

Grundlov eller håndfæstning - mekanisk ret eller personlig forpligtelse?

af Mogens Lilleør, 1997

EU-nettet strammer til. Før eller siden er dansken nødt til at gennemføre en revision af Grundloven. Bevidstheden om dette har bla. givet anledning til en fornyet diskussion om, hvilken type rettigheder, der er relevante for Grundloven. Diskussionen om rettighedstyper kan vise sig vigtig i sig selv, men det forekommer mig imidlertid en smule omsonst at diskutere rettigheder i forhold til Grundloven, så længe hverken politikere eller befolkning tager Grundloven særligt alvorligt. Dette er måske en voldsom påstand, men relevant, for ikke blot er det få danskere, der læser Grundloven, men det er samtidig få af dem, der har læst den, der forstår ordene i den. Jeg drister mig til at påstå, at få om overhovedet nogen (mig selv inklusive) ved hvad Grundloven betyder idag. Dette skyldes, at vi i Danmark mangler tradition for en successiv fortolkning eller aktualisering af Grundloven i forhold til de konkrete politiske beslutninger.

For at kunne fortolke Grundloven i forhold til politiske beslutninger, må man have en forestilling om, hvad det er Grundloven er til for. Grundloven kan umiddelbart synes at være en moderne variant af den middelalderlige håndfæstning, som skal binde magthavere og administration til at afholde sig fra visse handlinger, nemlig dem der strider mod retten. Men der er faktisk en væsentlig forskel på Grundloven og håndfæstningen. Håndfæstningen bygger på et personligt forhold mellem parterne, og disse ved, hvad håndfæstningen indebærer, fordi den bliver til i en situation, de alle er en del af. En grundlov fungerer derimod som et forsøg på at forene retslige hensyn med magthaveres interesser. De retslige hensyn søges virkeliggjort gennem en aktualisering af retten i det politiske magtspil på en upersonlig eller mekanisk måde. Forudsætningen er almindeligvis den antagelse, at retten eksisterer uafhængigt af det historisk betingede, f.eks. universelt som en naturgiven menneskeret. Grundloven fungerer da som garant for, at den universelle ret regulerer den konkrete lovgivning; Grundloven er et konkret, men formelt udtryk for den universelle ret. Men denne opfattelse misforstår efter min mening både rettens og grundloves natur. Og denne misforståelse kan have ganske alvorlige følger, f.eks. Tvindsærloven fra 1996, som jeg vender tilbage til nedenfor. Problemet er, at hvis man tror, retten kan aktualiseres mekanisk gennem overensstemmelse med bestemte retslige procedurer eller retsregler, så ender man uvægerligt i en

situation, hvor man hverken ved, hvad retten er, eller hvad Grundloven betyder.

Allerførst vil jeg pege på en svaghed ved naturretten eller naturretsfilosofien som sådan, nemlig dette at retten eller de grundlæggende rettigheder betragtes som universelle og gyldige uafhængig af og forud for enhver erfaring, og hvis gyldighed man kan indse med sin fornuft eller intuition alene. For hvis man på denne måde tror, at retten er noget, hvis gyldighed er frigjort enhver historisk kontekst, så reducerer man retten til abstrakt ide, dvs. egentlig gør man retten statisk. Dette er ganske problematisk, for dermed neutraliserer man faktisk retten. Man tømmer den for indhold og gør den egentlig overflødig. Jeg mener retten som helhed skal forstås dynamisk som noget, der opstår og vedligeholdes i konkrete samspil mellem mennesker på en ofte uintenderet (ikke planlagt) måde. Retten og indsigten heri, er dermed bundet til den kultur, den på én gang opstår og anvendes i gennem borgerens daglige (ofte tavse), situationsbundne praksis og gennem retsanvenderens - f.eks. dommeren eller socialrådgiveren - ligeså situationsbundne eksplicite retsanvendelse. Det er selvfølgelig en mulighed, at hele jordens befolkning en skønne dag tilslutter sig samme sæt retsprincipper og retsopfattelse, dvs. at samme retspraksis udvikler sig overalt på jorden, men dette gør hverken retten absolut eller eviggyldig. Hvad der er ret, vil altid være relativ til situation og kultur.

Fastholder man nu alligevel, at retten er gyldig uafhængigt af enhver historisk kontekst, så kunne Grundloven måske med lidt god vilje ses som et dynamisk, konkret og derfor tidsbundet forsøg på at realisere retten i lovgivningen. Men når Grundloven forstås som en sådan historisk betinget konkretisering af retten, så løber den risikoen for at ende som blot historisk overlevering. Så er problemet for naturretstilhængerne kort og godt, at retten er evig og uforanderlig, grundlove gives, tiderne skifter, grundlove forældes; hun står i så fald med en statisk ret, hvis indhold hun i forhold til lovgivningen kun kender gennem en forældet grundlovs ord. Reelt ved hun da hverken, hvad retten er, eller hvad Grundloven betyder. Når så mange lægger vægt på, at lovgivning ikke må stride mod Grundloven, så skyldes det formodentlig antagelsen, at gør den ikke det, så er den i overensstemmelse med retten. Men som historisk betinget størrelse stemmer Grundloven ikke nødvendigvis overens med nogen eviggyldig ret eller nogen ret overhovedet. Derfor behøver lovgivning, der er forenelig med Grundloven, heller ikke at stemme overens med retten. Naturretstilhængerne kan ikke

anvende Grundloven efter det formål hun selv tillægger den.

