

# Rettsliggjøring – et demokratisk problem?

Universitetet i Oslo



Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 561

Leveringsfrist: 26.04.10

Til sammen 10008 ord

26.04.2010

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Fremstilling	1
1.3	Avgrensning	1
<b><u>2</u></b>	<b><u>MAKT OG DEMOKRATIUTREDNINGEN</u></b>	<b><u>2</u></b>
2.1	Bakgrunn og innledning	2
2.2	Begrepsavklaring	3
2.2.1	Rettsliggjøring	3
2.2.2	Demokrati	4
2.2.3	Makt	5
2.3	Maktutredningens konklusjoner	5
2.3.1	Politikken blir rettighetsfestet	5
2.3.2	Maktfordeling og domstolsmakt	9
2.4	Oppsummering av Maktutredningens syn	12
<b><u>3</u></b>	<b><u>KRITIKK AV MAKTUTREDNINGEN</u></b>	<b><u>14</u></b>
3.1	Innledning	14
3.2	Kristian Andenæs	15
3.3	Francis Sejersted	18
3.4	Morten Kinander	19
3.5	Eivind Smith	22

<b>3.6</b>	<b>Eli Feiring</b>	<b>23</b>
<b>3.7</b>	<b>Regjeringens syn</b>	<b>24</b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>STØTTE</u></b>	<b><u>26</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Regjeringsadvokaten</b>	<b>26</b>
<b>4.2</b>	<b>Kommunenes Sentralforbund</b>	<b>28</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>DOMSTOLSKONTROLL</u></b>	<b><u>29</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>29</b>
<b>5.2</b>	<b>Erik Boe, Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?</b>	<b>29</b>
<b>5.3</b>	<b>Kristian Skagen Ekeli, Hvem skal vokte vokterne?</b>	<b>33</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>DRØFTING OG KONKLUSJON</u></b>	<b><u>36</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Rettslig regulering som frihetsforutsetning</b>	<b>36</b>
<b>6.2</b>	<b>Konklusjon</b>	<b>38</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>39</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Bøker</b>	<b>39</b>
<b>7.2</b>	<b>Nettdokumenter</b>	<b>39</b>
<b>7.3</b>	<b>Norske lover</b>	<b>40</b>
<b>7.4</b>	<b>Forarbeider</b>	<b>40</b>
<b>7.5</b>	<b>Dommer</b>	<b>40</b>
<b>7.6</b>	<b>Nettadresser</b>	<b>40</b>



## 1 Innledning

### 1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Oppgaven dreier seg om Makt og Demokratiutredningens påstand om at det foregår en rettsliggjøring av politikken, og at dette synes å være et demokratisk problem. Det vil bli redegjort nærmere for hva som ligger i denne påstanden, samt kritikken og støtten som har kommet i kjølvannet av den. Problemstillingen blir da: I hvilken grad kan rettsliggjøring sies å være et demokratisk problem?

### 1.2 Fremstilling

I kapittel 2 vil jeg fremlegge maktutredningens syn på rettsliggjøringsspørsmålet. Videre har jeg valgt meg ut noe av den kritikken som har kommet som resultat av Maktutredningens konklusjoner, og jeg forsøker å gjengi hovedpunktene i disse i kapittel 3. I kapittel 4 ser jeg på de organer som har uttrykt seg støttende til rettsliggjøringspåstanden. For å belyse forholdet mellom makt og rett har jeg i kapittel 5 sett nærmere på domstolskontrollen. Til slutt, i kapittel 6 prøver jeg å komme med noen personlige synspunkter, og i tillegg samle trådene for å kunne konkludere om problemstillingen.

### 1.3 Avgrensning

Når det gjelder rettsliggjøring kan begrepet i hovedsak deles opp i to. For det første kan vi snakke om den nasjonale rettsliggjøringen. Altså lovgivning med direkte utspring fra det norske storting. I tillegg kommer den internasjonale rettsliggjøringen. Lovgivning som blir gjort til norsk rett som følge av internasjonale avtaler Norge er en del av. Eksempelvis EØS-avtalen og andre traktatforpliktelser.

Det foregår altså en internasjonal rettsutvikling som maktutredningen tillegger stor vekt i rettsliggjøringsspørsmålet. Jeg vil i denne oppgaven likevel konsentrere meg om den nasjonale delen av rettsliggjøringsdebatten, men det er viktig å ha det internasjonale, og spesielt det europeiske perspektivet i bakhodet, på grunn av den påvirkningskraften dette har på den nasjonale retten.

## 2 Makt og Demokratiutredningen

### 2.1 Bakgrunn og innledning

13.03.1998 ble det i statsråd oppnevnt en forskergruppe som fikk i mandat å utrede makt og demokrati over en femårsperiode. Hovedtemaet skulle være vilkårene for det norske folkestyret og endringene i disse.<sup>1</sup> Forskergruppen bestod for uten om lederen, Professor Øyvind Østerud (Institutt for statsvitenskap, UIO) av; Professor Fredrik Engelstad (Institutt for samfunnsforskning), Professor Siri Meyer (Senter for europeiske kulturstudier, UIB), Per Selle (Rokkansenteret, UIB) og Professor Hege Skjeie (Institutt for statsvitenskap, UIO).

Konklusjonene fra arbeidet er samlet i boken Makten og demokratiet – En sluttbok fra Makt-og demokratiutredningen (2003), av Østerud, Engelstad og Selle, samt utgitt som en rapport i form av NOU 2003:19 (Makt og demokrati). Det nevnes her at Hege Skjeie og Siri Meyer ikke kunne slutte seg til flertallet av utredningens konklusjoner og leverte derfor egne særuttalelser.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Østerud, Engelstad og Selle (2003) s. 9

<sup>2</sup> NOU 2003:19, kapittel 14

Maktutredningen fremstår som en slags tilstandsrapport på en rekke utvalgte områder som knytter seg til det norske samfunns maktorganer. Det er den særskilte delen som handler om rettsliggjøring jeg her vil ta for meg. Utredningen tar opp temaet om rettsliggjøring i sluttbokens kapittel 7 og NOU 2003:19, kapittel 6. Det er ut fra disse to kilder jeg fremlegger utredningens syn på rettsliggjøringsspørsmålet.

## 2.2 Begrepsavklaring

### 2.2.1 Rettsliggjøring

Det kan først være nyttig å se nærmere på selve begrepet rettsliggjøring. I og med at det er Maktutredningen som har vært utgangspunktet for den senere tids diskusjon om emnet, er dennes definisjon interessant. Den slår fast at; ”*Rettsliggjøring* innebærer at større områder og flere detaljer i samfunnslivet er regulert av lover og direktiver, at domstolers og andre rettslige institusjoners beslutningskompetanse øker på bekostning av politiske og administrative organer, og at interesser i økende grad blir formulert som rettskrav.”<sup>3</sup>

Rettsliggjøring er altså den prosessen som skjer når et område av samfunnet går fra å være enten uregulert eller kun underlagt politisk beslutningsmyndighet av folkevalgte organer, til å ta form som et rettskrav som kan etterprøves av domstoler og domstolslignende organer. Dette kan da føre til en forskyvning av makt fra politikken til retten.

Regjeringen sier dette om rettsliggjøring; ”Formålet med begrepet rettsliggjøring er å settes søkelys på forhold som bidrar til å flytte vedtakskompetanse, og dermed makt, *fra* folkevalgte organer *til* domstoler eller til domstolspregede, rettslige organer – utenfor folkevalgte organers direkte kontroll. Forhold som tidligere lå innenfor de folkevalgtes kompetanseområde flyttes over til rettslige organer, og de politiske organenes makt begrenses tilsvarende. I og med at domstolene ikke gjøres politisk ansvarlige gjennom

---

<sup>3</sup> Østerud, Engelstad og Selle (2003) s. 116

jevnlige valg, hevder utredningen at vedtaksmakt – med både politiske og økonomiske konsekvenser – i mindre grad følges av et tilsvarende politisk ansvar.”<sup>4</sup>

Andre innfallsvinkler til begrepet har også vært benyttet. Thomas Mathisen ser på rettsliggjøring som en slags omdanning av politiske konflikter til å få en ny, juridisk karakter.<sup>5</sup> Dette kan føre til at vesentlige deler av konflikten sees bort fra og ansees som juridisk irrelevant.

### 2.2.2 Demokrati

Demokrati vil i sin korteste form si en styreform der folket har den avgjørende makt.<sup>6</sup> Ideen er at hver borger, som er stemmeberettiget, skal ha hver sin likeverdige stemme uavhengig av sin rolle i samfunnet. I og med at det ikke er særlig praktisk at borgerne skal stemme over den minste lille beslutning til enhver tid, representeres derfor folket normalt gjennom en nasjonalforsamling (Stortinget i Norge).

Maktutredningen presiserer at det finnes forskjellige tilnærminger til demokratibegrepet, og peker på fire ulike måter å tolke det på.<sup>7</sup> For det første kan man se på demokrati som en statsform med folkestyre. For det andre som rettigheter og rettsstat. For det tredje som aktiv deltakelse. Og sist som et felles verdigrunnlag hvor man har en grunnleggende tillitt til borgernes evne til å medvirke.

I denne oppgaven blir sontringen mellom demokrati som folkestyre, og demokrati som rettigheter viktig. Rundt disse to betydningene av demokratibegrepet ligger mye av grunnlaget for kritikken som har kommet som følge av Maktutredningens konklusjoner.

