

Antall ord: 4994 (5134 med litteraturliste)

Del 1:

Jeg skal gjøre rede for den rettskulturelle modellen sin funksjon ved komparativ og rettshistorisk analyse av rettskulturer. Samtidig vil jeg også undersøke modellens begrensninger, og hvilken betydning disse begrensningene har for den som bruker modellen som analyseverktøy.

Objektet for den komparative eller rettshistoriske analysen er en rettskultur. Jeg bruker Jørn Ø. Sunde sin definisjon av rettskultur i det følgende: «*ideas and expectations to law (which are) made operational by institutional(like) practices*».¹

Fenomenet rettskultur er svært omfattende og lite håndfast, og definisjonen reflekterer dette. Det blir fort klart at definisjonen er lite egnet som et utgangspunkt for en komparativ eller rettshistorisk analyse av en rettskultur. Den rettskulturelle modellen er en konstruksjon som gjør det mulig å tilnærme seg en rettskultur på en oversiktlig måte ved å konkretisere innholdet i rettskulturbegrepet.

Modellen tar utgangspunkt i begrepet om rettskultur og bryter det ned til seks sentrale elementer.² Disse elementene er fordelt på to overordnede strukturerer, den mentale og den institusjonelle strukturen.

Den mentale strukturen omfatter ideene og forestillingene om retten, og består av rettferdighetsidealet, juridisk metode, grad av profesjonalisering og grad av internasjonalisering. Forestillingene må imidlertid operasjonaliseres gjennom den institusjonelle strukturen, som består av normproduksjon og konfliktløsning, for å bli en del av rettskulturen. Samtidig er den institusjonelle strukturen uten betydning med mindre den blir fylt ut av ideene i den mentale strukturen.

Man kan se at den rettskulturelle modellen står i nær sammenheng med rettskulturbegrepet, og dette gjør modellen til en representasjon, men ikke en refleksjon av innholdet i begrepet. Likevel må modellens fordeler må sees i nær sammenheng med sin analytiske funksjon. Ved å bryte ned rettskulturbegrepet til et fåtall sentrale elementer, kan den som undersøker en

¹ Sunde, 2017, s.15

² Ibid s.19-20

rettskultur lettere identifisere sentrale deler av den og bruke disse elementene som et utgangspunkt for videre analyse i et rettshistorisk eller komparativt perspektiv.

Den rettskulturelle modellens sin funksjon ved komparativ analyse er at den gjør det mulig å identifisere de samme delene i rettskulturene slik at disse kan sammenlignes. Det rettskulturelle begrepet gir ikke tilstrekkelig veiledning for hvordan man identifiserer og sammenligner de samme elementene i to rettskulturer. Dette kan føre til at man ikke sammenligner de samme elementene, eller at det ikke gis et fullstendig bilde av hva som hva som sammenlignes.

Dette kan illustreres ved en sammenligning av norsk og tysk rettskultur. Man vil raskt oppdage at det er bemerkelsesverdig færre sivilsaker for domstolene per hode i Norge i forhold til Tyskland. Sluttes komparasjonen her, vil den videre analysen basere seg på upresist bilde av hvordan konflikter utspiller seg i de to rettskulturene.

For dersom man anvender modellen vil sammenligningen ta for seg konfliktløsningselementet som en helhet. Da kommer det til syne at brorparten av sivile saker i norsk rettskultur løses utenomrettslig i nemder og forlikråd.

Den rettskulturelle modellen presiserer dermed elementene som skal sammenlignes, og veileder den som foretar analysen i å identifisere særtrekk eller likheter som kan undersøkes nærmere. Slik blir de komparative betraktningene mer treffende og presise noe som hever kvaliteten på analysen.

Modellens fordel ved rettshistorisk analyse ligger i fleksibiliteten til modellens elementer. Den tjener samme funksjon som ved komparativ analyse i at den gir et tverrsnitt av en rettskultur i en spesifikk tidsperiode som kan sammenlignes med rettskulturen i dag. Utfordringen ved historisk analyse er imidlertid begrepene og forestillingene om retten kan være så annerledes at det blir praktisk umulig å sammenligne dem med dagens rettskultur.

Elementenes fleksibilitet gjør det mulig å følge et rettskulturelt element sin historiske utvikling over tid i én linje. For eksempel kan man bruke normproduksjon-elementet fra modellen til å undersøke rollen til bindende praksis på det lokale tinget på 900-tallet og se hvordan det ledet frem Stortingets lovgivningsmyndighet i dag.

Samtidig er det begrenset hva den rettskulturelle modellen kan brukes til i en rettshistorisk analyse. På grunn av modellens form som et «tverrsnitt» av rettskulturen kan den synliggjøre

at det har skjedd endringer i en rettskultur når to slike tverrsnitt holdes opp mot hverandre. Modellen klarer derimot ikke å synliggjøre hvordan denne utviklingen har funnet sted.

