Danmark gik omfortolkningen i det hele noget fredeligere til. Omfortolkningen er sket uden rigsretsdom, blot med statsretsforfatterens pen.

Et eksempel på det andet – at grundloven er blevet gennembrudt af en politisk praksis, der i dag må anerkendes som en rettsædvane på grundlovstrin – er Folketingets Finansudvalgs kompetence til at give ministre bevilling til at afholde udgifter, som ikke er optaget på finansloven.⁹

Den danske grundlov kræver i § 46, stk. 2, at en minister skal have hjemmel på en finanslov, vedtaget af Folketinget, for at han eller hun kan afholde udgifter. I praksis tillader man imidlertid, at en minister afholder udgifter med hjemmel alene i et samtykke fra Folketingets Finansudvalg.

Det er en praksis, som man kom ind på 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.

Som forfatningsjurist er man nødt til at anerkende, at politisk praksis på denne måde er blevet til en forfatningsretlig sædvane. Hvis man ikke gør det, ender man i den noget komiske situation, at man må hævde, at det, der nu gennem snart 100 år er foregået omtrent hver uge på Finansudvalgets møder, er forfatningsstridigt.

Der kunne nævnes nogle ganske få andre eksempler på omfortolkning og rettsædvanedannelse i strid med grundloven.¹⁰ Pointen er imidlertid, at det 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 kunnet udfolde sig nogenlunde frit inden for grundlovens rammer. Der har ikke været forfatningsretligt behov for kreative omfortolkninger og omtydninger, og der har ikke været forfatningsretligt behov for at hævde, at politisk-parlamentarisk praksis har dannet forfatningsretligt bindende rettsædvaner.

Som statsretsjurist kan man vælge to forskellige måder at forholde sig til disse fakta på.

Man kan vælge at begræde, at det meste af det, der sker i det praktiske liv, herunder det praktiske politiske liv, ikke rejser særlige statsretlige spørgsmål på grundlovsplan. Og man kan så for at råde bod på denne mistrøstige tilstand – under påberåbelse af frie fortolkningsfaktorer og mere eller mindre selvopfundne forfatningsretlige principper – forsøge at hævde, at snart den ene, snart den anden politisk-parlamentariske norm eller forfatningspraksis er udtryk for en forfatningsretligt bindende norm.

Eller man kan vælge at glæde sig over, at den danske grundlovs regler om de øverste forfatningsorganer (regering, Folketing og domstole) er så enkle og klare, som de er. Reglerne efterlader som oftest ikke særlig fortolknings-tvivl, og de åbner derfor som oftest heller ikke nogen særlig tvivl om, hvor grænsen går mellem jura og politik.¹¹

5 NOGLE EKSEMPLER VEDRØRENDE SAMSPILLET MELLEM REGERING OG FOLKETING

Jeg vil i det følgende med nogle eksempler illustrere, hvorledes den danske grundlov, trods dens betydelige uforanderlighed, har kunnet danne en stabil ramme om det praktiske forfatningsliv, uden at der har været behov for eller er sket omtydninger eller omfortolkninger af grundloven.

Eksemplerne vedrører samspillet mellem regering og Folketing. Senere ser jeg nærmere på, hvorledes det stiller sig med fortolkningen af grundlovens frihedsrettigheder og på, hvilken rolle internationale konventioner (ikke) kan tillægges for fortolkningen af den danske grundlov.

5.1 Reglerne om regeringsdannelse

Mit første eksempel vedrører spørgsmålet om reglerne for regeringsdannelse. Den danske grundlovs regler herom er ganske få og enkle. De indskrænker sig til følgende tre:¹²

Grundlovens § 14 bestemmer, at «Kongen udnævner og afskediger statsministeren og de øvrige ministre». «Kongen» betyder i denne forbindelse statsministeren. Grundlovens § 14 siger altså, at statsministeren udnævner

statsministeren. I praksis er det den tiltrædende statsminister, der udnævner sig selv. Det er den første regel.

Det lyder jo måske ikke helt betryggende, at statsministeren udnævner sig selv, men heldigvis hedder det i grundlovens næste paragraf – § 15 om parlamentarismen – at regeringen skal gå af eller udskrive nyvalg, hvis et flertal i Folketinget udtrykker sin mistillid til den. I dansk statsret har man altid antaget, at «refleksvirkningen» af grundlovens § 15 er, at det vil være grundlovsstridigt at udnævne en regering, om hvilken det vides, at den vil blive mødt med et mistillidsvotum. Det er den anden regel.

Grundlovens ordning er altså den enkle, at den tiltrædende statsminister udnævner regeringen. Men statsministeren er i den forbindelse undergivet den materielle begrænsning, at han eller hun ikke må udnævne en regering, om hvilken det vides, at den vil blive mødt med et mistillidsvotum.

Hertil kommer den tredje regel, at regeringsdannelsens indledende faser – hvor der mellem partierne sonderes og forhandles om, hvilken regering der kan blive tale om at danne – falder ind under den siddende statsministers kompetence og foregår på dennes ansvar.

Inden for rammerne af disse tre enkle regler har nye parlamentariske fremgangsmåder gennem tiden set dagens lys. I dag sker det for eksempel ofte efter et folketingsvalg – hvis den siddende regerings flertal er forsvundet – at der udpeges en såkaldt forhandlingsleder eller «kongelig undersøger», der foretager de nødvendige sonderinger mellem de politiske partier for at finde frem til en mulig regering. Forhandlingslederen vil typisk være den designerede nye statsminister, men det kan også være en anden ledende politiker. Under alle omstændigheder udpeges vedkommende på den siddende statsministers ansvar.

I kraft af sådanne nye parlamentariske fremgangsmåder, har det været muligt på en fleksibel måde at løse de problemer, der er dukket op, uden at man har sprængt de rammer, der dannes af grundlovens meget enkle regler for regeringsdannelse.

Hvad der ligger uden for de nævnte forfatningsretlige regler for regeringsdannelse er ikke jura, men politik.