---

<sup>4</sup> Stortingsmelding nr. 17 (2004-2005) kapittel 3.4.2

<sup>5</sup> Mathiesen (2005) s. 201

<sup>6</sup> <http://www.dokpro.uio.no/ordboksoek.html>

<sup>7</sup> Østerud, Engelstad og Selle (2003) s. 19



### 2.2.3 Makt

Sosiologen Max Weber har definert begrepet makt som; ”et eller flere menneskes sjanse til å sette gjennom sin egen vilje i det sosiale samkvem, og det selv om andre deltakere i det kollektive liv skulle gjøre motstand.”<sup>8</sup> I denne sammenheng tenker vi på de øverste maktorganene i det norske samfunn, nemlig Stortinget, regjeringen og domstolene, som deler makten seg i mellom i henhold til Montesquieus maktfordelingsprinsipp. Dog i en noe modifisert utgave, med tanke på parlamentarismen som skaper et avhengighetsforhold mellom storting og regjering.

Maktutredningen definerer makt som en ”...evne til å gjøre en forskjell, nå et mål, skape en virkning, enten direkte i beslutnings- og tvangssituasjoner eller indirekte gjennom symboler, institusjoner og sosiale strukturer.”<sup>9</sup>

## 2.3 Maktutredningens konklusjoner

Maktutredningen setter i kapittel 7 i sluttboken og kapittel 6 i rapporten fokus på det de ser på som en økende rettsliggjøring av samfunnet. Det pekes på en utvikling i form av en forskyvning av makt fra politisk og administrative organer til rettslige organer. Dette følger som en konsekvens av den økende detaljstyringen, som i større og større grad blir formulert som rettskrav.

### 2.3.1 Politikken blir rettighetsfestet

Det mest åpenbare trekk i denne prosessen er den tiltagende mengden av såkalt rettighetslovgivning. Som eksempler nevnes blant annet rettigheter på helse, velferd og utdanningsområdet. Det vil si at man nå, på disse områdene, har mye lovfestede rettigheter som kan etterfølges gjennom domstolsapparatet. De er ikke lenger direkte underlagt

---

<sup>8</sup> <http://nn.wikipedia.org/wiki/Makt>

<sup>9</sup> Østerud, Engelstad og Selle (2003) s. 15

politisk beslutningsmyndighet gjennom flertallsvedtak. Med loven i hånd trengs altså ikke lenger den politiske vilje for å få gjennomført et vedtak. Alle borgere som fyller kravene får dermed en lik rettighet. På denne måten overføres, og dermed svekkes, makten fra representative organer til fordel for rettslige organer, som da gjensidig styrkes. Det er denne forskyvning av styrkeforholdet mellom folkevalgte organer og rettslige organer Maktutredningen ser på som en utfordring for demokratiet. ”...skillet mellom lovgivning og lovførtolkning viskes ut.”<sup>10</sup>

Alle de nye rettighetene kan skape problemer når det kommer til gjennomføringen. Staten skaper en plikt overfor individene i form av lovgivning, men det er ofte kommunene som skal yte tjenestene som følger av denne rettsliggjøringen. Et krav om for eksempel sykepenges behandling på kommunalt nivå. Dette kan skape kollisjoner mellom krav en rettighetshaver har i medhold av lov på den ene side, og økonomiske bevilgninger i kommunenes budsjetter på den annen side. Kommunene blir da stående igjen med krav om ytelse overfor borgerne, som de får vanskeligheter med å gjennomføre. Hadde det ikke vært for rettsliggjøringen kunne det som nå har blitt rettskrav, heller vært underlagt kommunenes bevilgningsmyndighet. Maktutredningen påpeker at dette ”...begrenser spillerommet for det lokale selvstyret.”<sup>11</sup>

En uheldig følge kan være et innslag av vilkårlighet i saksbehandlingen. De rettighetshavere som sterkest kan stå på sine krav har større mulighet til å få gjennomslag for sine interesser. Bruk av for eksempel advokattjenster og annen retts hjelp kan derfor bli utslagsgivende for utfallet av de enkelte saker. Også ved bruk av massemedier har man muligheten til å få oppmerksomhet rundt saker og på denne måte skape et press på beslutningstagerne, som kanskje folk flest ikke har muligheten til. Maktutredningen påpeker at dette er en direkte følge av rettsliggjøringen.<sup>12</sup> Man ser her at det likevel oppstår konsekvenser, som rettighetslovgivning var ment å virke mot. Et hovedpoeng med å

---

<sup>10</sup> Østerud, Engelstad og Selle (2003) s. 116

<sup>11</sup> NOU 2003:19, kapittel 6.2

<sup>12</sup> NOU 2003:19, kapittel 6.2

rettighetsfeste visse ytelser fra det offentlige, vil nettopp være at det skal være uavhengig av hvilken mulighet den enkelte har til å kjempe for sine rettigheter.

### 2.3.1.1 Pasientrettighetsloven som eksempel

Et godt eksempel på den senere tids rettsliggjøring er rettighetene pasienter har fått i form av den relativt nye pasientrettighetsloven.<sup>13</sup> Dette illustrerer overgangen for et profesjonsområde (helsesektoren) som i stor grad går fra å være underlagt sin egen autonomi, til å bli mer rettslig styrt.

Ved å se på pasientrettighetslovens forarbeider kan vi få et innblikk i rettsliggjøringsprosessen. I NOU 1992:8 gjør Ståle Eskeland rede for hensyn som taler for og imot å rettighetsfeste området.

Generelle beskrivelser om rettighetsfesting er omtalt i kapittel 2.4.5. Hensikten er altså at kommunene blir bundet til å handle på bestemte måter fordi staten gir regler om hvordan kommunene skal prioritere. Aktørene som blir rammet av lovgivningen er på den måte klar over at det foreligger bindende normer på det aktuelle området. Om disse normene faktisk blir fulgt er et annet spørsmål, men sjansen for at de som er omfattet av regelverket føler seg forpliktet sees i hvert fall å være større enn at de ikke gjør det.

Hvordan internasjonaliseringen er toneangivende for utformingen av norske regelverk kommer frem av kapittel 2.5.1 i den samme utredningen. Uten at jeg går nærmere inn på dette på grunn av oppgavens avgrensning, ser vi her at Norges folkerettslige forpliktelser er en av årsakene til lovfesting av pasientrettigheter.

I kapittel 2.6 veies hensyn som taler for og imot en lovregulering. Her kommer det frem poenger som kan ha god nytteverdi når man ser på den generelle rettsliggjøringen av samfunnet.

---

<sup>13</sup> Lov 2.juli 1999 nr. 63

Hovedgrunnen for lovfestede pasientrettigheter synes å være at det foreligger tverrpolitisk enighet om å sikre borgerne grunnleggende rettigheter innenfor helse. Disse skal sikres ved at individene selv har en rett de kan kreve fulgt direkte overfor kommunen, i motsetning til at det kun foreligger et internt ansvar mellom stat og kommune.<sup>14</sup> Ved å trekke paralleller til det norske trygdesystemet viser man at den samme rettslige forpliktelsen staten har på dette området, også bør gjelde ved pasientrettigheter. Videre viser det seg at prioriteringer som det er bred enighet om på det nasjonale plan, likevel ikke følges.<sup>15</sup> Derfor må lovregulering brukes som styringsinstrument. Det påpekes likevel at det slurves med gjennomføringen også på områder som allerede er regulerte, og at en rettighetsbestemmelse ikke alltid er tilstrekkelig i seg selv. I tillegg legges det vekt på muligheten for en effektiv domstolskontroll av forvaltningen.<sup>16</sup> Ved klare regler er domstolskontrollen lettere, idet man ikke gir forvaltningen for stor frihet i lovanvendelsen.

I kapittel 2.6.2 føres det opp argumenter som taler imot en rettighetsfesting. Noen av disse kan hjelpe til å belyse generelle utfordringer man kan støte på i en rettsliggjøringsprosess.

Et relevant punkt er de økte kostnadene staten påføres ved å gi borgerne lovfestede rettigheter.<sup>17</sup> Men når kostnadene ses på i et samfunnsøkonomisk bilde, blir de totalt sett kanskje utjevnet sett i lys av de forebyggende virkningene det har å rettshjelpe individene på et tidlig stadium. Videre anføres at begrensinger i den språklige utformingen av rettighetsregler, kan føre til vanskeligheter med å presisere akkurat hva den enkelte skal ha krav på.<sup>18</sup> Eskeland tillegger dette allikevel ikke avgjørende vekt. Mangelen på effektive sanksjonsmidler kan også gjøre seg gjeldende ved rettighetsfesting.<sup>19</sup> Dette øker betydningen av et regelverk det hersker alminnelig enighet om på nasjonalt plan. Likevel

---

<sup>14</sup> NOU 1992:8 kapittel 2.6.1 (1)

<sup>15</sup> NOU 1992:8 kapittel 2.6.1 (2)

<sup>16</sup> NOU 1992:8 kapittel 2.6.1 (3)

<sup>17</sup> NOU 1992:8 kapittel 2.6.2 (1)

<sup>18</sup> NOU 1992:8 kapittel 2.6.2 (2)

<sup>19</sup> NOU 1992:8 kapittel 2.6.2 (3)

finnes det hjemler for sanksjonsmetoder som erstatning, straff, oppsigelse og inndragning av lisens. Allerede eksisterende rettighetsbestemmelser som brytes, kan sette i tvil utformingen av nye. Her anføres av Eskeland at; ”Rettsbrudd i seg selv kan ikke være noe argument mot å vedta regler om rettslig forpliktende prioriteringer”.<sup>20</sup> At det ikke blir satt av tilstrekkelige ressurser til gjennomføringen av nytt regelverk er en annen fare som må tas i betraktning. En vilje fra beslutningstagerne er her nødvendig, og kan oppnås ved å legge forholdene til rette gjennom et godt og håndterlig regelverk.<sup>21</sup>

For å oppsummere dette praktiske eksempelet om rettighetslovgivning gjengir jeg Ståle Eskelands konklusjon i kapittel 2.6.3; ”Etter min oppfatning kan det ikke rettes vesentlige innvendinger mot å lovfeste rett til helse- og sosialtjenester verken av prinsipiell eller praktisk art. Det mest tungtveiende argument som taler for rettighetsfesting er at dette virkemiddel er nødvendig for å få en effektiv gjennomføring av de prioriteringer (verdivalg) som det er enighet om på nasjonalt nivå. Rettighetsfesting på dette område representerer dessuten ikke noe prinsipielt nytt og det er derfor i godt samsvar med norsk rettstradisjon. Rettighetsfesting er også i samsvar med prinsippet om at statlig styring av kommunenes og fylkeskommunenes virksomhet fortrinnsvis skal skje ved lov.”<sup>22</sup>

### 2.3.2 Maktfordeling og domstolsmakt

En litt annen side av rettsliggjøringsproblemet dreier seg om den mer generelle maktfordelingen mellom den lovgivende og den dømmende makt, og den dømmende makts grunnlag. Maktutredningen tar opp dette i NOU 2003:19, kapittel 6.1 og sluttboken s. 117 flg.