Modellen likestiller tilsynelatende alle elementene i rettskulturen, men dette er ikke tilfellet i virkeligheten. Det finnes ideer og forestillinger om rettens innhold som oppfattes som mer grunnleggende enn andre av rettssubjektene. Rettskulturen har flere lag hvor innholdet i elementene på de dypere nivåene er mer motstandsdyktige mot endring. Denne observasjonen kalles det rettslige havet³.

Endringer kan likevel skje over tid med tilstrekkelig grad av press fra andre elementer som står i et spenningsforhold på et høyere eller lavere nivå. Dette samspillet mellom elementene og deres ulike definisjonsmakt ovenfor hverandre er sentralt når en skal beskrive hvordan endringer i en rettskultur finner sted. Når den rettskulturelle modellen sidestiller alle elementene klarer den ikke å fange opp dette fenomenet. Dersom man ønsker å si noe om hvordan den historiske utviklingen av en rettskultur fant sted, og ikke bare hva utviklingen var, må modellen suppleres med modellen om det rettslige hav.

Denne begrensningen gjelder også ved komparative analyser. En som skal beskrive den ulike rollen universitetene spiller i profesjonaliseringen i engelsk og tysk rettskultur må se på hvordan oppfatningen om domstolenes rolle i normproduksjonen ligger dypt i engelsk rettskultur, og at dette fører til en langt mer praksisorientert utdanning i England enn i Tyskland.

En annen sentral begrensning som gjør seg gjeldende når man bruker den som et analyseverktøy er hvilke rettssubjekter som former modellen. Modellen består bare av et utvalg av de ideer og forestillinger om retten som kommer til syne i samspillet mellom medlemmene av juriststanden. Dette gjør at det oppstår et skille mellom det vide og det snevre rettskulturbegrepet.⁴

Det vide rettskulturbegrepet omfatter ideer og forestillingene om rett som holdes av alle rettssubjektene i en rettskultur. Disse forestillingene kan være ikke-rettslige av natur, men likevel påvirke forestillingene om rett og galt. For eksempel finnes det en rekke etiske eller religiøse holdninger kan påvirke ideene og forestillingene om rett.⁵ Dette er elementer kan ha

³ Ibid s.17

⁴ Ibid s.23

⁵ Sunde, 2010, s.16

betydning for innholdet i rettskulturen, som for eksempel at sosiale holdninger om fyllekjøring leder lovgivning som forbyr det.

Likevel gjør den ikke-rettslige karakteren av forestillingene at de vanskelig kan operasjonaliseres direkte gjennom de rettslige institusjonene. Videre gjør den rene mengden og variasjonen på disse forestillingene at det ikke er mulig å ta dem inn i modellen uten å redusere modellens funksjon som et effektivt analyseverktøy.

Den rettskulturelle modellen sine fordeler ved rettshistorisk og rettskulturell analyse står som nevnt i nær sammenheng med den analytiske funksjonen den tjener. Derfor er det av stor betydning at den som bruker modellen som et analyseverktøy er bevisst på hvilken rolle den spiller i analysen.

Ved å bryte ned rettskulturbegrepet til en håndterlig størrelse kan de rettskulturelle elementene brukes som utgangspunkt for en mer inngående analyse av rettskulturen som helhet. Desto mer omfattende analysen av rettskulturen etter hvert blir, så blir modellens begrensninger mer tydelige. På grunn av det mer komplekse samspillet mellom de rettskulturelle elementene og påvirkningen fra ikke-rettslige fenomener som kommer til syne etter en grundigere analyse, blir den rettskulturelle modellen sin grovinndeling av rettskulturbegrepet mindre egnet til å si noe om rettskulturens innhold.

Den som bruker den rettskulturelle modellen må derfor være klar over modellen kun er et utgangspunkt for den rettshistoriske eller komparative analysen. Når analysen blir mer sammensatt må de være villige til å gi slipp på modellens klare strukturer, istedenfor presse rettskulturelle fenomener inn i modellens elementer der de ikke hører hjemme. Den rettskulturelle modellen er dermed støttehjulene til den som foretar analysen.

Del 2:

Ideen om at kirkens rom som et hellig sted hvor de som oppholder seg der ikke trenger å frykte forfølgelse har eksitert i lenge i Norge. Asyl et var utvilsomt en rettslig realitet i Norge frem til reformasjonen, og var et utslag av kirkens rolle i rettsordenen. Etter hendelsen i år på Fitjar, hvor asylsøkere som oppholdt seg i kirkeasyl ble fjernet med tvang, har det oppstått et spørsmål om kirkeasyl er et institutt med rettslige virkninger i dag.