Det hindrer selvsagt ikke, at politikerne – som led i den politiske kamp om regeringsmagten – kan finde på at postulere, at der gælder alle mulige regler i tillæg til de tre nævnte enkle regler. Som politiker kan man være

fristet til at give sine politiske synspunkter et (falskt) statsretligt præg. Det er fuldt forståeligt. Sådan er den politiske kamp.¹³

En enkelt dansk statsretsforfatter slog ind på en tilsvarende linje. Nemlig nu afdøde professor Henrik Zahle. I sin statsret, hvis førsteudgave udkom i 1989 og hvis tredje og sidste udgave udkom i 2001, slog han til lyd for, at der gælder nogle forfatningsretlige normer, der rækker videre end refleksvirkningen af grundlovens § 15 – altså dette at en regering ikke kan udnævnes, hvis den på forhånd har et flertal imod sig i Folketinget. Blandt andet mente Henrik Zahle, at der måtte gælde den forfatningsretlige regel, at en bredere basis for en regering måtte gå forud for en snævrere basis.

Hvis man altså har at gøre med for eksempel to mulige mindretalsregeringer, må det forfatningsretligt være sådan, at den af de to mulige mindretalsregeringer, der har det bredeste mandatgrundlag, skal foretrækkes. Det synspunkt er der imidlertid hverken i praksis eller andre retskilder noget grundlag for.¹⁴

Man må så spørge, hvorfra Henrik Zahle havde sin opfattelse? Hvad var det for et princip, han udledte sin (nye) forfatningsretlige regel af? Forfatterens svar var, at han udledte sin regel af et princip, der gik ud på «en vurdering af i hvilket omfang regeringen kan forventes at kunne virke som en funktionsdygtig leder af Folketingets arbejde».¹⁵ Altså en art «arbejdsdygtighedskriterium».¹⁶

Princippet kan jo lyde meget sympatisk. Hvem vil ikke foretrække en funktions- og arbejdsdygtig regering frem for en ikke-funktionsdygtig og ikke-arbejdsdygtig regering?

Problemet er imidlertid, at princippet ikke lader sig udlede af grundloven og i øvrigt heller ikke lader sig operationalisere til noget praktisk anvendeligt princip. Det illustreres da også ganske fortrinligt af Henrik Zahles egen operationalisering af princippet: Den mandatmæssigt bredere baserede regering skal foretrækkes for den mandatmæssigt smallere baserede regering.

Virkelighedens verden er imidlertid den, at de numeriske mandatforhold intet sikkert forudsiger om en regerings «funktionsdygtighed» eller «arbejdsdygtighed». En smal regering kan meget vel vise sig at være mere funktions- og arbejdsdygtig end en bred regering, hvad enten den brede regering har et flertal eller ej. En smal regering kan for eksempel have langt bedre

muligheder for at regere med vekslende flertalskonstellationer end en bred regering, der måske er nødt til at søge sit flertal til én og kun én side.

At hævde en forfatningsretlig regel for regeringsdannelsen som den, Henrik Zahle gjorde sig til talsmand for, var grebet ud af den blå luft. Og det var samtidig udtryk for både juridisk og politologisk dilettanteri.

5.2 Det parlamentariske samspil mellem regering og Folketing

Mit andet eksempel vedrører en noget særegen parlamentarisk praksis, som udviklede sig i Danmark i 1980'erne.

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 regel om parlamentarisme i § 15, stk. 2, til enhver tid skaffe sig af med en regering, som Folketinget 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 opløsningsretten i grundlovens § 15, stk. 2, til enhver tid skaffe sig af med Folketinget ved at udskrive nyvalg.

Mens de grundlovsmæssige regler således er ganske enkle, har den parlamentariske praksis, der gennem de seneste årtier har udfoldet sig inden for disse reglers ramme, frembudt store variationer.

Under den borgerlige regering, ledet af den konservative statsminister Poul Schlüter, der var ved magten i Danmark fra 1982 til 1993, udviklede der sig en såkaldt «omvendt parlamentarisme» med «alternative flertal». I en lang række politiske spørgsmål, først og fremmest vedrørende sikkerhedspolitikken, kom regeringen i mindretal i Folketinget, uden at regeringen af den grund gik af. Også i en lang række andre sager om energi-, miljø, kultur- og retspolitiske spørgsmål led regeringen nederlag uden at drage parlamentariske konsekvenser heraf.

Gør man det op statistisk, tabte regeringen i 10-årsperioden 1982-1992 mere end 100 afstemninger i Folketinget. I 6-årsperioden 1982-1988 tabte regeringen hver tolvte endelige afstemning i Folketinget.¹⁷

Når man med nogen ret kan kalde dette fænomen for «den omvendte parlamentarisme», beror det på, at man kan sige, at regeringen i en række

spørgsmål nærmest fik rollen som opposition, mens oppositionen fik rollen som regering. Og hertil kom, at det danske centrumparti, Det Radikale Venstre, der sad som tungen på vægtskålen, 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.

I den danske debat om denne «omvendte parlamentarisme» lød der mange advarende røster om, at regeringen – når den fandt sig i at blive stemt ned i Folketinget – 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.

Dette 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 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, kan den gøre det, sådan som Poul Schlüters regeringer gjorde i en lang periode med den begrundelse, at regeringen først og fremmest betragtede sig som en regering for økonomisk genopretning.

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

Som nu afdøde forvaltningsretsprofessor Bent Christensen har sagt, har den danske grundlov ikke noget retligt svar på alt mellem himmel og jord. Når det gælder de grundlæggende regler for forholdet mellem regering og Folketing, regulerer grundloven kun rammen om det politiske liv. Grundloven regulerer derimod ikke det politiske liv – billedet i rammen – i detaljer.

Dette gav plads for, at en noget særegen parlamentarisk praksis udviklede sig i Danmark 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 med at et andet folketingsflertals ønsker inden for blandt andet sikkerhedspolitikken, miljøpolitikken og retspolitikken kunne 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. Folketingets daværende formand, statskundskabsprofessoren H. P. Clausen, beskrev dette meget rammende, da han i 1992 vedrørende debatten om den «omvendte parlamentarisme» og de «alternative flertal» udtalte, at det er karakteristisk, at «politikkerne griber til juraen og principperne, når de ikke politisk kan komme igennem med deres synspunkter».¹⁸

5.3 *Folketings beslutningers retlige betydning*

Mit tredje eksempel på, at den danske grundlov, trods dens betydelige uforanderlighed, har kunnet danne en stabil ramme om det praktiske forfatningsliv, uden at der har været behov for eller er sket omtydninger eller omfortolkninger af grundloven, vedrører spørgsmålet om, hvorvidt folketingsbeslutninger er retligt bindende for regeringen. Der er her tale om en problemstilling, som også er blevet viet en del interesse i norsk sammenhæng.¹⁹

I Danmark blev spørgsmålet aktualiseret under Schlüter-regeringen i 1980'erne, fordi regeringen som nævnt i en lang række tilfælde blev nedstemt i Folketinget. Regeringen blev i den forbindelse ved flere folketingsbeslutninger pålagt blandt andet at stemme i NATO på en anden måde, end regeringen selv ønskede.