---

<sup>20</sup> NOU 1992:8 kapittel 2.6.2 (8)

<sup>21</sup> NOU 1992:8 kapittel 2.6.2 (9)

<sup>22</sup> NOU 1992:8 kapittel 2.6.3

Norge er i likhet med mange andre land et konstitusjonelt demokrati. En konstitusjon (Grunnloven i Norge) legitimerer maktorganenes utøvelse av makt. Det maktutredningen setter spørsmålstegn ved, er graden av den dømmende makts uavhengighet i forhold til den lovgivende makt. Norges selvstendige domstolsmakt skiller seg fra en del andre europeiske land hvor den dømmende makt er mer ”sammensydd” med den lovgivende.

Opprettelsen av domstolsadministrasjonen i Norge i 2002, tegner et klarere bilde av denne uavhengigheten. På deres hjemmeside kan vi lese dette om bakgrunnen for stiftelsen av dette relativt nye forvaltningsorganet; ”...i en rettsstat skal domstolene ikke stå under noen politisk styring eller kontroll i sin funksjon. Dette er en del av vår statsforfatning.

Uavhengighetskravet knytter seg til domstolenes dømmende virksomhet. Administrasjonen av domstolene ble i 2002 derfor gitt en større grad av uavhengighet for å støtte opp om og sikre at den dømmende virksomhet skjer i nødvendig avstand til den utøvende makt.”<sup>23</sup>

Denne avstanden mellom domstoler og folkevalgte organer i lovgivningsprosessen synes for maktutredningen å kunne være et demokratisk problem, i og med at Norge ikke har særskilte forfatningsdomstoler som beskytter konstitusjonen. Slike domstoler finnes i en del andre europeiske land, for eksempel i Tyskland.<sup>24</sup> Den såkalte ”Bundesverfassungsgericht” har i oppgave å verne om den tyske grunnloven. Slike domstoler skaper et bånd mellom nasjonalforsamlingen og den dømmende makt. Domstolene har således et sterkere grunnlag for sin prøving av konstitusjonen. Hvor stor makt domstolene har, avhenger direkte av konstitusjonens utforming.

I Norge har vi altså ikke noen domstol som ene og alene har i oppgave å beskytte grunnloven. Det er de alminnelige domstoler med Høyesterett i siste instans, som har prøvelsesretten hvis det oppstår tvil om lovers grunnlovsmessighet. ”Det ledende synspunkt

---

<sup>23</sup> <http://www.domstol.no>

<sup>24</sup> <http://www.bundesverfassungsgericht.de>

bak prøvelsesretten er at domstolene har til oppgave å anvende både lov og grunnlov, og i konfliktilfelle må de gi grunnloven forrang som den høyere rettskilde.”<sup>25</sup>

Prøvelsesretten betraktes nå som fastslått ved konstitusjonell sedvanerett.<sup>26</sup>

Maktutredningen viser til forskjellen på norske og europeiske forhold. I land med egne forfatningsdomstoler kommer altså domstolsmakten inn på et tidligere tidspunkt. Den ”...konsulteres allerede under lovgivningsprosessen i nasjonalforsamlingen.”<sup>27</sup> Dette fører til at de folkevalgte i større grad må ha domstolene i bakhodet under utarbeidelsen av lover.

I Norge fungerer dette på noe av den samme måten da lovgiverne vet at domstolene har en prøvingsrett i tilfelle lovene som blir utgitt står i en tvilsom stilling til Grunnloven. Men denne prøvingsretten vil da tre inn på et senere tidspunkt, typisk når en sak kommer inn for domstolene. Land med egen forfatningsdomstol har derfor i følge Maktutredningen en sterkere makt over lovgivningsprosessen.

Men til gjengjeld vil norske domstoler kanskje kunne foreta en friere tolkning av en lovs forhold til Grunnloven, når spørsmålet kommer opp til vurdering. Dette kommer an på hvor klar konstitusjonen er på hvilke forhold som skal vektlegges. Den norske Grunnloven er uklar på vekten av ulike rettighetsbestemmelser. I Kløftadommen<sup>28</sup> gjør Høyesterett et skille mellom personlige og økonomiske rettigheter, og tillegger lovgiver et større spillerom når det gjelder å utforme bestemmelser som regulerer økonomisk rettigheter enn de som tar sikte på å verne om den personlige integritet. Men utgangspunktet er altså at domstolene skal legge lovgivers vurdering av lovers grunnlovsmessighet til grunn, og det hviler dermed et selvstendig ansvar på Stortinget i lovarbeidet.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Andenæs (2004) s. 272

<sup>26</sup> Andenæs (2004) s. 272, jf. Rt. 1976 s. 1 (Kløftadommen)

<sup>27</sup> NOU 2003:19, kapittel 6.1

<sup>28</sup> Rt. 1976 s. 1

<sup>29</sup> Andenæs (2004) s. 275

Maktutredningen hevder at en egen rettighetserklæring i Grunnloven ville kunne forskyve forholdet mellom domstoler og lovgivningsmakt i domstolenes favør. Det påpekes at; ”Spillerommet for fortolkning, vekting av ulike rettigheter og tilsidesetting av alminnelig lovgivning ville bli langt større.”<sup>30</sup> Grunnet for å sette til side lovgivning som kommer på kollisjonskurs med individuelle rettigheter ville dermed blitt sterkere.

Høyesteretts rettsskapende virksomhet i form av prejudikatet er en annen side som viser domstolenes makt i Norge. Avgjørelser fattet av Høyesterett er retningsgivende for pådømmelsen av lignende saker som følger i etterkant. Dette kan sees på som en form for lovgivende virksomhet i og med at det tillegges Høyesterett å sette en standard for hvordan lovregler skal forstås og etterfølges.

Domstolenes skjønnsutøvelse er også en viktig faktor som sier noe om maktforholdet mellom lovgivning og lovanvendelse. Lovgiveren lar på denne måten domstolene få myndigheten til nærmere å utforme reglen på bestemte forhold. Det demokratiske spørsmål som ligger i dette, er at ikke-folkevalgte personer som dommere, er de som ”lager” regelen i kraft av sin skjønnsutøvelse. Her kan det være lett å tenke seg at holdninger som stammer fra regelanvenderens personlige preferanser kan spille inn på det som i utgangspunktet er demokratisk skapte regler.

## 2.4 Oppsummering av Maktutredningens syn

Maktutredningens hovedsynspunkt er at et stadig mer rettighetsorientert samfunn kan gå på bekostning av demokratiet. Domstolene får mer makt fordi det er deres oppgave å sikre gjennomføringen av disse rettighetene. De har også tolkningsmakten i tvilstilfeller. Også domstolslignende tiltak som for eksempel voldgiftsinstitusjoner og meklingsorganer får denne makten.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> NOU 2003:19, kapittel 6.2

<sup>31</sup> Østerud, Engelstad og Selle (2003) s. 125



Det demokratiske problem ligger i at makten således blir overført til organer som ikke er direkte underlagt demokratisk kontroll. Domstolene kan ikke kastes ved valg på samme måte som den lovgivende og utøvende makt. Maktutredningen ser det derfor som betenkelig at enkeltindividene tillegges stadig flere rettigheter som det blir vanskeligere for flertallsorganer å rokke ved. De nye rettighetene sees ikke på som en direkte svekkelse av demokratiet, men som en form for såkalt ”tilleggsdemokrati”. Slike ”tilleggsdemokratier” kan være med på å utfylle det, men kan ikke erstatte det ”ekte” demokratiet som forstås som makt i folkevalgte organer.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> NOU 2003:19, kapittel 13.3

### 3 Kritikk av Maktutredningen

#### 3.1 Innledning

Maktutredningens konklusjon om at det foregår en rettsliggjøring av politikken og at dette er en svekkelse av demokratiet har ført til relativt sterke reaksjoner i de juridiske kretser.

At noe så grunnleggende som den demokratiske styreform synes å være truet av rettssystemet er en alvorlig påstand.