I det følgende skal forsøke å gjøre rede for hvordan rettshistoriske betraktninger kan anvendes til å argumentere for en rettslig tilstand i dag. Dette illustreres ved hvordan slike betraktninger kan belyse spørsmålet om kirkeasyl er en rettslig realitet i dag.

2.1

Før jeg går nærmere inn på innholdet i de rettshistoriske betraktningene og deres argumentasjonsverdi, skal jeg gjøre rede for den historiske sammenhengen de oppsto i. Derfor skal jeg undersøke det historiske forholdet mellom rett og religion, og mer spesifikt hvordan religion i Norge har påvirket norsk rettskultur.

Religion brukes i denne sammenheng om religiøse institusjoner og samfunnskrefter, og ikke bare teologiske og religiøse synspunkter. Jeg kommer også til å bruke elementer fra den rettskulturelle modellen for å tydeliggjøre hvordan disse institusjonene påvirket norsk rettskultur. Utviklingen i hvordan normer ble produsert og konflikter ble løst skal bemerkes, og jeg kommer til å vise hvilken påvirkning religionen hadde på juridisk metode og synet på hva som var en rettferdig i middelalderen.

1153⁶ er et sentralt årstall for religionens betydning for norsk rett. Da ble erkebispedømmet i Nidaros etablert. Kristningen av Norge var en gradvis prosess og kirken etablerte seg sakte som en institusjon med egne domstoler og regler. Da erkebiskopen var på plass i 1153 hadde kirken virkelig etablert seg som statsmakt i Norge.

Tidligere hadde religion hadde liten betydning for rettsreglene i det norske samfunnet. Gudene i den åsatroen blandet seg ikke inn i menneskenes anliggende, og Gulatings- og Frostatingslovene sitt sekulære preg er bemerkelsesverdig i et samtidig europeisk perspektiv.⁷

Rettskulturen i Norge var derimot preget av den brutale samtiden den eksisterte i. Hevnetten var det sentrale konfliktløsningsmiddelet. Frykten for å miste livet skulle oppfordre den skyldige til å løse konflikten på et fredelig vis. De nevnte lovene var ikke lover i dagens forstand, men var heller en samling av praksis på lagtinget som ble oppfattet som sedvane, og var kun bindende dersom partene i konflikten valgte å ta opp saken på tinget.

Selv om kirken hadde etablert seg som en statsmakt i 1153, var den på ingen måte den eneste institusjonen i landet. Statsmakten var delt i to jurisdiksjoner, der kongen sto øverst i den

⁶ Sunde, 2005, s.65

⁷ Ibid s.46

verdslige jurisdiksjonen og erkebiskopen var sto øverst i den åndelige.⁸ Dette var en selvfølge som nesten kan beskrives som det vi kaller et statsrettslig prinsipp i dag.

Kirken hadde dermed rettslige institusjoner, men disse underlagt den åndelige jurisdiksjonen, og ikke en del av den norske rettskulturen i det verdslige samfunnet som sådan. Maktdeelingen var en selvfølge i middelalderen, men var det imidlertid stadig strid om hvor grensen mellom jurisdiksjonene gikk. Jurisdiksjonsstriden skulle få mye å si om religionens påvirkning på norsk rettskultur.

Dette må forstås ut i fra det politiske landskapet på 1100- og 1200-tallet. Selv om Norge var blitt samlet under en konge på 900-tallet, var dette en meget løs samling⁹. Kongens makt var basert på rikdom og styrke, og ikke på makt utøvet gjennom institusjonelle strukturer.

Samfunnet var dermed meget fragmentert og lokalt styrt. Borgerkrigene fra 1130 til 1217 skapte utpreget kaos og uro i Norge.

Kirken var den rake motsetning til kongemakten i 1153. Den kunne produsere og håndheve regler i sin jurisdiksjon¹⁰, den hadde et effektivt byråkrati og forvaltet store landarealer og rikdom. Dette var mulig blant annet fordi kirken var en del av pavekirken i Roma. Dette var blant samtidens mektigste og rikeste organisasjoner, og biskopen i Nidaros kunne bruke den intellektuelle kapitalen til den internasjonaliserte kirken for å bygge opp en effektiv kirkemakt i Norge. Kirkens stabilitet ga den en vidtgående makt og jurisdiksjon.

Borgerkrigene førte til mange drap, noe som igjen førte til mange feider og krav på blodhevn. Denne uroen kunne ikke kirken rydde opp i, til tross for sin institusjonelle styrke. Den verdslige jurisdiksjonen sin fysiske makt måtte organiseres i mer stabile institusjoner for å kue volden i samfunnet. Etter borgerkrigene hadde kongen fått konsolidert sin fysiske makt, men denne politiske endringen ledet ikke en endring i rettskulturen uten videre.