I parlamentarisk praksis lagde man til grund, at sådanne folketingsbeslutninger alene var politisk bindende, således at regeringen kunne vælge at efterleve beslutningerne, eller den kunne lade være – men i så fald med den risiko, at et flertal i Folketinget kunne tænkes at ville vælte den ved vedtagelse af et egentligt mistillidsvotum efter grundlovens § 15, stk. 2.

Da Henrik Zahles nye forfatningsret udkom i førsteudgave i 1989, var den mest grundlæggende nydannelse i bogen, at han hævdede, at folketingsbeslutninger ikke blot var politisk bindende for regeringen, men at de også var juridisk, forfatningsretligt bindende. Synspunktet var således, at en minister ville kunne pådrage sig et retligt ansvar ved Rigsretten, hvis ikke Folketingets beslutninger blev efterlevet.

Der var tale om et synspunkt, der var præget af en tilbøjelighed til at slå ind på en forfatningsretlig metode, hvor man – under påberåbelse af frie fortolkningsfaktorer og mere eller mindre selvopfundne forfatningsretlige principper – forsøgte at hævde, at der eksisterede en forfatningsretligt bindende regel, der hvor alle hidtil intet havde fundet.²⁰

Henrik Zahles synspunkt om folketingsbeslutningernes retligt bindende virkning er aldrig slået igennem i Danmark, hverken hos statsretsjurister eller i praksis. Der var da også den svaghed ved synspunktet, at de relevante lovbestemmelser og deres forarbejder nærmest pegede i den modsatte retning. Den politisk-parlamentariske praksis pegede også i den modsatte retning. Ganske vist vil en klog regering næsten altid følge Folketingets beslutninger, for ellers risikerer den jo et mistillidsvotum, men regeringerne har ikke undtagelsesfrit fulgt beslutningerne. Somme tider har man sat hælene i og sagt nej, uden at man derfor har mistet regeringsmagten. Domspraksis støttede heller ikke Zahles synspunkt.

Men hvad var så Zahles begrundelse for sin stort anlagte forfatningsretlige nydannelse? Begrundelsen var, at anerkendelse af folketingsbeslutningen som retligt bindende ville være en «adækvat måde at styrke folketingsflertallets mulighed for at styre regeringens virksomhed».²¹

Synspunktet var nærmere det, at mistillidssanktionen langt fra altid er noget godt og anvendeligt middel for et folketingsflertal, der ønsker at holde en minister i kort snor. Det er jo ikke givet, at en sag, hvor Folketinget ønsker at styre ministeren, er så stor, at sagen politisk set kan bære, at man med et mistillidsvotum hugger hovedet af ministeren, hvis han ikke makker ret.

Ræsonnementet er sådan set godt nok. Men et fornuftigt ræsonnement udgør jo ikke i sig selv et tilstrækkeligt grundlag for at hævde, at der eksisterer en (ny) forfatningsretlig regel. At en given løsning giver Folketinget en mere fremskudt placering i forfatningssystemet er ikke i sig selv et tilstrækkeligt forfatningsretligt argument.

Man kan ikke bare hævde, at grundloven bygger på et særligt «princip» om, at Folketinget skal have en særlig fremskudt stilling – ud over den, som Folketinget allerede er sikret i kraft af grundlovens udtrykkelige regler. For man kan jo lige så godt – og i virkeligheden med større ret – hævde det modsatte «princip», nemlig at grundloven har opbygget et forfatnings-system, hvor der både er en regering og et Folketing. Folketinget har magt over regeringen derved, at Folketinget til enhver tid kan afsætte regeringen ved et mistillidsvotum. Men regeringen har også magt over Folketinget, derved at regeringen til enhver tid kan udskrive nyvalg. Der er tale om en art «checks-and-balances». Hvad der ligger her inden for, er det overladt til den politisk-parlamentariske praksis at regulere.

Henrik Zahles forfatningsretlige nydannelse var et eksempel på, at den forfatningsretlige teori, på grundlag af mere eller mindre selvopfundne principper, søgte at optræde i rollen som grundlovgivende magt.

6 GÆLDER DER NOGET ANDET FOR FORTOLKNINGEN AF FRIHEDSRETTIGHEDERNE?

Mine eksempler vedrørende fortolkningen af danske grundlovsbestemmelser har hidtil vedrørt reglerne om samspillet mellem regering og Folketing. Man kan spørge, om der gælder noget andet for fortolkningen af grundlovens regler om de personlige og politiske frihedsrettigheder?

Det kan man godt argumentere for. For eksempel ud fra den grundbetragtning, at i hvert fald de politiske frihedsrettigheder – ytringsfrihed, foreningsfrihed og forsamlingsfrihed – udgør selve forudsætningen for, at grundlovens regler om valg og folkestyre overhovedet giver fornuftig mening. En friere forfatningsretlig argumentation kan derfor siges at have noget for sig i så henseende.²²

Hidtil har danske domstoles fortolkning af grundlovens bestemmelser om frihedsrettighederne imidlertid ikke været præget af nogen kreativ eller dynamisk tendens, og der har ikke i den danske Højesterets fortolkning af grundlovens frihedsrettigheder været tegn på en ny og anderledes grundlovsfortolkning.

Den danske grundlovs frihedsrettigheder er få og relativt spinkle. I det væsentlige kan de grupperes i bestemmelser om de såkaldt personlige

rettigheder (§ 71 om den personlige frihed, § 72 om boligens ukrænkelighed og § 73 om ejendomsrettens ukrænkelighed) og de såkaldt politiske rettigheder (§ 77 om ytringsfriheden, § 78 om foreningsfriheden og § 79 om forsamlingsfriheden). Hertil kommer bestemmelser om religionsfrihed og nogle få og spinkle bestemmelser om økonomisk-sociale rettigheder.