Et flertall av høringsinstansene stiller seg uenige i maktutredningens syn. ”*Senter for menneskerettigheter (UiO) , Universitetet i Tromsø , Europabevegelsen , YS , Fagforbundet, Senter mot etnisk diskriminering , Likestillingssenteret , Likestillingsombudet , Fylkesmennene i Møre- og Romsdal , Rogaland, Sør-Trøndelag og Vest-Agder , Senter for kvinne- og kjønnsforskning , Gulating lagmannsrett , Human-Etisk Forbund , Norges Handikapforbund , Norsk Forbund for Utviklingshemmede , Eivind Smith , Stopp Diskrimineringen og Utdanningsgruppenes Hovedorganisasjon* hevder alle at en utvidelse av demokratiet til å omfatte grunnleggende rettigheter utgjør et supplement og ikke står i konkurranseforhold til andre demokratiske grunnprinsipper”.<sup>33</sup>

Kritikken bygger i stor grad videre på det synet Hege Skjeie presenterer i sin særuttalelse i sluttrapporten.<sup>34</sup> Hun tar til orde for at en utvidelse av demokratiet i form av for eksempel å gi borgerne lovfestede rettigheter, er en positiv berikelse snarere enn en forvitring av folkestyret. Tatt ut av sammenheng, men som en beskrivelse av hennes syn, sier hun blant annet dette; ”Men den kjønnspolitiske betydningen av rettighetspolitikk og

---

<sup>33</sup> Stortingsmelding nr. 17 (2004-2005) kapittel 3.3

<sup>34</sup> NOU 2003:19, kapittel 14.2

rettighetsdoktriner handler ofte om muligheter for individuell og kollektiv *bemektigelse*<sup>35</sup> Rettighetslovgivningen bør altså sees på som en del av selve demokratiet, og ikke som en form for tilleggsdemokrati.

### 3.2 Kristian Andenæs

I artikkelen ”Om maktens rettsliggjøring og rettsliggjøringens maktpotensial” søker Andenæs en mer nyansert betraktning av rettsliggjøringsspørsmålet. For å forstå virkningene av et mer rettighetsstyrt samfunn må vi gå inn på de enkelte områdene hvor det har skjedd en rettsliggjøring. Man vil se at det er en variasjon av hvor mye rettsliggjøring som faktisk har funnet sted, og dermed en variasjon av dens betydning.

Som eksempel nevner Andenæs hushjelplovgivningen som et område hvor rettsliggjøring fikk en liten praktisk betydning. Etter en undersøkelse gjort i 1952, viste det seg at den nye hushjelploven ikke fungerte etter sin hensikt, og den faktiske rettsliggjøringen ble dermed liten. Liten kjennskap til loven og vanskelighetene med å lovregulere mellommenneskelige forhold, var hovedårsakene til at den nye loven fikk små konsekvenser.<sup>36</sup>

Videre påpeker Andenæs at politisk styring gjennom rettsregler i seg selv ikke behøver å innebære en rettsliggjøring i form av at makt overføres fra politiske til rettslige organer. Maktbalansen beror på hvordan den rettslige styring utøves. Ikke-juristers lovanvendelse i forvaltningen står som et eksempel på hvordan den politiske vilje direkte gjennomføres gjennom rigide regelverk, og kan dermed ikke sees på som en rettsliggjøring som overfører makt fra politikken til retten.

Slik jeg forstår Andenæs er mye av kritikken basert på maktutredningens tendens til å sette merkelappen rettsliggjøring, i sin negative kontekst, på det som i virkeligheten er

---

<sup>35</sup> NOU 2003:19, kapittel 14.2.1

<sup>36</sup> Mathisen (2005) s. 54 flg.

regelstyring for å fremme politiske mål. Maktutredningen kan synes å skjære all rettsliggjøring over en kam, og kalle det et demokratisk problem, uten å skille mellom de spesifikke rettsliggjøringsprosesser.

Andenæs påpeker videre at rettsliggjøring ofte er metoden politikerne bruker til å bøte på demokratiske problemer. ”I stor utstrekning er det for å avdempe svakheter ved vårt demokratiske system at kravet om rettigheter er blitt reist, og i stor utstrekning er det når politikerne har innsett disse svakhetene at det har kommet regler.”<sup>37</sup> I motsetning til å være et problem for demokratiet, blir det her snarere sett på som et redskap som tas frem på de områder hvor politikken har kommet til kort. Helsevesenet brukes som eksempel på et område hvor en profesjon i stor grad har vært underlagt sine egne regler. Etter hvert ble det avdekket mangler i denne styringsformen, og rettslig styring brukes som middel for å ”tette hullene”. Dette må ifølge Andenæs sees på som en demokratisk styrkelse, ikke en svekkelse.

Når det gjelder maktutredningens påstand om domstolenes økende makt, svarer Andenæs på dette ved å sammenligne empiriske data gjort i en undersøkelse fra 1985 med en nyere undersøkelse fra 2002. Konfliktpotensialet har nok økt i de senere år, men for uten om på det strafferettslige område har antallet saker som kommer opp for domstolene ligget på et jevnt nivå siden 1985. Mye av forklaringen på dette synes å ligge i at tvister finner sine løsninger utenfor domstolene. Domstolene har likevel fått en økt arbeidsbyrde på grunn av stadig mer kompliserte saksforhold, men det kan i dette ikke sies å ligge en maktforskyvning i domstolenes favør, mener Andenæs.

Antallet jurister har hatt en betydelig ekspansjon fra 1980 og frem til i dag. Spesielt den store mengden advokater i næringslivet har økt, som en følge av betydningen for å tolke stadig mer komplekse regelverk. Samtidig har juristene mistet sin sentrale posisjon i forvaltningen. De har også her økt i antall, men andre yrkesgrupper har overtatt de ledende

---

<sup>37</sup> Andenæs, Kristian (2006) s. 592

stillingene som engang var juristenes område. Man ser altså en ”avrettsliggjøring” av forvaltningen og samtidig en rettsliggjøring av næringslivet, men denne rettsliggjøringen er i følge Andenæs heller ingen overføring av makt til juristene. Advokatene er jo bare redskapet til å tolke allerede foreliggende regelverk på en best mulig måte.

Avslutningsvis som en slags konklusjon på kritikken, etterlyser Andenæs en større rettsosialogisk innsikt hos maktutredningen. Ved å gå dypere ned og se på effektene av lovgivningen som påstås å skape demokratiske problemer, kan man se at virkningene kanskje ikke er så graverende som Maktutredningen skal ha det til. Ved å kun se på lovtekster, forarbeider osv, kan den juridiske makten synes større enn hva den i virkeligheten er. Andenæs oppsummerer; ”Realiteten er at denne lovgivningen, nå som tidligere, i det store og det hele lever et avslappet liv, fjernt fra jurister og fjernt fra juridiske overprøvingsorganer. Det skal vi i og for seg på mange måter være glade for, idet mange av de avgjørelser som treffes er lite egnet som juristmat, og jurister i liten grad har interessert seg for eller forstått hva som foregår på disse områdene.”<sup>38</sup>

Oppsummert synes Andenæs å mene at maktutredningen legger for stor vekt på det rettslige i sin diagnose av demokratiet og dets forvitring. Og i det minste en mer rettsosialogisk innfallsvinkel burde kreves. Selv om det ikke hersker særlig uenighet om at en rettsliggjøring faktisk foreligger, i form av et stadig mer regulert samfunn, er det virkningene av denne rettsliggjøringen det strides om. Følgene er ikke alltid så store mener Andenæs, og i mange tilfeller er det bare en stadfesting av allerede gjeldene praksis som foreligger.

---

<sup>38</sup> Andenæs, Kristian (2006) s. 598

### 3.3 Francis Sejersted

En annen som har ytret seg kritisk til Maktutredningens konklusjoner er historiker Francis Sejersted. Vel og merke sier han seg enig i den trussel det norske demokratiet står ovenfor som følge av maktoverføring til internasjonale organer.<sup>39</sup> Men på bakgrunn av de norske forhold fra 1814 og frem til i dag hevder Sejersted at rettsliggjøringen, i form av klarere grenser mellom rett og stat, samt rettigheter som beskytter enkeltindividet, er en demokratisk fordel. Jeg vil nå se på hvordan dette forsvares gjennom hans artikkel ”Den liberale vending.”

Det skiller seg spesielt ut to forskjellige ideologier når det gjelder forholdet mellom rett og stat i Norge etter 1814. Det liberalistiske og det sosialdemokratiske. Liberalismen var rådende gjennom mesteparten av 1800-tallet, og Sejersted påpeker at det var i ly av denne tiden, i rettstatens ”gullalder”, at demokratiet virkelig kunne blomstre. I sosialismens inntog på slutten av 1800-tallet fryktet de konservative for sine rettigheter, og at innføring av den alminnelige stemmeretten for menn skulle føre til en eneveldig stat. Men liberalismen hadde fått såpass godt fotfeste at demokratiet skulle vise seg å bli dens beskytter.

Likevel resulterte de sosiale krisene, særlig på slutten av 1800-tallet og 1930-tallet, til en mer aktiv stat. Sejersted kaller det en inngripen i den liberale normstruktur.<sup>40</sup> I begge disse periodene svarer staten med å ekspandere sitt handlingsspekter. Individenes frihet blir innskrenket i form av større statlige reguleringer. Stat og rett nærmer seg hverandre.

Istedenfor at stat og rett blir ett, er det et viktig demokratisk poeng at retten kan utfordre statlig styring, og settes opp mot den. Gjennom konstitusjonen skapes det begrensninger i

---

<sup>39</sup> Sejersted (2009) s. 234 flg.

<sup>40</sup> Sejersted (2009) s. 227

denne styringen. Sejersted snakker om positiv og negativ makt i konstitusjonell sammenheng. Den positive makten består i den direkte politiske handlingsmakten, mens den negative defineres av de konstitusjonelle skranker, som begrenser statens frie maktutøvelse. Til forskjell fra den sosialdemokratiske tankegang om at retten kun kan skaffe legitimitet gjennom politikken, søker liberalismen å finne denne legitimiteten i en slags naturrett.

På bakgrunn av denne tankegangen har det i de siste tiårene foregått en liberalistisk renessanse i form av et sterkere fokus på individ og menneskerettigheter.