Det var både en idealistisk og politisk interesse for kirken å skape stabilitet i samfunnet.

Kirken spilte derfor en svært viktig rolle i å avskaffe hevninstituttet. Kirken i Europa hadde siden 900-tallet gitt lover og regler mot å gjøre overfall mot kirken og kirkens tjenere som del av et større fredslovgivningsprosjekt¹¹.

⁸ Ibid s.x

⁹ Ibid s.39

¹⁰ Ibid s.66

¹¹ Ibid s.65

Håkon IV sin lovbok fra 1260 ble gitt på bakgrunn av prosjektet om landsfreden¹². Med kirkens hjelp kunne kongen legitimere sin lovgivningsmyndighet i Guds vilje. Kirkens prosjekt ble dermed overtatt av kongen, men den verdslige jurisdiksjonen fikk en fast struktur å kunne nå konkurrere med den kirkelige jurisdiksjonen.

Da Magnus Lagabøte ga sin nye landslov i 1274 kan vi se at også hvordan konfliktløsning skulle håndteres var påvirket av kirkens struktur og organisasjon. Kirkerettene var delt inn hierarkisk på tre nivå med erkebiskopen som øverste dommer. På samme måte ble konfliktløsningen sentralisert på tingene i Landslova, og de ble inndelt på tre nivå hvor kongens sto alene som øverste dommer. Når kongen kunne utøve makt gjennom en sentralisert konfliktløsningsmekanisme førte dette til at forestillingen om kongens myndighet som sentral og landsdekkende lovgiver festnet seg for alvor i den norske rettskulturen.

Kirken påvirket imidlertid ikke bare norsk rettskultur sin institusjonelle struktur. Kirkens utpregede internasjonale karakter gjorde at den hadde en intellektuell kapital som kongens menn ikke kunne måle seg med på 1100- og 1200-tallet.

Kirkens inntekter og nettverk i Europa gjorde at biskoper og prester kunne sendes ut til de europeiske universitetene og ta med seg de nyeste juridiske oppdagelsene tilbake til Norge. En sentral juridisk nyvinning som kom til Norge via den juridiske utdannelsen i kirken var rettslig differensiering.

Gjennom studier av den romerske rettssamlingen «Digesta»¹³ og samlingen av pavelige dekret «Decretum Gratiani», som det fantes en kopi av i Nidaros på 1160-tallet¹⁴, ble kirken kjent med teknikker for å skille saker fra hverandre på et bredere grunnlag enn bare den objektive handlingen. Intensjonen bak og omstendighetene rundt det som hadde inntruffet gjorde det mulig vurdere uhell og forsettlig skadeforvoldelse ulikt. Dette var en langt mer avansert metode enn den analogibaserte metoden i den verdslige rettskulturen som utelukkende fokuserte på det objektive.

Denne teknikken ble brakt inn i Landslova, blant annet i lovgivningen om tyveri.¹⁵ Teknikken åpnet for en større endring i rettskulturen, nemlig at rimelighet som et rettferdighetsideal kunne realiseres. Siden rettsvirkningen ikke lenger bare var basert på et objektive vonde som

¹² Ibid s.66

¹³ Ibid s.145

¹⁴ Ic

¹⁵ Ibid s.146

skulle gjenopprettes, kunne ta man ta hensyn til skadevolderen og samfunnet for øvrig og finne en konkret rimelig løsning.

Grunnen til at rimelighet tok til som et rettferdighetsideal er sammensatt, men en sentral del er at det var antatt at det var på dette grunnlaget Gud avgjorde alle spørsmål. Dette kommer til uttrykk i Kongsspeilet der idealet illustreres nettopp ved å sitere Bibelen.¹⁶

Siden rimelighetsidealet kunne operasjonaliseres gjennom differensieringsteknikken fra kirken, opererte Landslova med en åpen rettskildelære,¹⁷ hvor den verdslige og feilbarlige loven sin ordlyd kunne justeres etter hva som var konkret rimelig hvis loven var for streng eller lempelig i en sak.

Innføringen av Landslova i 1274 var imidlertid også begynnelsen på reduksjonen av kirkens makt og jurisdiksjon. Landsloven førte til flere forlik mellom stat og kirke om hvor jurisdiksjongrensene skulle gå¹⁸, men siden kongemakten institusjonelle strukturer var styrket, ble kirkens makt redusert i forhold til i 1153. Denne utviklingen fortsatte gradvis. Den verdslige makten ble etterhvert en mer populær rettsorden enn kirken når jurisdiksjonene overlappet, delvis fordi den anvendte regler som i større grad var basert på rimelighet¹⁹ og som i større grad kunne svare på samfunnets behov.