Lidt beslægtet med spørgsmålet om fortolkningen af frihedsrettighederne, er der af den senere danske højesteretspræsident Torben Melchior blevet fremført det synspunkt, at de politiske samt visse af de personlige grundlovs-sikrede rettigheder bør have en fortrinsstilling, således at domstolsprøvelsen ved indgreb i sådanne rettigheder bør være mere intensiv end ved indgreb i økonomiske og sociale rettigheder, herunder indgreb i ejendomsretten. Kompetencefordelingen mellem lovgivningsmagten og domstolene taler for, har Torben Melchior anført, at sikringen af økonomiske og sociale rettigheder «i overvejende grad må ske som led i den politiske proces».²³

Tanken om en fortrinsstilling for de politiske og visse af de personlige frihedsrettigheder har fundet udtryk i den amerikanske højesterets lære om «the preferred position principle», ligesom den norske højesteret har tilsluttet sig en lignende tankegang om en gradueret grundlovsbeskyttelse og grundlovsfortolkning. I Norge har navnlig professor Eivind Smith kritiseret denne lære, ligesom professor Michael Hansen Jensen har gjort det i Danmark.²⁴

En særstilling for de politiske frihedsrettigheder kan forekomme velbegrundet, fordi sikringen af disse rettigheder er en helt afgørende forudsætning for det samlede forfatningssystemets opretholdelse og demokratiske funktion. De politiske frihedsrettigheder er uløseligt forbundet med den demokratiske statsform, fordi flertalsprincippet, afstemninger og valg ville miste deres mening uden sikring af disse rettigheder.

For så vidt i overensstemmelse med den nævnte tankegang udtalte den danske Højesteret i sin dom om rockerloven (U 1999.1798 H), at grundlovens bestemmelse i § 79 om forsamlingsfrihed «ligesom bestemmelserne om ytringsfrihed i § 77 og foreningsfrihed i § 78 [er] en nødvendig og selvfølgelig forudsætning for et demokrati».

Højesterets kendelser i de to såkaldte tunesersager (U 2008.2394 H og U 2008.2406 H) (der vedrørte myndighedernes ønske om udvisning af to tunesere, som man fandt var involveret i planer om drab på tegneren Kurt Vestergaard, der tegnede en af den danske avis Jyllands-Postens

Muhammed-tegninger) indeholder ligeledes en fremhævelse af ytringsfriheden som en politisk frihedsrettighed af afgørende betydning for den demokratiske statsform.

I de to kendelsers præmisser hedder det således enslydende, at drab på en person for at have tegnet en af de såkaldte Muhammed-tegninger, «må anses for et forsøg på at skræmme befolkningen, begrænse ytringsfriheden og hindre den offentlige debat. På denne baggrund kan en person, der planlægger et sådant drab, med rette anses for en fare for statens sikkerhed».

I Højesterets dom (U 2012.2562 H) i sagen om det senere drabsforsøg på tegneren Kurt Vestergaard hedder det tilsvarende, at «drab på Kurt Vestergaard for at have tegnet en af Muhammed-tegningerne i den situation, som forelå, [må] tillige anses for et forsøg på at begrænse ytringsfriheden og hindre den offentlige debat».

Samtidig kan der dog være grund til at fastholde, at det principielt er de samme fortolkningsfaktorer, der indgår i fortolkningen af grundlovens bestemmelser, hvad enten de vedrører den ene eller den anden rettighedstype. Rækkevidden af grundlovens bestemmelser må – som rækkevidden af andre lovbestemmelser – i første række afgøres ud fra bestemmelsernes ordlyd, forarbejder, formål og foreliggende praksis.

Grundloven indeholder ikke nogen udtrykkelig, selvstændig hjemmel for, at visse grundlovsbestemte rettigheder skal gives et mere fremskudt værn af domstolene end andre. En forskel i rækkevidden af det værn, der kan blive tale om, vil imidlertid kunne følge af bestemmelsernes formulering, forarbejder, formål og den praksis, der knytter sig til bestemmelsernes forståelse. Hertil kommer betydningen af den konkrete sags omstændigheder, herunder de konsekvenser, som en underkendelse af den pågældende lov vil have.

7 GRUNDLOVSFORTOLKNING I LYSET AF TRAKTATMÆSSIGE FORPLIGTELSER?

Spørgsmålet om grundlovsfortolkningens frihed har i de senere år fået tilføjet en særlig facet i kraft af den voksende betydning af den europæiske menneskerettighedskonvention og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis i tilknytning hertil. Optagelsen af charteret om grundlæggende rettigheder i EU-traktaten kan komme til at aktualisere en lignende problemstilling.

Danmark er som bekendt medlem af EU, og bestemmelserne i den europæiske menneskerettighedskonvention blev inkorporeret i dansk ret ved lov i 1992 og gælder således med lovkraft. Konventionen regulerer blandt andet en række af de emner, som også grundloven indeholder bestemmelse om, for eksempel ytringsfrihed, foreningsfrihed og forsamlingsfrihed.

Et særligt spørgsmål i en forfatningsretlig sammenhæng er, om den europæiske menneskerettighedskonvention og menneskerettighedsdomstolens afgørelser kan tillægges betydning ved fortolkning af grundloven, således at konvention og praksis indfortolkes i de beslægtede danske grundlovsbestemmelser.²⁵

Højesterets daværende præsident Niels Pontoppidan udtalte herom i et interview i 1996, at det principielt var «næsten en umulig tanke», at domstolene indfortolkede menneskerettighedskonventionen i den danske grundlov, idet man så måtte sige til de politikere, der måtte ønske at slippe af med menneskerettighedskonventionen igen: «Jamen det kan I ikke, for den har fået grundlovsrang».²⁶ Samtidig ville han dog ikke afvise, at domstolene med tiden ville slå ind på en sådan fortolkningsstil.

Det forfatningsretligt problematiske ved en sådan indfortolkning af en konvention i grundloven er, at regeringen i så fald sammen med et almindeligt folketingsflertal, ved – i overensstemmelse med grundlovens § 19 – at indgå en traktat med andre lande, vil kunne forandre grundlovens indhold uden at følge den vanskelige procedure, der er foreskrevet i grundlovens bestemmelse om grundlovsændring i § 88. Denne bestemmelse stiller krav om, at et forslag til grundlov skal vedtages to gange i Folketinget, med mellemliggende nyvalg, efterfulgt af en folkeafstemning, hvor et flertal, der skal udgøre mindst 40 procent af alle stemmeberettigede, skal stemme ja.

Når der tilmed er tale om en traktat, der som den europæiske menneskerettighedskonvention er undergivet en dynamisk og formålsbestemt fortolkning, betyder en indfortolkning af traktaten i grundloven, at den grundlovgivende magt reelt ikke blot – i strid med grundlovens § 88 – bliver givet til regeringen og et almindeligt folketingsflertal, men tillige til det internationale organ, der i praksis autoritativt fortolker konventionen, det vil sige Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Dommerne ved menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg vil dermed få et afgørende ord om grundlovens indhold.