Sosialdemokratene i Norge har i de senere år også gått i denne retning. Sejersted snakker om en frihetsrevolusjon og ”den liberale vending”.<sup>41</sup>

I motsetning til den sosialdemokratiske styringsjuss, må de grunnleggende individrettigheter søke legitimitet i noe annet enn politikken. De må ligge over som en slags naturrett, og være uavhengige av skiftende politiske holdninger. Sejersted oppsummerer; ” Det kan argumenteres for at den liberale vending var en vending til det bedre. Generelt er det da heller ikke slik at demokratiet har forvitret i forhold til det sosialdemokratiske enhetsregime, slik det hevdes i den siste maktutredning. Demokratiet fungerer kanskje bedre i dag enn noen gang.”<sup>42</sup>

### 3.4 Morten Kinander

Morten Kinanders kritikk av Maktutredningens rettsliggjøringstese representerer en mer rettsteoretisk tilnærming.

Han mener i hovedsak at Maktutredningen konkluderer med demokratiforvitringen på et grunnlag som bygger på en misoppfatning av forholdet mellom rett og politikk i Norge. Der Maktutredningen ser på rettens makt som en utvikling, som om den har overtatt mer og

---

<sup>41</sup> Sejersted (2009) s. 230 flg.

<sup>42</sup> Sejersted (2009) s. 234

mer makt fra politikken de senere år, hevder Kinander at forholdene alltid har vært slik, på grunn av den norske rettstradisjon. Retten og demokratiet skapes altså gjennom et gjensidig samspill. Demokrati betyr ikke nødvendigvis at all makt utøves direkte gjennom folket. Retten følger ikke politikken slavisk, men er et selvstendig organ som utøver sin profesjon gjennom sin særegne metode. Selv om den skal være et best mulig resultat av lovgiverviljen, er den ikke bare munnen som snakker direkte politikken budskap.

Retten prøver ikke med vilje å overta politisk makt, som om den har en slags underliggende agenda. Den prøver etter beste evne å anvende det vide spekter av regelverk som den blir forelagt fra det politiske hold. Kinander poengterer at både retten og politikken tradisjonelt bygger på en slags felles ideologisk oppfatning, og at dette skaper en demokratisk styrke, i motsetning til det nærmest konkurranseaktige forholdet mellom rett og stat som Maktutredningen synes å bygge sitt syn på. Montesquieus tredeling av makten med klare grenser mellom maktorganene får altså sine klare modifikasjoner i og med at staten også er bundet av regler gjennom konstitusjonen. ”Istedenfor å få to atskilte størrelser, hvor den ene er en konsekvens av den andre, får vi to *gjensidig* kontrollerende fora for utøvelsen av samfunnsmessige verdier.”<sup>43</sup>

Videre poengterer Kinander det paradoksale ved å hevde at retten har fått mer makt, i et samfunn hvor politikerne søker i stadig økende grad å gjennomregulere samfunnet med regler. Området for rettslige vurderinger blir dermed mindre. Før i tiden åpnet såkalte ”rettstomme rom” for at domstolene kunne skape sin egen rett, mens det i dag er mindre muligheter for dette på grunn av en politikerskapt rettsregulering av samfunnet hvor reglene er klare. Det å gjennomføre politikk gjennom rettsregler vil ikke si å overføre makt til retten. Muligheten til å kunne formulere politiske lovnader som rettskrav må ifølge Kinander være en forutsetning for et levedyktig demokrati. Rettslige bindinger blir en måte å ansvarliggjøre politikken på.

---

<sup>43</sup> Kinander (2005) s. 22



Å se på retten som noe som skapes gjennom dommeradferd, og ikke som direkte talerør for stortingets lovgivning, er et perspektiv Kinander mener at maktutredningene mangler. På tross av dette har ikke maktforholdene i Norge vært preget av særlige motsetninger. ”I forhold til *Maktutredningen* er problemet at dens hovedkonklusjoner om retten er historiske påstander med liten eller ingen støtte i den rettslige fortellingen om forholdet mellom rett og politikk. Selv om det er problematiske sider ved den fortellingen, eller selvforståelsen om man vil, er det ikke videre gitt at dens problemer er identiske med *Maktutredningens* konklusjoner. Poenget mitt er at det neppe har vært en rettsliggjøring av politikken i den forstand som *Maktutredningen* slår fast, nettopp fordi politikken i Norge til en overraskende stor grad har løpt i tross med retten i sin virkelighetsorientering. Vi har ikke utviklet en rettspraksis i Norge som har lignet den man kan finne i andre land, med en dommerstand med et særegent og spesielt politisk og profesjonelt verdenssyn. Vi har til en overraskende stor grad delt en felles ideologi og oppfatning, uansett om vi har vært politikere eller jurister, og spørsmålet blir da om ikke det kanskje er det sunneste tegnet på et levedyktig demokrati, enn at representantene som kanskje ikke er så representative, har all reel makt.”<sup>44</sup>

Kinander synes å legge en del av skylden for rettens ”utilgjengelighet” på den rettsrealistiske tradisjon i Norge. Retten blir altså tolket som det den faktisk er, og ikke hvordan den burde være. Dermed blir det mindre plass til idealistiske forestillinger og diskusjoner om rettens funksjon i samfunnet. Men poenget til Kinander er at dette ikke nødvendigvis må være politikkenes anliggende. ”Poenget i en maktutredningssammenheng er at det ikke med nødvendighet er politikken som er den eneste eller den beste arenaen for en slik diskusjon”<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Kinander (2005) s. 37

<sup>45</sup> Kinander (2005) s. 39

### 3.5 Eivind Smith

I en kronikk i Aftenposten<sup>46</sup> stiller professor Eivind Smith seg også kritisk til hvordan rettsliggjøring kan sees på som et demokratisk problem.

Hans hovedpoeng er at rettighetslovgivning er et uttrykk for den politiske vilje, og ikke en overføring av makt til domstolene. Stortinget bruker altså lovgivningsmyndigheten for å oppnå et resultat som er politisk ønskelig. Og skulle dette være en overføring av makt, kan denne "tilbakekalles" gjennom en senere lovendring. Dette stiller seg annerledes ved myndighetsoverføring til internasjonale organer, da disse er vanskeligere å endre, men den nasjonale lovgivningen kan hele tiden endres på normal måte, og den eventuelle maktoverføring blir dermed ikke ugjenkallelig.

"Vi må huske at lover er demokratiske vedtak. De tjener blant annet som redskap til å sikre oss goder som Stortingets flertall mener at alle - og særlig de svakeste av oss - bør få (om loven virker etter sin hensikt, er en annen sak). "Rettighetslover" forstås best som redskap for den politiske vilje. Hvis Stortinget endrer syn eller ønsker å endre praksis, kan de endres eller oppheves. Det samme gjelder hvis pengene ikke strekker til. Slik lovgivning blir bare "udemokratisk" hvis man mener at folkevalgte bør treffe selv de minste vedtak. Noe slikt er det neppe noen som vil hevde."<sup>47</sup>

Det er enighet om at mengden av rettighetslovgivning er økende, men Smith bemerker at det ikke er noe nytt fenomen, slik maktutredningen kan synes å hevde. For eksempel kan barnetrygden spores tilbake til 1946.

---

<sup>46</sup> Smith (2003)

<sup>47</sup> Smith (2003)

### 3.6 Eli Feiring

Eli Feiring konsentrerer seg spesielt om velferdspolitikken og stiller seg kritisk til at økt rettighetslovgivning har den effekten på demokratiet som Maktutredningen hevder.

Hennes hovedpoeng er at det særlig er måten demokratibegrepet brukes på som er årsaken til påstanden om dets forvitring. Hvilke konklusjoner man kommer frem til avhenger i hva vi legger i begrepet. Feiring mener at bruken av et deliberativt demokratibegrep bidrar til å synliggjøre sammenhengen mellom rettigheter og demokrati, på en måte som maktutredningen ikke ser i sin tradisjonelle demokratiforståelse. Et deliberativt demokrati går ut på å legge fokuset på de ulike synspunkter innenfor demokratiet istedenfor kun å se på resultatet av de stridende enkeltmeninger som en helhet. Flertallets makt må på en måte rettferdiggjøres overfor mindretallet ved en fri meningsutveksling der ulike synspunkter kommer frem. I en slik demokratiforståelse kan rettigheter spille en sentral rolle som en del av selve demokratiet mener Feiring. Og disse rettighetene ivaretas best ved lovgivning. "... en innrømmelse av grunnleggende velferdsrettigheter kan ses som en nødvendig betingelse for et velfungerende demokrati, og rettighetene vernes i sterkest mulig grad gjennom lovgivning."<sup>48</sup> Gjennom grunnleggende rettigheter skapes det altså en ramme for hver enkelt borger til å kunne delta fullt ut i demokratiet. Å befeste disse rettighetene konstitusjonelt kunne styrket individenes posisjon ytterligere.

Feiring påpeker allikevel at det ikke er grunn til å konkludere med at rettsvernet til den enkelte borger har blitt vesentlig styrket, eller at domstolene får økt makt i betydelig grad som følge av velferdsrettigheter. Grunnen til dette er at mye av rettighetene kun er en kodifisering av tidligere gjeldende normer, og at mye av lovverket kun er henvisning til forskrifter som igjen må tolkes. Ressursbegrensninger er også med å påvirke omfanget. Når det gjelder domstolene viser det seg at maktforskyvingen i favør av disse er begrenset nettopp fordi de er bundet opp av politisk detaljstyring.

---

<sup>48</sup> Feiring (2006) s. 578

Oppsummert mener Feiring at maktutredningen ikke har grunn til bekymring på bakgrunn av en rettsliggjøring av velferdspolitikken, da en slik rettighetsfesting heller fungerer som en sikkerhet for tilgang til demokratiet. Heller ikke kan det sies å skje en betydelig maktoverføring til domstolene på grunn av den detaljerte politiske styringen på velferdsområdet.