Etter reformasjonen falt de kirkelige institusjonene raskt helt bort som en statsmakt, noe som skapte behov for store reformer i det norske samfunnet. Disse reformene la til rette for en større utvikling av norsk rettskultur, men som en rettslig institusjon kom ikke religion til å noen betydning for denne utviklingen.

2.2

Gjennomgangen av religionens forhold til og påvirkning av den norske rettskulturen danner det historiske bakteppet for hvordan forestillingen om kirkeasylet oppsto. På denne bakgrunnen skal jeg undersøke hvordan man kan bruke rettshistoriske betraktninger til å argumentere for at kirkeasyl er et institutt med rettslige virkninger i dag, og hvilke krav man må stille til slike betraktninger.

Kirkeasylet må ha et rettslig grunnlag for å være unntatt statens territorialhøyhet. Siden dette ikke er hjemlet i lov, er grunnlag i en rettslig bindende sedvane et naturlig utgangspunkt.

¹⁶ Ibid. 150

¹⁷ Ibid S.155

¹⁸ Ibid s.132-133

¹⁹ Ibid s.152-153

Dette er en bred vurdering av alle relevante rettskildefaktorer, men hvor de tradisjonelle vilkårene for sedvane, en langvarig praksis som er fulgt i den tro at den er rettslig bindende, er særlig veiledende for vurderingen.²⁰

Dersom en skal bruke betraktninger om rettsulturens historiske utvikling i denne vurderingen kan det tenkes at de brukes som reelle hensyn. Relevansen av betraktningene er imidlertid langt mer begrunnet om de kan knyttes opp til tradisjonelle vilkårene for sedvane.

Mellomkirkelig råd²¹ slår fast at kirkeasylet var en rettslig institusjon frem til reformasjonen. Dette kan vi se i lys av jurisdiksjonsskillet i statsmakten i del 2.1. Kongens makt rakk ikke inn til kirkerommet, som lå under åndelig jurisdiksjon. Fredslovgivningen som var innarbeidet i kongens rett respekterte også kirkerommet som hellig og ukrenkelig, og det var derfor et forbud mot å bruke tvang og vold på kirkegrunn.²²

Etter reformasjonen falt kirken som statsmakt bort, og den ble gjort til en del av kongens forvaltning som en statskirke, og følgelig underlagt kongens jurisdiksjon. Dermed forsvant den rettslige virkeligheten som ga kirkeasylet reell virkning, og kirkeasyl ble ikke påberopt i nyere tid før 1993.²³

Man kan likevel ikke slutte fra dette at det ikke foreligger en langvarig praksis. Vilåret krever ikke at det må ha oppstått konflikter om praksisen jevnlig.²⁴ Årsaken til at kirkeasyl ikke hadde blitt påberopt i tiden etter reformasjonen kan være at problemstillingen ikke ble aktualisert før i nyere tid.

Kirken oppfordret ikke til asyl, og hadde derfor ingen formell ordning eller tradisjon som opphørte ved reformasjonen. Instituttet oppsto som en følge av forestillingen om at kirken var et hellig og spesielt sted, og dermed underlagt en annen jurisdiksjon. Dersom denne forestillingen har bestått frem til i dag som en del av norsk rettskultur og den oppfattes som rettslige bindende, er det vektige argumenter i retning for at det foreligger en sedvane.

Man kan se at selv etter den kirkelige jurisdiksjonen ble en del av én enkelt statsmakt, så har respekten for kirkerommet bestått frem til i dag.²⁵ Tradisjonen for våpenhus i kirkens inngang er et symbol på at man går inn i et rom uten vold og tvang, også i dagens kirker. Forestillingen

²⁰ Eckhoff s.266-268

²¹ Eksamensvedlegg s.4

²² Ludvigsen s.4

²³ Eksamensvedlegg s.4

²⁴ Ludvigsen s.5

²⁵ Eksamensvedlegg s.5

er synlig i språket vårt. Å gjøre noe svært upassende er «å banne i kirka». Den kom også til syne da spørsmålet om kirkeasyl ble aktuelt i nyere tid. Frem til episoden på Fitjar i år, har det offentlige latt være å hente asylantene med makt nettopp på grunn «av respekt for kirken».²⁶

Siden det offentlige kvier seg for å gripe inn med tvang for å oppløse kirkeasylet kan det tyde på at kirkerommet ikke bare nyter en spesiell kulturell status, men også en spesiell rettslig status. Det kan dermed argumenteres for at forestillingen om kirken som et hellig sted har en langvarig og ubrutt tradisjon i norsk rettkultur.

Vilkåret om forestillingen er oppfattet som rettslig bindende har nær sammenheng med om det er en rettskulturell forestilling. Rettskulturelle elementer er med på å forme innholdet i retten, og kan således brukes for å begrunne innholdet i gjeldende rett. Likevel må man ha et bevisst forhold til hvilke rettskulturelle forestillinger som er relevante i argumentasjonen.