Som påpeget af det danske medlem af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, Peer Lorenzen, var det ikke ved 1992-loven om inkorporering af den europæiske menneskerettighedskonvention tilsigtet, at konventionen skulle inkorporeres med grundlovs kraft. Tværtimod byggede inkorporeringsloven på den forudsætning, at inkorporeringen ikke burde føre til, at balancen mellem lovgivningsmagten og domstolene blev forrykket.²⁷

Hidtil har Højesteret da også afstået fra at nyfortolke grundloven i lyset af konventionsbestemmelser. Det karakteristiske har været, at Højesteret har holdt de to regelsæt ganske skarpt adskilt. Eksempelvis har Højesteret på grundlag af den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 10 afgjort en række sager vedrørende ytringsfrihed, uden at man i den forbindelse har foretaget en nyfortolkning af grundlovens § 77.

Nogle synes dog at mene, at der i fremtiden kan komme til at blæse nye vinde. Det er således værd at bemærke, at Peer Lorenzen, trods sin ovennævnte konstatering, anfører, at:²⁸

[Det] forekommer [...] dog vanskeligt i længden at fastholde en retstilstand, hvorefter bestemmelser, hvis indhold og beskyttelsesformål i alt væsentligt er identisk, fortolkes forskelligt. Som nævnt kan det ikke udelukkes, at domstolene i fremtiden under påvirkning af internationale strømninger vil udvikle en bredere, mere formålsbetonet fortolkningsstil, der indebærer, at de i højere grad påtager sig en selvstændig retsskabende funktion. Det må i så fald forventes, at også grundloven i et vist omfang ved omfortolkning tilpasses internationale standarder. Som et muligt eksempel herpå kan nævnes spørgsmålet om, hvorvidt en beskyttelse for den materielle ytringsfrihed bør indfortolkes i grl. § 77 bl.a. på baggrund af Menneskerettighedsdomstolens praksis i relation til konventionens art. 10 [...].

Til det anførte kan siges, at det hidtil ikke har været vanskeligt at fastholde en retstilstand, hvorefter menneskerettighedskonventionen og grundloven holdes adskilt, og hvor grundloven fortolkes i overensstemmelse med traditionel juridisk metode og under respekt af, at danske domstole ikke er særskilt beføjet til at optræde som grundlovgivende magt.

Senest har dette fundet udtryk ved Højesterets dom i Irak-sagen (U 2010.1547 H), hvor retten fastslog, at den grundlæggende ordening i dansk

ret af forholdet mellem national ret og international ret er, at folkeretten ikke har grundlovs kraft.

Status er således, at internationale konventioner ikke har betydning for den danske højesterets grundlovsfortolkning. Internationale konventioner er ikke søgt indfortolket i grundlovens beslægtede bestemmelser.

Som nævnt er der ganske tvingende retskilderangmæssige grunde til, at det er og må være sådan. Man kan da også i det hele spørge, hvorfor en sådan indfortolkning overhovedet skulle ske. I langt de fleste tilfælde er der jo ikke konflikt mellem grundloven og den europæiske menneskerettighedskonvention. Konventionens bestemmelser har blot et vidererækkende indhold end grundlovens beslægtede bestemmelser. Men herved adskiller konventionen sig jo ikke fra megen almindelig lovgivning, der på centrale områder, herunder centrale velfærdsområder, giver borgerne en langt bedre retsstilling end den, grundloven garanterer. Men ingen vil jo af den grund finde på at hævde, at den almindelige lovgivning dermed bør få eller har fået grundlovsrang.

I de sjældne tilfælde, hvor for eksempel den europæiske menneskerettighedskonvention yder en svagere beskyttelse, end den danske grundlov gør – det gælder for eksempel, når det kommer til det absolutte censurforbud i grundlovens § 77 sammenholdt med det ikke-absolutte forbud i menneskerettighedskonventionens artikel 10 – ja, så vil næppe nogen heller være talsmand for, at grundlovsbeskyttelsen skal fortolkes «ned» på konventionsniveauet.

Heller ikke EU-retten kan indfortolkes i grundloven. Grundlovens § 20 giver ganske vist adgang til i nærmere bestemt omfang at overlade beføjelser, der tilkommer rigets myndigheder, til mellemfolkelige myndigheder ved en lov, der er vedtaget med 5/6 flertal i Folketinget eller med almindeligt flertal efterfulgt af en folkeafstemning. Men grundlovens § 20 giver ikke adgang til at overlade beføjelser til EU, der giver EU adgang til at udstede retsakter, der indholdsmæssigt vil være i strid med grundloven. Enhver lov, der har overdraget beføjelser til EU, kan da også ændres ved en almindelig lov.²⁹

Selv om hverken den europæiske menneskerettighedskonvention eller EU-retten kan indfortolkes i grundloven, er sagen den, at disse traktatsamarbejder indebærer en begrænsning af lovgivningsmagtens kompetence, der i realite-

ternes praktisk-politiske verden kan være mindst lige så stærk som den begrænsning, der følger af grundlovens bestemmelser.

Ganske vist er lovgivningsmagten ikke grundlovsmæssigt forhindret i at lovgive i strid med traktatforpligtelserne og den retspraksis, der kommer fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og EU-domstolen, ligesom det også grundlovsmæssigt står regeringen og Folketinget frit for at opsige de nævnte traktatsamarbejder.

I virkelighedens verden stiller sagerne sig imidlertid anderledes. Både lovgivningsmagten og regeringen bestræber sig således på ikke at handle i strid med de nævnte traktater og domstoles praksis, og de danske domstole bestræber sig i overensstemmelse hermed på at træffe afgørelser, der er i overensstemmelse med det internationale regelgrundlag.

I virkelighedens verden kan man sige, at det danske statsstyre er mere bundet af de nævnte traktatmæssige forpligtelser end af grundloven. Grundloven lader sig trods alt ændre af de øverste danske statsorganer i samarbejde med vælgerbefolkningen, mens dette ikke er tilfældet for traktaterne.

8 OM AKTIVISTISK GRUNDLOVSFORTOLKNING OG «PRESENT DAY CONDITIONS»

Det er karakteristisk for den fortolkningsstil, der anlægges af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at den i væsentlig grad afviger fra den, der traditionelt har kendetegnet danske domstole.