### 3.7 Regjeringens syn

I Stortingsmelding nr. 17 (2004-2005) gjør Regjeringen rede for sitt syn på rettsliggjøringsspørsmålet. Dette kan ikke sies å være en kritikk, men heller et forsøk på å forklare de påstandene maktutredningen kommer med.

Regjeringen belyser viktigheten av at demokratiet både må forstås som et flertallsstyre med folkesuverenitet og en rettsstat hvor mindretallsbeskyttelse og rettigheter står i fokus. Demokratiet bygger altså på to forskjellige hensyn og begge disse må tas i betraktning når man snakker om rettsliggjøring. Under lovgivningsprosessen gjøres det derfor en vurdering hvor disse hensynene blir satt opp mot hverandre og vurdert. Regjeringen påpeker at Maktutredningens søkelys på maktfordelingen kan bidra til at det kan være grunn til å ha et enda sterkere fokus på dette.<sup>49</sup> Likevel er det viktig å se at lovgivning nettopp er det viktigste virkemiddelet for politisk styring, og at dette i stor grad fører til et samsvar mellom rett og politikk. Den maktoverføringen som i så fall skjer er da en villet handling fra politisk hold. Hvor mye maktoverføring som finner sted er avhengig av utformingen av lovverket. I skjønnsbasert lovgivning er overføringen av makt til rettslige organer større enn ved bruken av rigide regelverk, som er et klarere uttrykk for direkte politisk styring. Her er det viktig å se at lovgivende myndighet har muligheten til å tilbakeføre kompetanse fra rettslige organer ved hjelp av lovendringer.

---

<sup>49</sup> Stortingsmelding nr. 17 (2004-2005) kapittel 3.5

Regjeringen er klar på at bruken av rettsregler skaper utfordringer i et demokratiperspektiv. Utfordringene er særlig knyttet til hvor detaljert reglestyringen skal være, og i tillegg domstolenes rettsskapende virksomhet. Hvilken utforming reglene gis, avhenger av lovgivers intensjoner for det spesifikke området som skal reguleres. På områder med stor grad av skjønnsbasert lovgivning er hensikten å kunne tilpasse reglene til de ulike enkelttilfellene, og dermed skape fleksibilitet. Og på andre områder vil derimot presise regler som skaper forutberegnelighet og likhet passe bedre med lovgivers hensikter.

På bakgrunn av dette mener altså Regjeringen at reglestyring i seg selv ikke innebærer en maktforskyvning fra politikken til retten, men at innslag av skjønnsbaserte regelverk, samt overføring av myndighet til uavhengige rettslige organer som for eksempel tilsyn og lignende, kan være med på å modifisere dette synet. Men at denne modifikasjonen kommer av politikkens vilje til å styre samfunnet på denne måten. Hvis for eksempel lovgiver utformer regler med et stort innslag av skjønn, vil det være på bakgrunn av et politisk ønske om fleksibilitet i regelverket, heller enn å kvitte seg med politisk makt til fordel for domstolene.

## 4 Støtte

### 4.1 Regjeringsadvokaten

En av de få som har ytret sin støtte til flertallet av maktutredningene er Regjeringsadvokaten. I sin høringsuttalelse sier han (Sven Ole Fagernæs, regjeringsadvokatens øverste leder) seg enig at i at det foreligger en maktoverføring i favør av domstolene og domstolslignende organer.<sup>50</sup> På grunn av sin posisjon som advokat for regjeringen og andre statsorganer, får han et spesielt innsyn i denne utviklingen, og kan bekrefte de funnene maktutredningen har gjort. Han poengterer at; ”Selv om hver enkeltregel eller enkeltavgjørelse i seg selv kanskje ikke er så betydningsfull, innebærer summen av alle endringer en betydelig forskyvning, særlig har utvikling av EF-retten stor betydning”.<sup>51</sup>

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

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

Det demokratiske problem nasjonalt har vært at det i et komplekst samfunn er vanskelig å formulere regler og rettigheter presist. I tillegg synes det å være en generell tilbakeholdenhet med å formulere klare og mer firkantede regler som i enkelte tilfelle kan virke urimelig. Dette innebærer at reglene ofte – og i økende grad – formuleres som brede

---

<sup>50</sup> Regjeringsadvokaten (2004)

<sup>51</sup> Regjeringsadvokaten (2004)

skjønnsregler som må presiseres av domstolene. Det er dette forhold, koblet sammen med en svært stor regelproduksjon, som gjør at nasjonale rettsorganer og uavhengige forvaltningsorganer overtar mer av det som tidligere ble avgjort under mer direkte politisk kontroll. Domstolene synes også å gå lenger i å etterprøve innholdet i forvaltningens skjønnsutøvelse.

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

Lokaldemokratiet opplever enda mindre mulighet til å få endret på reglene og blir bundet til å bruke ressurser til de lovbestemte rettigheter uten at det tas full høyde for ressurser til dette”.<sup>52</sup>

Videre fokuserer Regjeringsadvokaten på problemet med rettslige institusjoners manglende demokratiske grunnlag for å styre rettsutviklingen, når han skal ta stilling til om utviklingen er positiv eller negativ. Og at dette problemet styrkes når det gjelder internasjonal lovgivning, som altså vanskeligere lar seg korrigere.

En svakhet ved domstolsskapt lovgivning er at den er avhengig av enkeltsaker for å sette rettslige standarder, mens den nasjonale lovgivning er åpen for en demokratisk prosess med meningsutvekslinger før retten som skal gjelde vedtas.

Regjeringsadvokaten ser altså med skepsis på denne utviklingen, og ser farene i en for rask utvikling der domstolene får stadig mer makt, særlig i sin vide bruk av skjønn. Domstolene skal i følge Regjeringsadvokaten være ”...rettsanvendere og ikke regelgivere”.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Regjeringsadvokaten (2004)

<sup>53</sup> Regjeringsadvokaten (2004)

## 4.2 Kommunenes Sentralforbund

Kommunenes Sentralforbund uttaler seg i en høringsuttalelse også støttende til vesentlige deler av maktutredningens konklusjoner.<sup>54</sup> KS ser det som et demokratiproblem når det gjelder den statlige overstyringen som går på bekostning av det lokale selvstyret.

Rettighetslovgivningen binder altså opp kommunene, og innskrenker mulighetene de har til selvstendige prioriteringer. Som KS selv beskriver det i sin høringsuttalelse;

” Lokaldemokratiet er ein vesentleg del av det norske demokratiet. Problema for lokaldemokratiet kjem – ifølgje Maktutgreiinga – i stor grad av måten staten styrer kommunesektoren på og rammer staten legg for lokalt folkestyre”.<sup>55</sup>

Her kommer vi inn på misforholdet mellom kommunenes budsjettknapphet og den statlige gjennomføringen av rettighetslovgivningen. Vanskelighetene kommer altså når kommunene ikke har nok midler til å gjennomføre det de er pålagt fra statlig hold.

---

<sup>54</sup> Kommunenes Sentralforbund (2004)

<sup>55</sup> Kommunenes sentralforbund (2004)



## 5 Domstolskontroll

### 5.1 Innledning

I et rettsliggjøringsperspektiv kan det være interessant å se på i hvilken grad domstolene har muligheten til å overprøve forvaltningsavgjørelser, og også om de kan prøve konstitusjonen. Dette kan si noe om maktfordelingen mellom rett og stat, og ved å se på den senere tids rettsutvikling kan man se om det finnes tendenser til en maktoverføring.

Domstolenes adgang til å prøve forvaltningsvedtak ansees i dag til å ha sin legitimitet gjennom konstitusjonell sedvanerett. Det er fast praksis at domstolene kan underkjenne forvaltningsavgjørelser som er grunnlovsstridige eller strider mot alminnelig lov. Dette er en av de viktigste garantier vi har mot myndighetsmisbruk fra staten. Enkelte land har egne forvaltningsdomstoler, mens det i Norge er de alminnelige domstoler som står for prøvingen. Det interessante i en rettsliggjøringssammenheng er hvor langt domstolene kan gå i sin prøvelsesrett.

### 5.2 Erik Boe, Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?

I denne artikkelen<sup>56</sup> peker Boe på noen høyesterettsavgjørelser som illustrerer en utvikling i domstolenes adgang til å kontrollere forvaltningsavgjørelser. Utgangspunktet er altså at lovgiver i mange tilfeller utformer bestemmelser på en slik måte at det er opp til forvaltningen å avgjøre hvorvidt ulike enkelttilfeller omfattes av regelen eller ikke. Hvis man oppfyller en betingelse, *kan* man få en rett, hvis forvaltningen etter en skjønnsutøvelse kommer til det standpunkt. Spørsmålet er i hvilken grad domstolene kan prøve om en slik betingelse er oppfylt eller ikke. Altså om de kan prøve subsumsjonen fullt ut.

---

<sup>56</sup> Boe (2007) s. 67

Poenget er at domstolene har gått fra å ha et ganske restriktivt syn på sin adgang til å kontrollere forvaltningen, jfr. utvisningsdom nr.1.<sup>57</sup>, til å langt på vei innta det motsatte standpunkt i løpet av en tiårs periode. I utvisningsdom nr. 1 gjaldt det i hvilken grad domstolene kunne prøve forvaltningens avgjørelse om betingelsene for utvisning av en utlending var oppfylt eller ikke. Høyesterett anså seg her avskåret fra domstolskontroll og begrunnet det med at det "...ville bety at man for utvisningsvedtak langt på vei etablerte en ordning som lovgiveren uttrykkelig hadde tatt avstand fra."<sup>58</sup>

I samme år faller en ny dom som tar standpunkt til domstolenes adgang til å kontrollere forvaltningen. I naturfredningsdommen<sup>59</sup> snur høyesterett og åpner for at domstolene også kan kontrollere ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen der forvaltningen tar avgjørelser som påvirker den enkelte borger. Spørsmålet gjaldt om et vann oppfylte betingelsen "spesiell naturtype". Høyesterett poengterte at; "Om de lovbestemte vilkår for en forvaltningsavgjørelse er til stede, må domstolene kunne prøve fullt ut, dersom det ikke er sikre holdepunkter for noe annet."<sup>60</sup>

Dette synet fastslås i utvisningsdom nr. 2<sup>61</sup> og 3<sup>62</sup>. Resultatet hadde endret seg fra utvisningsdom nr.1. Høyesterett tar nå det standpunkt at den vurderingen forvaltningen tok for å bestemme om betingelsene var oppfylt, er av den art som domstolene kan overprøve.