Vi har sett at kirkeretten i middelalderen har hatt stor historisk påvirkning på rettskulturen i Norge. Flere av disse forestillingene har bestått til i dag og har et utslag i hvordan rettsreglens innhold formes. Domstolhierarkiet som består tre nivå med generalistdommere har sin rot i de kirkelige domstolene. Rettslig differensiering er en teknikk som ingen norsk jurist ville ha vært foruten, og rimelighet som en lovkorrigerende rettskilde finnes i form av reelle hensyn. Dette er dyptsittende forestillinger om rettens innhold som har en definisjonsmakt som er med på å forme innholdet i de konkrete rettsreglene.

Samtidig har disse forestillingene har blitt operasjonalisert gjennom domstolene og lovgivningen, også etter reformasjonen. Det er her relevansen av historiske rettskulturelle betraktninger må vurderes. Historiske ideer og forestillinger om retten må operasjonaliseres gjennom institusjonslignende praksis for å kunne forme innholdet i retten.

Her treffer vi på begrepet om den vide rettskulturen som ble nevnt i del 1. Den ikke-rettslige karakteren til disse forestillingene gjør at de ikke operasjonaliseres i rettskulturen, og at de ikke har noen definisjonsmakt ovenfor gjeldende rett. Dette kan være tilfellet om kirkefreden kun oppfattes som en sosial norm.

Det sentrale spørsmålet som den som argumenterer for at kirkeasylet er en rettsinstitusjon må svare på, er om forestillingen om kirken som et hellig sted har vært operasjonalisert i

²⁶ Ibid s.4

rettskulturen på en måte er med på å forme rettens innhold, og derfor er en del av den snevre rettskulturen.

Det er dette spørsmålet det mellomkirkelige rådets berører i sin betenkning når de skriver: «Kirkeasylet lever i spennet mellom statsmakten som ikke vil fullbyrde sine vedtak(...), og kirkene som ikke vil be politiet hente(sic) folk ut av kirka».²⁷

Del 3:

Finland og Tyskland har i dag ulike domstolmekanismer til å overprøve lovgivning gitt av parlamentet. En sentral forskjell mellom de to er at det finnes en spesialisert føderal konstitusjonsdomstol i Tyskland uten en tilsvarende domstol i Finland.

Jeg skal undersøke hvordan det føres grunnlovskontroll med lover i finsk rettskultur i dag, og deretter skal jeg kort gjøre rede for hva den tyske føderale konstitusjonsdomstolen er. Deretter skal jeg se nærmere på hvordan en innføring av en konstitusjonsdomstol etter tysk mønster vil påvirke finsk rettskultur. Det vil være et særlig fokus på normproduksjon, konfliktløsning, jordisk metode og internasjonalisering siden det er disse elementene som berøres i størst grad etter innføringen av en finsk konstitusjonsdomstol.

Domstolsprøving av lover sin grunnlovmessighet skaper en rekke statsrettslige spørsmål som kan beskrives rettskulturelt. Både Finland og Tyskland opererer med et maktfordelingsprinsipp. Det vil si at som et klart utgangspunkt som er domstolene avgjørende for konfliktløsning, mens lovgiveren er ansvarlig for normproduksjonen.

Når domstolene kan prøve om parlamentets lovgivning er i samsvar med grunnloven gis de i realiteten en normproduserende rolle ved å avgjøre om en rettskilde skal være bindende eller ikke. Når domstolene håndhever konstitusjonelle rettigheter ved å sette motstridende lover til side, går de også langt i å forme innholdet i grunnloven og hvordan den skal tolkes.

Strukturen på det finske domstolsystemet i dag er i hovedsak tosporet. De fleste saker behandles av de alminnelige domstolene, med unntak av forvaltningssaker. Disse behandles av egne forvaltningsdomstoler. Ved spørsmål om en lov er i strid med *grundlagen*, er alle domstolene kompetente til å prøve dette spørsmålet.

²⁷ Eksamensvedlegg s.8

Prøvingsretten som følger av grunnlovens §106 er imidlertid forholdsvis begrenset. En lov kan bare settes til side dersom den *«uppenbart skulle strida mot grunnlagen»*. Det er bare ved klar konflikt at domstolene kan sette til side parlamentets lovgivning og dermed aktivt definere en konstitusjonell norm.

Det er en klar forutsetning i forarbeidene til bestemmelsen at det er parlamentets konstitusjonskomité som har hovedansvaret for å avgjøre om en lov er i samsvar med grunnloven.²⁸ Komiteen går langt i å tolke grunnlovens innhold når den gjennomfører kontrollen.