Menneskerettighedsdomstolens fortolkningsstil er, som beskrevet af Peer Lorenzen, præget af «en dynamisk eller formålsbestemt (teleologisk) fortolkning af konventionen, der tilsigter at opnå, at konventionen stedse er tidssvarende – lever op til ‘present day conditions’ – og skaber retigheder, der er ‘practical and effective’. Dette indebærer, at forarbejderne ikke tillægges større betydning, og at tidligere praksis ikke fastholdes, hvis omstændighederne findes at have ændret sig».³⁰

Som påpeget af daværende rigsadvokat Jørgen Steen Sørensen er der gode grunde til, at danske domstole, når de stilles over for spørgsmål om fortolkning af den europæiske menneskerettighedskonvention, holder sig for øje, at det følger meget klart af forarbejderne til den inkorporering af menneskerettighedskonventionen, der fandt sted ved lov i 1992, at balancen

mellem domstolene og lovgivningsmagten ikke derved måtte blive forrykket. Dette harmonerer endvidere med grundlæggende principper i dansk forfatningsret vedrørende rollefordelingen mellem domstole og lovgivningsmagten.

Som anført af Jørgen Steen Sørensen må der i et demokratisk samfund være en klar formodning for, at det sidste ord ligger hos den folkevalgte lovgivningsmagt, og at domstolene derfor kun kan «sætte foden ned», hvis det med betydelig sikkerhed følger af de regelsæt, der begrænser lovgivningsmagtens kompetence. Den fortolkningsmetode, som menneskerettighedsdomstolen anlægger, er, som påpeget af Jørgen Steen Sørensen, udtryk for en grundlæggende anderledes forståelse af domstolens rolle i et demokratisk samfund end den, der historisk har kendetegnet dansk ret.³¹

Jørgen Steen Sørensens analyse tager sigte på danske domstoles fortolkning af den europæiske menneskerettighedskonvention i relation til spørgsmål om, hvorvidt dansk lovgivning respekterer konventionen. Det er i tilknytning hertil væsentligt at bemærke, at en aktivistisk præget fortolkningsstil, hvor fortolkningen i betydelig grad løsrives fra bestemmelsernes ordlyd, forarbejder og intenderede formål, i en dansk sammenhæng er særskilt problematisk, hvis den skulle finde anvendelse på grundlovsfortolkning. Den vanskelige procedure for grundlovsændring i Danmark stiller nemlig domstolens kompetence til at efterprøve, om den almindelige lovgivning er i overensstemmelse med grundloven, i et andet lys end i de fleste andre lande.

I en forfatningskonflikt har hverken Højesteret eller lovgivningsmagten det sidste ord. Det sidste ord ligger hos den grundlovgivende myndighed. Med de meget stramme regler for grundlovsændring, der er i den danske grundlov, kan en sådan udgang på en forfatningskonflikt imidlertid kun vanskeligt blive en realitet. I Danmark vil Højesterets underkendelse af en lov betyde, at der i praksis ultimativt blokeres for loven, også selv om der er bred politisk enighed om dens ønskelighed.

Dette forhold taler særskilt med betydelig vægt imod en aktivistisk fortolkningsstil baseret på dommers mere eller mindre frie overvejelser over, hvad «present-day conditions» måtte tilsige.³²

9 SAMMENFATTENDE SYNSPUNKTER

Efter min opfattelse bør den juridiske teori og den juridiske forfatter i særlig grad være ydmyg, når det gælder forfatningsretten. Som forfatningsjurist bør man sikre sig, at man har fast retskildemæssig grund under fødderne, når man udlægger, hvad der er indholdet af grundloven.

Årsagen er ligetil. Konsekvensen af, at man hævder, at et bestemt synspunkt er gældende statsret, er jo, at man derved siger, at ikke alene domstolene og forvaltningen er forpligtet til at følge synspunktet, men at også lovgivningsmagten er forpligtet.

Man påtager sig med andre ord rollen som grundlovgiver.

Den rolle er man som juridisk forfatter – eller som dommer – ikke legitimeret til på grundlag af frihåndstegning og personlige holdninger.

Efter min opfattelse er den bedste begrundelse for, at man som statsretsjurist bør være tilbageholdende med at påberåbe sig frie fortolkningsfaktorer og påståede forfatningsretlige principper, givet af den norske statsretsprofessor Frede Castberg.

I sin statsret fremhævede Frede Castberg, at det er vanskeligt at bruge de politiske principper, som et lands forfatningsret hviler på, som grundlag for juridiske slutninger. Et politisk princip vil sjældent være gennemført konsekvent, og ofte realiserer forfatningen delvis modstridende principper.³³ Påberåbelse af såkaldte forfatningsprincipper bliver derfor nemt et skridt lige ud i den bundløse luft.

Castberg nævner selv fra norsk forfatningspraksis unionstidens statsretlige diskussion om kongens vetoet, hvor man fra Venstre-oppositionens side tog sit udgangspunkt i den opfattelse, at grundloven var baseret på et folkesuverænitetssprincip, mens man fra regeringens side gik ud fra, at grundloven realiserede et magtfordelingsprincip. Alt efter hvilket princip, man lagde til grund, blev resultatet, at kongen enten ikke havde et veto, eller at kongen havde et absolut veto.

Som Castberg gør opmærksom på, vil et lands forfatning ofte lade store og vigtige kompetencespørgsmål henstå ubesvarede. Enten fordi man ikke har været opmærksom på spørgsmålene, eller fordi man fra politisk hold ikke har kunnet blive enig om, hvordan spørgsmålene skulle besvares.³⁴

Også af den grund kan det vise sig meget vanskeligt at identificere de bærende politiske ideer bag forfatningssystemet. Og det bliver let frihånds-

tegning at påberåbe sig særlige forfatningsretlige principper til løsning af problemerne.

Som noget meget væsentligt peger Frede Castberg på, at mange af statsrettens regler ikke er 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».³⁵

Det er jeg helt enig i.

Det statsretlige system kunne have været indrettet på den ene måde. Og systemet kunne have været indrettet på den anden måde. Hvis man leder efter, hvad der ligger i «sagens natur», finder man som regel intet svar. Eller måske rettere: Man finder det svar, man selv synes bedst om. Grundloven kommer til at betyde det, man selv synes, den bør betyde. Retten erstattes med sin modsætning: vilkårligheden.