Men det er fortsatt en grense for hva domstolene kan tillate seg. I særlige skjønnsbaserte regler skal man være forsiktig. Høyesterett understreker dette i reindommen fra 2004.<sup>63</sup>

---

<sup>57</sup> Rt. 1995 s. 72

<sup>58</sup> Rt. 1995 s. 79

<sup>59</sup> Rt. 1995 s 1427

<sup>60</sup> Rt. 1995 s 1436

<sup>61</sup> Rt. 1998 s. 1795

<sup>62</sup> Rt. 2000 s. 591

<sup>63</sup> Rt. 2004 s. 1092

Likevel kom det en nokså overraskende avgjørelse i tollavgiftsdommen i 2005.<sup>64</sup> I følge ordlyden i bestemmelsen som saken gjaldt, skulle man tro dette bortimot utelukket domstolskontroll. I den gamle Tollovens §37 heter det at; ”når det etter tollvesenets skjønn ikke er noe å legge vedkommende til last.”<sup>65</sup> Det kan sies at dette spesifikt gir tollvesenet en særskilt kompetanse, der resultatet av deres vurdering er endelig. Juridisk teori hadde også vært enige om at slike formuleringer nærmest avskjærer prøvingsrett. Høyesterett tok motsatt standpunkt og begrunnet det med rettssikkerhetsmessige hensyn. Hans Petter Graver kritiserte i dette tilfellet høyesterett for å heve seg over lovgivningen, mens Erik Boe påpeker at det eneste de gjorde var å tolke loven, og at de i tolkningen vektla andre rettskildefaktorer enn lovtekst og forarbeider. Som Boe sier det; ”Det vi kan lære av tollavgiftsdommen, er at når sterke rettssikkerhetshensyn gjør seg gjeldende, kan det være riktig å tolke innskrenkende en lov som etter sin ordlyd ser ut til å overlate til forvaltningen et sterkt inngripende vedtak uten domstolskontroll.”<sup>66</sup>

Til tross for dette synes det å gjelde et tilbakeholdenhetsprinsipp i domstolskontrollen. Selv om domstolene har kompetansen til å kontrollere forvaltningen, skal de være forsiktige med å overprøve, særlig i tilfeller hvor forvaltningen synes å ha en større faglig sakkyndighet enn domstolene. Det har vist seg i flere høyesterettsavgjørelser at domstolene har avstått fra prøving, der de respekterer at den faglige kompetansen er større i forvaltningen, jfr. blant annet Swingball-dommen<sup>67</sup>.

Erik Boe ser for seg en mellomløsning der man istedenfor å innta et enten eller standpunkt, prøving eller ikke prøving, kan bruke forvaltningens avgjørelse som en rettskildefaktor som kan veie i den ene eller den andre retningen.

---

<sup>64</sup> Rt. 2005 s. 117

<sup>65</sup> Lov 10. juni 1966 nr. 5 (opphevet)

<sup>66</sup> Boe (2007) s. 79

<sup>67</sup> Rt 1975 s. 603

Denne utviklingen som nå er presentert, altså en videre åpning for domstolene å etterprøve forvaltningsavgjørelser, kan sees på som en del av den rettsliggjøringen maktutredningen påpeker. Det skjer en form for myndighetsforskyvning, i og med at det standpunkt forvaltningen tar i en sak ikke nødvendigvis er det endelige. Erik Boe mener dette spørsmålet delvis har å gjøre med hvem som bestemmer oppgavefordelingen mellom domstoler og forvaltning. Og at svaret må ligge i graden av klarhet lovgiver uttrykker. Hadde for eksempel ordlyden i Tollovens §37 vært enda klarere på at dette ene og alene var et spørsmål for forvaltningen, ville det vært vanskeligere for domstolene og se bort fra denne i avveiningen av de ulike rettskildene. Men på den annen side vil man fort støte borti rettssikkerhetsspørsmål i tilfeller hvor lovgiver setter opp ufravikelige lovtekster i forvaltningens favør.

Boe påpeker også at det er viktig å skille mellom domstolsmakt på bekostning av forvaltningen og domstolsmakt på bekostning av lovgiver, der det siste blir sett på som mest alvorlig. ”Det er mindre demokratisk betenkelig at forvaltningen blir gjenstand for lovlighetskontroll enn at lovgiveren blir det.”<sup>68</sup> Det er også ifølge Boe viktig å sondre mellom de ulike sidene av forvaltningsavgjørelser, der kontrollen med om lovens betingelser faktisk er oppfylt er et mindre demokratisk problem enn å kontrollere hvilke valg forvaltningen ender på etter en skjønnsutøvelse hvor betingelsene er på det rene. Feil i hjemmelsvurderingene er altså en større rettssikkerhetsrisiko enn en ”feil” i valgfriheten.

Erik Boes kritikk av Maktutredningen kommer frem av hans oppsummering; ”Fremfor å se utviklingen mot skjerpet domstolskontroll som problematisk rettsliggjøring av et felt der avgjørelser tidligere har vært lagt til den politiske og administrative arenaen, vil jeg se den skjerpete domstolskontrollen som en måte å befeste, noen vil si å ta tilbake, en typisk domstolsoppgave, nemlig å sjekke at forvaltningen ikke har tatt seg til rette på egen hånd, men har holdt seg til avgjørelser som regelverket gir anledning til å treffe.”<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Boe (2007) s. 87

<sup>69</sup> Boe (2007) s. 87

### 5.3 Kristian Skagen Ekeli, Hvem skal vokte vokterne?

Et spørsmål av enda større prinsipiell betydning for forholdet mellom rett og politikk, er spørsmålet om hvem som skal ha adgang til å kontrollere konstitusjonen. På den ene siden kan oppgaven ligge hos de alminnelige domstolene, slik som tilfellet er i Norge i dag, eller det kan være opp til lovgiver, altså kontroll direkte gjennom demokratiske organer.

Problemstillingen er interessant sett i lys av rettsliggjøringsdiskusjonen som er tema i denne oppgaven. Vi skal se at det til begge håndhevingssystemer kan reises motforestillinger. Kristian Skagen Ekeli tar opp disse spørsmålene i artikkelen ”Hvem skal vokte vokterne? Modeller for håndheving av konstitusjonelle lover.”<sup>70</sup>

Han påpeker at et politisk håndhevingssystem av konstitusjonen kan virke som det mest demokratisk rettferdige, i og med at det er folkevalgte organer som da står for kontrollen, og disse kan avsettes ved valg. På en slik måte er all makt i folkets hender. Vi får da et uinnskrenket flertallsstyre. Her kan vi trekke paralleller til maktutredningens synspunkt, da det er innhuggene i dette uinnskrenkede flertallsstyret de setter spørsmålsteget ved.

Men Ekeli poengterer fort at et slikt system har sine klare svakheter. Det vil føre til svært sårbare konstitusjonelle rammer å gi lovgiver en slik frihet. Hvis konstitusjonen kunne endres når som helst, ville det sette individene og deres rettigheter i en utsatt posisjon. Og det ville være vanskelig å gå til sak mot en stat som kun var underlagt sin egen kontroll, uten et uavhengig organ som kunne føre tilsyn med konstitusjonen. Det anføres videre at det rettslige beslutningssystem er bedre egnet for å føre kontroll med konstitusjonen på grunn av dets egnethet til å håndtere motsetninger gjennom kontradiksjon og effektivitet. Domstolene er rett og slett den beste arena for å behandle rettsspørsmål. ”Hovedgrunnen er at dette synes å være den mest effektive håndhevingsmekanismen med tanke på (i) å beskytte grunnleggende statsrettslige spilleregler i en demokratisk stat, og (ii) å hindre

---

<sup>70</sup> Ekeli (2004) s. 548

majoritetstyranni som brudd på individers konstitusjonelle rettigheter og undertrykking av minoriteter.”<sup>71</sup>

Likevel støter det rettslige håndhevingsorganet også på sine svakheter. Ekeli fremhever det demokratiske problemet ved at dommere ikke er underlagt det samme representative aspektet som politikere. De slipper med andre ord å stå til ansvar gjennom valg. Selv om en rettslig kontroll av konstitusjonen beskytter individene mot majoritetstyranni, kan man innvende at den likevel ikke blir mer demokratisk av den grunn. Et annet poeng er at konstitusjonelle rettigheter ofte er vagt utformet, og dermed åpnes et spillerom for domstolene til å tolke disse på sin egen måte. Problemet kan da bli at de som er satt til å kontrollere, isteden skaper ny rett, som ikke har demokratisk forankring. Man kan da få å gjøre med et mindretallstyranni.

Dette fører til Ekelis interessante problemstilling om hvem som skal vokte vokterne i et system med domstolskontroll overfor de konstitusjonelle rammer. Altså, hvem skal passe på de som er satt til å passe på konstitusjonen? Hvis domstolene selv skal gjøre dette, skaper det åpenbare demokratiske betenkeligheter. Særlig på grunn av tradisjonen de synes å ha for å ta seg store friheter i tolkningen av konstitusjonelle spørsmål. Det blir da opp til domstolene selv å kontrollere hvor deres egne grenser skal gå. ”...dersom man ønsker å innsnevre vokternes myndighet gjennom skrevne konstitusjonelle lover, så vil vokterne bli dommere i sin egen sak når de skal håndheve grunnlovsteksten i saker som gjelder rekkevidden av deres egen kompetanse.”<sup>72</sup> Dette fører altså til at et lite mindretall blir sittende med makten til å definere grunnloven.