Det er derfor en todelt kontroll med lovers grunnlovmessighet i Finland. Det er den lovgivende makt selv som vurderer en lov opp mot grunnlovens innhold, og domstolene foretar en supplerende kontroll etter loven trer i kraft.

Selv om domstolene formelt spiller en rolle i kontrollen med lover sin grunnlovmessighet, er bemerkelsesverdig i hvor liten grad de finske domstolene benytter seg av denne muligheten. De unngår som regel å overprøve konstitusjonskomiteen sin vurdering, og de går langt i å tolke vekk klar konflikt med grunnloven.²⁹

Tilbakeholdenheten i domstolskontrollen har en sammenheng med metodebruken til de finske domstolene. Tradisjonelt har den finske rettskulturen vektlagt en sterk legalisme. Deduksjon fra lovens ordlyd og forarbeider ble ansett som formelt bindende rettskilder som domstolene måtte følge. En slik metodisk holdning innebærer at det er parlamentet, og særlig konstitusjonskomiteen, som i stor grad definerer og tolker innholdet i grunnloven, og ikke domstolene

Finsk juridisk metode er i endring i dag. Europeiseringen av finsk rett som tok til på 90-tallet skapte et behov for en mer tilpassningsdyktig metode. I dag har rettskildene fått en flatere struktur, og rettskildebildet har blitt bredere.³⁰ Rettspraksis og prinsipper har fått en større rolle i metoden, noe som tillater en mer aktiv domstolskontroll med lovers grunnlovmessighet.

Når domstolene fortsatt spiller en beskjeden rolle skyldes dette at overgangen til en ny metode går sakte. Den eldre deduktive metoden har en lang og betydningsfull historie i finsk rettskultur. Legalismen var et instrument for å modernisere Finland og unngå russisk

²⁸ Lavapuro s.517

²⁹ Nylund s.295

³⁰ Ibid s.304

påvirkning.³¹ Den sitter derfor dypt i den finske rettskulturen, og det vil ta tid før overgangen til en ny metode er fullført.

Den tyske føderale konstitusjonsdomstolen har et langt mer spesialisert mandat enn de finske domstolene. Den behandler kun spørsmål om grunnlovmessigheten til lover og forvaltningsvedtak, og tar ikke stilling til realiteten i saken.³² Dommerne er spesialister på konstitusjonell rett og er ansett som å være blant de fremste juristene i Tyskland.

Et viktig særtrekk som skiller domstolen fra alle øvrige domstoler i Tyskland, er at konstitusjonsdomstolen sine avgjørelser har samme virkning som et vedtak fra Bundestagen.³³ Fordi domstolsavgjørelser som regel ikke har noen bindende virkning i tysk rettskultur, er dette nødvendig for å gi domstolens avgjørelser rettslig virkning.

Innføringen av en grunnlovsdomstol etter mønster på den tyske ville øyeblikkelig ha skapt en endring i domstolstrukturene i Finland. I dag er det to øverste domstoler som er autoritetene i domstolskontrollen med lover. Denne autoriteten ville bli samlet i konstitusjonsdomstolen som da vil avgjøre spørsmålet om lovers grunnlovmessighet prejudisielt for de øverste domstolene.

Konstitusjonsdomstolen ville også innebære en overføring av deler i parlamentets rolle i den konstitusjonelle normproduksjonen. Den tyske konstitusjonsdomstolen er ikke bundet av parlamentets vurdering av lovens grunnlovmessighet, men er alene bundet av «*Gesetz und Recht*»³⁴, lov og rett. Det gjelder heller intet krav for domstolen om klar motstrid for å sette en lov til side som grunnlovsstridig, slik som kreves av de finske domstolene i dag.

En finsk konstitusjonsdomstol etter tysk mønster ville derfor hatt en langt friere prøving av lovens forhold til grunnloven enn i dag. Den ville også ha en markert større rolle i å tolke selve grunnlovens innhold og hvilke rettigheter den garanterer. Når domstolens avgjørelser i tillegg vil ha lovs kraft innebærer dette en større rolle for domstolskapt normgivning.

Et spørsmål er imidlertid om domstolen vil ta i bruk den utvidede muligheten til å føre domstolskontroll med lovgivningen. Det har vært tydelig at den tradisjonelle legalismen fortsatt gjør at domstolene ikke har vært komfortable med å drive med aktiv domstolskontroll. Den tyske konstitusjonsdomstolen er kjent som en dommeraktivistisk domstol som avviker

³¹ Ibid s.303

³² Koch s.181

³³ Ibid s.186

³⁴ Den tyske grunnloven §1

fra det tyske synet på at juridiske spørsmål kun har ett korrekt svar, noe som illustreres ved at det er den eneste domstolen som publiserer dissenser i Tyskland.³⁵

Det kan tenkes at en slik dommeraktivisme som en konstitusjonsdomstol tillater passer så lite med den legalistiske og apolitiske dommertradisjonen i finsk rettskultur at domstolen får liten reell påvirkning på finsk rettskultur.