Det, der under alle omstændigheder påkræves, er en løbende retslig aktualisering af Grundloven i forhold til de konkrete politiske afgørelser, og her er det sådan set underordnet, om man forstår retten naturretsligt eller som jeg evolutionistisk. Enhver stat, som er en retsstat ikke blot af navn, men også af gavn, har også en institution til at artikulere retten i politisk regi. Grundloven taget for sig mangler det dynamiske islæt, som forlener den med konkret gyldighed; der mangler simpelthen et personligt forpligtende engagement. En grundlov kan kun være identisk med retten i det omfang, den fortolkes af et anerkendt 'rettens talerør' som værende i overensstemmelse med retten, og dette 'talerør' kunne enten være en gruppe juridiske eksperter (f.eks. Højesteret), en folkeforsamling der er valgt til denne specifikke opgave eller en kombination af juridisk ekspertise og det folkelige. Det afgørende er, at det er personer i den konkrete situation, der giver Grundloven mæle i et retsligt perspektiv. Uden en sådan artikulerende tradition kan man betvivle om retten kan spille andet end en tilfældig og perifer rolle i de konkrete politiske afgørelser. Lad mig prøve at uddybe dette:

Antag f.eks. at alle i dette land tror, Grundloven er rettens udtryk. Tag på denne baggrund en situation, hvor det skal afgøres om en lov er grundlovsmæssig eller ej. Hvem skal afgøre dette? Ja, parterne er Grundloven og statsmagten (her folketing, regering og justitsministerium). Men uden et særligt 'rettens talerør' er Grundloven tavs, derfor bliver det selvfølgelig statsmagten der får patent på udlægningen af Grundloven, og dermed på hvad der er ret i politiske sammenhænge, samtidig med at den har patent på udformningen og vedtagelsen af love. Det er altså statsmagten alene, der bestemmer betydningen af både lov og af Grundloven, og dermed hvorvidt en lov er grundlovsmæssig eller ej. Alvoren af dette fremtrådte med al ønskelig tydelighed i sagen om Tvind-særloven fra 1996.

En del af kritikerne af denne lov var enige i hensigten med loven, nemlig at stoppe Tvind, men krævede, at det skete på en måde, som var i overensstemmelse med Grundloven. For dem betød dette, at loven skulle formuleres som en almen lov, der ikke nævner skolerne ved navn. Særlove er et onde, som bør undgås, fremførtes det i klassisk liberalistisk ånd. Kunne loven imidlertid for-

muleres alment, ville den være grundlovsmæssig og dermed i overensstemmelse med retten. Kritikerne af særloven har således lagt vægt på, at retten skulle gælde, men hvilken ret var der reelt tale om? Ved kun at fokusere på, hvad jeg vil kalde upersonlig eller formel grundlovsmæssighed, tabte kritikerne overhovedet retten af syne og støttede den magtudøvelse, de var kritiske overfor. For når hensigten er at stoppe 32 skoler, og loven udformes, så den får denne virkning, så gør det hverken fra eller til, om navnene er nævnt eller ej. Hvis hensigten med loven utvetydigt er at udelukke Tvindskolerne, og dette fuldt ud accepteres også af kritikerne af loven, og opgaven til juristerne i Justitsministeriet direkte er at udforme loven, så dette sker, så er det irrelevant, at tillægge navnsnævnelser nogen betydning. Når altså fokus er på hensigten og virkningen, så er regeloverensstemmelsen irrelevant. Når kritikerne derfor kun fokuserede på regeloverensstemmelse, så reducerede de det retslige spørgsmål om grundlovsmæssighed til noget, der egentlig var irrelevant, og gjorde dermed spørgsmålet om ret til et spørgsmål om juridisk håndlag eller teknik. Også kritikerne gjorde dermed retten synonym med lovgivning og magtudøvelse. Både tilhængere og kritikere praktiserede, hvad man kunne kalde et magts engagement, og bekræftede ganske vist dermed, at det væsentlige er det personlige engagement, men engagementet må siges var kørt noget af sporet. Dette sker, fordi den løbende retslige aktualisering af Grundloven er fraværende.

Lad mig sammenfatte: Uden en retslig artikulerende tradition i forhold til politiske afgørelser, kender vi hverken rettens eller Grundlovens aktuelle betydning. Men i og med vi ikke gør det, har vi gjort os afhængige af magts instanser (staten). Dermed gøres alle, herunder også magts kritikere, til tandløse medspillere i magts spil, også selv om f.eks. kritikerne mener, de taler rettens sag lodret mod magten. Magten sammen med den støvede Grundlov - reelt blot symbol på retssikkerhed - er et meget farligt makkerpar. Den levende, situationsbundne ret sammen med en aktualiseret Grundlov vil derimod være et stærkt makkerpar, dvs. når retten og Grundloven aktualiseres gennem et personligt, forpligtende engagement. Derfor er det vigtigt, at politikere og borgere indser behovet for, at tilnærme Grundloven til håndfæstningen, dvs. sikre at Grundloven løbende aktualiseres gennem konkrete retslige fortolkninger,- gennem et levende 'rettens talerør'.