På den annen side, det som forsvarer domstolskontrollen er lovgivers mulighet til å endre premissene for den. Dette kan gjøres ved å endre grunnloven, og dermed kan man endre maktfordelingen. For dette kreves det i Norge et kvalifisert flertall. Men dette fører igjen til at et mindretall kan stå igjen med en veto rett mot endring, og da har vi igjen havnet i

---

<sup>71</sup> Ekeli (2004) s. 566

<sup>72</sup> Ekeli (2004) s. 570

mindretallstyranniet. Mye av poenget til Ekeli er å presentere et alternativ til kvalifisert flertall ved grunnlovsendring, for å unngå å de demokratiske problemene dette medfører. Han kaller det ”treghetsprosedyren”<sup>73</sup>, som går ut på at et simpelt flertall burde være nok til å endre grunnloven, under forutsetning av en etterfølgende folkeavstemning. På denne måten blir det folket som vokter vokterne.

Ekeli kommer frem til at det rettslige håndhevingsapparatet må være det beste for å kontrollere konstitusjonen, men ser samtidig at det har sine demokratiske problemer, noe han forsøker å avdempe med ”treghetsprosedyren”. Det interessante i en rettsliggjøringssammenheng er dog å se hvordan begge måtene, den rettslige og den politiske, demokratisk sett har sine fordeler og ulemper.

---

<sup>73</sup> Ekeli (2004) s. 572

## 6 Drøfting og konklusjon

### 6.1 Rettslig regulering som frihetsforutsetning

For å komme til bunns i frihetsbegrepet er det naturlig å se for seg et samfunn i fravær av rettslig regulering. Uten noen former for normering kunne man leve 100 prosent fritt og uavhengig. Ingen har myndighet til å fortelle andre hvordan de skal oppføre seg, og man har da heller ingen plikter. Hadde dette fungert i praksis kunne man snakke om et idealsamfunn hvor man hadde absolutt frihet.

Men i et slikt samfunn ville man fort funnet ut at den totale frihet fører til at andre har den samme friheten ovenfor deg selv. Din egen frihet blir altså innskrenket på grunn av andres gjensidige frihet til å foreta seg hva de måtte ønske. I en slik situasjon blir enkeltindividet svært sårbart. Man må foreta seg noe for å hindre det totale kaos.

Dermed melder behovet for rettslig regulering seg. Det begynner med at man straffer uønsket adferd. Videre har dette utviklet seg til å omfatte stadig flere rettigheter til beskyttelse av enkeltindividet. Som maktutredningen påpeker har det i den senere tid vært en betydelig økning. At de grunnleggende menneskerettighetene må beskyttes ved lov hersker det vel liten tvil om. Noe annet blir det kanskje med de rettighetene som bygger seg videre utover dette, og som også krever rettsvern. Det blir et spørsmål om hvor mye lovfestede rettigheter, utover de helt grunnleggende, man skal ha i et samfunn. Og det er vel her mye av uenigheten mellom maktutrederne og kritikken ligger.

Jeg er enig i kritikerne at en stor del av de grunnleggende rettigheter bør sees på som en berikelse, snarere enn en forvitring av demokratiet. Lovfesting av rettskrav er virkemiddelet som må til for å gå fri av politiske føringer. Dette poenget styrkes i tider hvor



mindretalls og koalisjonsregjeringer preger maktbildet. For svakerestilte grupper av samfunnet er det en fordel med klare rettigheter. Ikke alle har tilgang på rettshjelp i form av advokater og lignende som kan fremme sine klienters krav i et komplisert rettslandskap. Det er derfor viktig at grunnleggende velferdsrettigheter sikres gjennom et regelverk som er tilgjengelig for alle.

Men jeg ser også det betenkelige med å lovfeste rettigheter som kan sies å være for avledet fra de primære rettsbeskyttelsesbehov. Og på denne måten spikre fast krav overfor det offentlige som det kan være vanskelig å endre. For med rettigheter skapes det også plikter. Plikter som staten pålegger seg selv å oppfylle. Man kan si at dette er et nødvendig resultat av velferdsstaten. Men også i en velferdsstat må det finnes grenser for mengden av rettskrav. Man ser allerede at kommunene får problemer når det kommer til oppfyllelsen. Når borgernes krav står i et misforhold til kommunenes økonomiske kapasitet kan det være et tegn på at rettighetslovgivningen har gått for fort frem. I så fall må det kreves en bedre samkjøring mellom stat og kommune, slik at kommunene får muligheten til å yte de tjenestene de er pålagt.

Vi har sett at uenigheten mellom maktutredene og dens kritikere for en stor del dreier seg om hva man skal legge i demokratibegrepet. Om rettsliggjøring skal sees på som en positiv del av det, eller som en trussel mot det. Etter min mening er det viktig å se rettsliggjøring og demokrati i en sammenheng. Dette fordi makt og rett ikke står i et konkurranseforhold, men isteden skaper hverandres betingelser. For at noe skal lovfestes må det ligge en politisk vilje bak. Som igjen representerer folkets vilje. Altså kan man argumentere at rettsliggjøring er demokratisk. Det udemokratiske ville i så fall være at lovene står igjen selv om den politiske makten byttes ut. Men her ligger igjen muligheten for å skifte kurs gjennom å endre loven. Et poeng er likevel at en ny politisk makt sannsynligvis vil være forsiktig med å gjøre dette, og dermed til en viss grad blir bundet av tidligere politisk rettsliggjøring. Derav mitt poeng om at rettighetsfesting ikke bør favne for vidt, utover det grunnleggende. Det skal imidlertid mye til for at borgerne av et samfunn kan sies å få for

mye rettigheter. Argumentet egner seg bedre der man blir pålagt plikter, altså innhogg i friheten.

## 6.2 Konklusjon

På bakgrunn av rettsliggjøringens demokratiske forankring, kan den etter mitt syn ikke sies å være et demokratisk problem. Det skal svært mye til for at lovfesting av rettigheter som tar sikte på å beskytte den enkelte borger utfordrer demokratiet på en negativ måte. Den makten domstolene får, ved å være den instansen som får det avgjørende ordet, er ikke en overføring av makt i større grad enn hva lovgivende makt har gitt legitimitet til, i form av å bruke regler som styringsinstrument.

I et demokrati vil det alltid finnes et mindretall, og disse må også beskyttes. Den beste måten å gjøre dette på må være gjennom lovgivning. Flere har tatt til orde for et sterkere grunnlovsvern av menneskerettigheter i Norge. Dette kan være med på å sikre mindretallet ytterligere.

Kritikerne har vist at demokrati kan bety mer enn bare makt i folkevalgte organer.

Demokratiet handler også om å skape like forutsetninger for borgerne, og disse forutsetningene skapes best ved et samspill mellom makt og rett. Det er altså et gjensidig avhengighetsforhold mellom makt og rett i et demokrati.

Min konklusjon er dermed at rettsliggjøring ikke kan sies å være et demokratisk problem.

## 7 Litteraturliste

### 7.1 Bøker

- Andenæs, Johs, Statsforfatningen i Norge, 2004, 9. Utgave ved Arne Fliflet, Universitetsforlaget
- Kinander, Morten, Makt og rett, 2005, Universitetsforlaget
- Mathiesen, Thomas, Retten i samfunnet, 2005, Pax forlag
- Østerud, Øyvind, Fredrik Engelstad og Per Selle, Makten og demokratiet, 2003, Gyldendal forlag

### 7.2 Nettdokumenter

- Andenæs, Kristian, Om maktens rettsliggjøring og rettsliggjøringens maktpotensial, Tidsskrift for samfunnsforskning, nr. 4 2006 (Idunn.no)
- Boe, Erik, Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?, Lov og rett nr. 4 2007 (Idunn.no)
- Ekeli, Kristian Skagen, Hvem skal vokte vokterne? Modeller for håndheving av konstitusjonelle lover, Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 04-05 2004 (Idunn.no)
- Feiring, Eli, Demokratiet og rettsliggjøringen av velferdspolitikken, Tidsskrift for samfunnsforskning, nr. 4 2006 (Idunn.no)
- Kommunenes Sentralforbund, Høringsnotat om Makt og Demokratiutredningen, 2004 (Regjeringen.no)
- Regjeringsadvokaten, Høringsnotat om Makt og Demokratiutredningen, 2004 (Regjeringen.no)
- Sejersted, Francis, Den liberale vending, Nytt norsk tidsskrift, nr. 3-4 2009 (Idunn.no)

- Smith, Eivind, Rettsliggjøring – eller et sosialdemokratisk prosjekt, (Aftenposten.no) 24.11.2003

### 7.3 Norske lover

- Lov om pasientrettigheter av 2.juli 1999 nr. 63
- Lov om toll av 10.juni 1966 nr. 5 (Opphevet)

### 7.4 Forarbeider

- NOU 2003:19
- NOU 1992:8
- Stortingsmelding nr. 17 (2004-2005)

### 7.5 Dommer

- Rt. 1975 s. 603
- Rt. 1976 s. 1
- Rt. 1995 s. 72
- Rt. 1995 s. 1427
- Rt. 2005 s. 117

### 7.6 Nettadresser

- <http://www.dokpro.uio.no/ordboksoek.html>
- <http://nn.wikipedia.org/wiki/Makt>
- <http://www.domstol.no>
- <http://www.bundesverfassungsgericht.de>