Samtidig er den finske rettskulturen gjenstand for en økt grad av internasjonalisering. Som medlem av blant annet EMK og EU mottar Finland en stor mengde internasjonal rett, som skaper en utfordring for den legalistiske tradisjonen som baserer seg på nasjonal lovgivning. Dette har skapt et behov for å harmonisere den finske lovgivningen med den europeiske. Denne prosessen ledes an av domstolene, og har ledet til den pågående endringen i den finske metoden.³⁶

Internasjonaliseringen skaper også et behov for å avklare hvilken rolle konstitusjonelle rettigheter har i forhold til resepsjonen av internasjonal rett og å harmonisere disse rettskildene. Som vi har sett så har domstolene vært tilbakeholdne med å føre en slik kontroll med lovgivningen. Domstolene har ofte sagt seg fornøyde med å konstatere at vernet om menneskerettigheter er i samsvar EMD sin praksis, fremfor å vurdere lover opp mot de rettighetene som følger av grunnloven.³⁷ Domstolene har også veket fra å ta stilling til konstitusjonelle spørsmål om lovgivningsmyndighet mellom EU og parlamentet gjennom å aktivt anvende EU-konform tolkning for å tolke vekk motstrid.³⁸

Ved opprettelsen av en domstol bestående av spesialister med et spesifikt mandat til å behandle konstitusjonelle spørsmål vil være egnet til å ta ansvaret for å harmonisere tilførselen av internasjonal rett med de konstitusjonelle rettighetene.

Den konstitusjonelle domstolen vil ikke ha den samme tradisjonelle forestillingen om legalisme, og den sannsynligvis kunne ta i bruk den nyere juridisk metode for å aktivt tolke grunnloven. Det er naturlig å anta domstolen dermed vil videreutvikle denne metoden på en måte som mer effektivt identifiserer innholdet i grunnloven og som gjør at harmoniseringsteknikkene blir mer sofistikerte. Den konstitusjonelle domstolen vil fatte prejudisielle avgjørelser i saker som reiser konstitusjonelle spørsmål som domstolene vil være bundet av. Hvis konstitusjonsdomstolen leder an i en aktiv anvendelse av nyere juridisk

³⁵ Koch s.182

³⁶ Nylund s.309

³⁷ Lavapuro s.523

³⁸ Ibid s.515-516

metode for å harmonisere nasjonale konstitusjonelle rettigheter og europeisk rett, kan dette føre til at de øvrige domstolene ser til den konstitusjonelle domstolen når de selv skal ta stilling til forholdet mellom nasjonal og internasjonal rett.

Den økte graden av internasjonalisering på 90-tallet skapte en uro i finsk rettskultur som har ført til det pågående skiftet i den juridiske metoden. Innføringen av en konstitusjonsdomstol vil derfor ikke bare innebære et strukturelt skifte om hvordan konstitusjonelle normer produseres. Behovet for å tilpasse finsk rett til den stadige økende mengden med internasjonale og nasjonale rettskilder gjør det mulig å anta at innføringen av en konstitusjonsdomstol vil forankre og øke hastigheten på dette skiftet, og at domstolen vil tjene som et forbilde for utviklingen.

Litteraturliste:

- «En betenkning om kirkeasyl», 2014, vedlegg til eksamen
- T. Eckhoff, «Rettskildelære», 5. utgave, Oslo, 2001
- S. Koch «An Introduction to German Legal Culture», i S. Koch mfl., «Comparing Legal Cultures», Bergen, 2017, s.171-214
- J. Lavapuro mfl., «Rights-based constitutionalism in Finland and the development of pluralist review», International Journal of Constitutional Law, volume 9, issue 2, 2011, s.505-531
- G. Ludvigsen, «Kirkeasylbevegelsen i Norge. Forsøk på noen juridiske avklaringer», Institutt for rettsvitenskap: skriftserie nr. 22, 1994
- A. Nylund «An Introduction to Finnish Legal Culture», i S. Koch mfl., «Comparing Legal Cultures», Bergen, 2017, s.285-311
- J. Ø. Sunde, «Speculum legale – rettspegelen», Bergen, 2005
- J. Ø. Sunde, «Champagne at the Funeral», i J. Ø. Sunde og K. E. Skodvin, «Rendezvous of European Legal Cultures», Bergen, 2010, s.11-28
- J. Ø. Sunde «Managing the Unmanageable», i S. Koch mfl., «Comparing Legal Cultures», Bergen, 2017, s.13-26