Grundlovsfortolkning adskiller sig ikke på nogen afgørende eller karakteristisk måde fra anden lovforklning. Som det også blev anført af dansk forvaltningsrets største skikkelse, Poul Andersen, må grundloven i almindelighed fortolkes efter samme principper som andre love.³⁶ Der er ikke noget grundlag for at hævde, at grundlovsfortolkning generelt er friere end anden lovforklning. Ved fortolkningen vil blandt andet indgå den pågældende grundlovsbestemmelses ordlyd, dens forarbejder, dens formål samt foreliggende relevant praksis, først og fremmest lovgivnings- og domspraksis. Visse grundlovsbestemmelser kan indeholde vage og elastiske begreber, der kan give et vist spillerum for de retsanvendende myndigheder og for fortolkeren, mens andre grundlovsbestemmelser allerede efter deres ordlyd ikke efterlader nogen særlig tvivl om deres forståelse. Heller ikke herved adskiller grundlovsbestemmelser sig fra andre typer af retsregler.

Efter min opfattelse er der også derfor god grund til, at den forfatningsretlige teori bør være meget tilbageholdende med på grundlag af friere overvejelser – ud fra påstande om forfatningens «principper» – at søge at optræde i rollen som grundlovgivende magt.

Tilsvarende bør den forfatningsretlige teori, når det kommer til spørgsmålet om betydningen af politisk-parlamentarisk praksis, efter min opfattelse ikke uden sikkert retskildemæssigt grundlag søge at fikse praksis som en forfatningsretligt gældende regel. 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 retsoverbevisning eller ej. Hertil kommer, at politikeres tilkendegivelser i så henseende kan være udtryk for, hvad der i situationen er politisk opportunt, snarere end for retlige overvejelser.

Den forfatningsretlige teori bør derfor være tilbageholdende med at anerkende retssædvanedannelser uden for de tilfælde, hvor den politisk-parlamentariske praksis går direkte imod en grundlovsbestemmelse – sådan som det i Danmark for eksempel er tilfældet med den praksis, jeg omtalte ovenfor i afsnit 4 om Finansudvalgets bevillingskompetence. I sådanne tilfælde kan der være behov for retssædvanebegrebet, hvis den forfatningsretlige teori skal bevare forbindelsen til det levende forfatningslivs realiteter. I alle andre tilfælde er der ikke behov for retssædvanebegrebet. Den politisk-parlamentariske praksis lader sig – da den falder inden for grundlovens rammer – tvangfrit forklare uden. Statsretsjurister bør ikke ved hjælp af retssædvanebegrebet søge at retliggøre det politiske liv ved at ophøje politisk praksis til forfatningsretlig regel på grundlovstrin og dermed optræde i rollen som grundlovgivende magt.³⁷

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

- 30 Grundlovens § 75.
 31 Grundlovens § 28.
 32 Se f.eks. Højesteretsdom 1937:332 og mindretallet i Højesteretsdom 1985:1544.
 33 Højesteretsdom 1992:1962, s. 1967. Oversat fra islandsk af Halldóra Jónsdóttir.
 34 Højesteretsdom 1995:2417.
 35 I den førnævnte dom i sag nr. 167/2002.
 36 Se Højesteretsdom 1975:578.
 37 Se bl.a. forarbejderne til grundlovsændringen 1995, Alpt. 1994-1995, þskj. 389.
 38 Se § 15, 20, 21 og 25 i grundloven nr. 33/1944.
 39 Se § 11 i grundloven nr. 33/1944.
 40 Se § 14 i grundloven nr. 33/1944.
 41 Se § 13 i grundloven nr. 33/1944.
 42 Dette var klart allerede af grundlovsændringen i 1942, der forbød andre grundlovsændringer end de, som var strengt nødvendige pga. republikken.
 43 Se Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íslands forfatning) (1978), s. 121-122 og 129-130. En stor debat om den suspensive vetoret fandt sted omkring år 2000. Se Þór Vilhjálmsson, «Synjunarvald forsetans» (Præsidentens vetoret) (1994), s. 609-636; Þórður Bogason, «‘og ég staðfest þau með samþykki mínu’: forseti Íslands og löggjafarvaldið» [‘og jeg bekræftede dem med mit samtykke’: Íslands præsident og lovgivningsmagten] (2002), s. 555-581; Sigurður Línadal, „Forseti Íslands og synjunarvald hans» (Íslands præsident og hans vetoret) (2004), s. 203-237.
 44 For mere om dette emne, se Helgadóttir, «Framkvæmd þingræðisreglunnar» (Praksis vedrørende parlamentarismen) (2011), s. 215-216.
 45 Se Christensens kapitel i denne bog om vetospørgsmålet i dansk ret.
 46 § 26 i grundloven nr. 33/1944.
 47 Begge sager drejede sig om den såkaldte «ICESAVE-gæld».
 48 http://www.mbl.is/mm/gagnasafn/grein.html?grein_id=1266350. Oversat fra islandsk af Halldóra Jónsdóttir.
 49 Se Sejersteds kapitel i denne bog.

NOTAR TIL KAPITTEL 4

- 1 Jens Peter Christensen, «Jurist uden omsvøb» (2007), s. 14 f.
 2 Se om Max Sørensen i mindeskriftet udgivet i anledning af Max Sørensens 100-års dag den 19. februar 2013: Jens Hartig Danielsen (red.), *Max Sørensen 100 år* (2013).
 3 Se for dette og de følgende citater Alf Ross, *Dansk Statsforfatningsret* (1980), s. 49-55.
 4 Christensen, *Forfatningsretten og det levende liv* (1990).
 5 Jf. også Christensen, «Ross og statsforfatningsretten» (2006), s. 79-103.
 6 For den islandske udvikling på dette område se Helgadóttirs kapitel i denne bog.

- 7 Om den norske forfatningsstrid se Holmørviks kapitel i denne bog.
- 8 Frede Castberg, *Juridiske stridsspørgsmål i Norges politiske historie* (1961), s. 40.
- 9 For den islandske udvikling på dette område se Helgadóttirs kapitel i denne bog.
- 10 Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, *Dansk Statsret* (2012), s. 27-31.
- 11 Jf. tilsvarende Christensen, «Norm og praksis under grundloven som aldrig ændres» (2002), s. 99-115.
- 12 Christensen et al., *Dansk Statsret* (2012), s. 60-62, jf. også Peter Germer, «Regeringsdannelse og grundloven» (1975), s. 346-349.
- 13 Se f.eks. Poul Meyer, «Regeringsdannelsens teknik» (1967), s. 284-307; Tage Kaarsted, *Regeringskrisen 1957* (1964); Kaarsted, *Regeringen vi aldrig fik* (1988).
- 14 Christensen, *Forfatningsretten og det levende liv* (1990), s. 197.
- 15 Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret I* (2001), s. 208.
- 16 Christensen, *Forfatningsretten og det levende liv* (1990), s. 108.
- 17 Erik Damgaard (red.), *Parlamentarisk forandring i Norden* (1990), s. 28.
- 18 Christensen, «Undersøgelsesretter og kommissionsdomstole – er der alternativer?» (1993), s. 289.
- 19 Se for en oversigt over den norske debat Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati* (2012), s. 229 f. og s. 280-282. Se også Fredrik Sejersted, «Om Stortingets kompetanse til å regjere over regjeringen» (2003), s. 281-296.
- 20 Se herom Christensen, *Forfatningsretten og det levende liv* (1990), s. 197-201; Jørgen Albæk Jensen, *Parlamentarismens statsretlige betydning* (1997), s. 89-117. Se også Zahle, *Dansk forfatningsret I* (2001), s. 320-334, hvor Zahle modificerede sit oprindelige synspunkt i en sådan grad, at det står helt uklart, hvad der herefter menes med, at folketingsbeslutninger har «retlig relevans»
- 21 Zahle, *Dansk forfatningsret I* (1989), s. 369.
- 22 Jf. Christensen, *Forfatningsretten og det levende liv* (1990), s. 213-229 og s. 250.
- 23 Torben Melchior, «Maastricht, Tvind ... og hvad så?» (2003), s. 218 f.
- 24 Smith, *Konstitusjonelt demokrati* (2012), s. 303-377 og 393 f. og Michael Hansen Jensen, «Særlig tilbageholdende domstolsprøvelse af loves forenelighed med grundlovens § 73» (2007), s. 15-22.
- 25 Se herom og for det følgende Christensen, «Internationale konventioners betydning for Højesterets grundlovsfortolkning» (2013), s. 15-19. For et andet synspunkt, se Kierulfs kapitel i denne bog.
- 26 Niels Pontoppidan, «Domstole vil få mere magt» i: *Weekend-avisen*, fredag den 28. juni 1996.
- 27 Peer Lorenzen, «Den Europæiske Menneskerettighedskonventions betydning for dansk forfatningsret» (1999), s. 16 ff., og «Den Europæiske Menneskerettighedskonventions retlige stilling i Danmark» (2006), s. 33 ff.
- 28 Lorenzen, «Den Europæiske Menneskerettighedskonventions betydning» (1999), s. 20 og «Den Europæiske Menneskerettighedskonventions retlige stilling» (2006), s. 38.

- 29 Jf. nærmere herom Christesen m.fl., *Dansk Statsret* (2012), s. 207-219, s. 244 f. og s. 254, hvor den såkaldte Maastricht-sag (U 1998.800 H) omtales.
- 30 Lorenzen, «Den Europæiske Menneskerettighedskonventions retlige stilling» (2006), s. 36 og Lorenzen, bidrag til *Forhandlingerne ved Det 37. Nordiske Juristmøde 2005*, bd. 2, s. 68-74.
- 31 Jørgen Steen Sørensen, «Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention» (2010), s. 251-259.
- 32 Jf. herom også Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret* (1993), s. 324 og s. 342.
- 33 Castberg, *Norges Statsforfatning* (1947), bd. 2, s. 96.
- 34 *Ibid*, s. 90.
- 35 *Ibid*, s. 74 f.
- 36 Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret I* (1944), s. 127 f.
- 37 I norsk forfatningsret synes Eivind Smith at være af noget tilsvarende opfattelse, jf. Smith, *Konstitusjonelt demokrati* (2012), s.130-151.

NOTAR TIL KAPITTEL 5

- 1 SOU 1963:17 Författningsutredningen: VI. Sveriges statsskick. Del 2. Motiv. Förslag till regeringsform, s. 38-42; cit. s. 41. 1963 års uppfattning låg till grund även vid den senast grundlagsändringen – se prop. 2009/10:80. En reformerad grundlag, s. 84–85.
- 2 En forskningsöversikt ges t.ex. i Erik Holmberg och Nils Stjernquist, *Grundlagarna* (1980), s. 6–7 samt i de två senare utgåvorna av samma verk Erik Holmberg, Nils Stjernquist, Magnus Isberg, Marianne Eliasson, Göran Regner, *Grundlagarna* (2006), s. 27; Erik Holmberg m.fl. *Grundlagarna* (2012), s. 29. Litteraturoversikter finns även i Gustaf Petrén och Hans Ragnemalm, *Sveriges grundlagar* (1980), s. 15 samt i Anders Eka, Johan Hirschfeldt, Henrik Jemsten och Kristina Svahn Starrsjö, *Regeringsformen* (2012), s. 17–18. Statens råd för samhällsforskning anordnade i juni 1975 ett symposium om den då nya grundlagen. De vid tillfället hållna föredragen publicerades i *Statsvetenskaplig tidskrift* (1976). Förutom bidrag från nyckelpersoner som varit direkt involverade i processen, innehåller framställningen två föredrag avseende forskningsdesiderata: Stig Jägerskiöld, «Statsrättslig forskning kring den nya regeringsformen» (s. 49-57) och Nils Stjernquist, «Statsvetenskaplig forskning kring den nya grundlagen» (s. 58–69). I april 1978 anordnades ett seminarium på Hanaholmens kulturcentrum om författningsutvecklingen i Sverige och Finland. Huvudparten av referaten är publicerade i *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* (1978). Ett viktigt bidrag till förståelsen av händelseutvecklingen är Björn von Sydow, *Vägen till enkammarriksdagen* (1989) som primärt behandlar frågorna om valsätt, kammersystem och folkomröstning vilka alla hade avgörande betydelse för diskussionerna som ledde fram till dagens regeringsform. Vid 200-årsminnet av 1809 års regeringsform utkom verket Margareta Brundin och Magnus Isberg (red.), *Maktbalans och kontrollmakt* (2009). I volymen finns bidrag med bäring på utvecklingen mot 1974 års regeringsform: Fredrik

EIRIK HOLMØYVIK (RED.)

TOLKINGAR AV
GRUNNLOVA

OM FORFATNINGSUTVIKLINGA
1814–2014

PAX FORLAG A/S, OSLO 2013