

Tredje semester av rettsstudiet, høstsemesteret 2012

EMNEOVERSIKT
for forelesninger ved professor *Eivind Smith*

STATSFORFATNINGSRETT: PERSPEKTIV, KILDER OG METODE

1. Introduksjon til emnet

1.1 ordene "grunnlov", "statsforfatning" og "konstitusjon"

1.2 "jus"/"virkelighet"

- normer (f. eks.: hvem har "kompetanse"?)
- *ikke* beskrivelse av faktisk atferd (f.eks.: hvem har "makt"?)
- fortsettelse: konstitusjonell rett/statsvitenskap

1.3 "jus"/"politikk"

- "rettsliggjøring" (selv om grunnlov og lov er politiske vedtak)?
- betydningen av bevissthet om behovet for å skille: Klarhet

1.4 konstitusjonen som binding og som redskap

- Janus-ansiktet
- Odyssevs og sirenene
- hvordan kan grunnloven binde?

1.5 "konstitusjon" og "demokrati":

- demokratibegrepet
- konstitusjonelt demokrati = "innskrenket" demokrati?

1.6 emnets aktualitet: Norske og utenlandske eksempler.

- NB Bruk nyhetsbildet

1.7 komparasjon som middel til å sette vår egen virkelighet i perspektiv

- samlinger av *fremmede konstitusjoner* finnes på nettsidene

1.8 litt om læremidlene

- litt om undervisningen og dens formål
- sammenhengen mellom litteratur og læringskrav

- sammenhengen mellom forelesninger, kurs, oppgaveskrivning og PBL-kurs
- undervisningen skal ikke være heldekkende
- studentene har selv hovedansvaret for egen læring
- viktigste råd for studiet: *Sett deg inn i helheten før du går inn i detaljene*

1.9 Norges grunnlov: en oversikt

- ikke la deg lure av et (fortsatt) alderdommelig språk!
- er grunnloven "full av paragrafer som ikke lenger har noe reelt innhold"?
- grunnloven er også en "lov"
- systematikk
- behovet for å arbeide på tvers av kapittelinnstillingen
- hovedtyper av bestemmelser
- litt om mulige/sannsynlige endringer

2. Hva er "konstitusjonell rett" (eller "statsforfatningsrett")?

2.1 et materielt begrep?

- rettsreglene *innhold* avgjør, f.eks. slik at faget antas å handle om
- a) "rettsregler om de høyeste statsorganer ..." (med hovedvekt på et *institusjonelt/horisontalt* perspektiv), og dessuten
- b) "... rettsregler om de høyeste statsorganenes forhold til borgerne" (med hovedvekt på et *rettighetsperspektiv/et vertikalt* perspektiv), jfr. bl.a. rettighetserklæringen (1789) art. 2 og 16, Finlands grundlag § 1
- hvor *tydelig* er en slik materiell definisjon?
- hvor *brukbar* er en slik materiell definisjon?

2.2 et formelt begrep?

- *vedtaksformen* avgjør (og dermed også rettsreglenes plass i en hierarkisk orden),
- jfr. skillet mellom den konstituerende, den grunnlovsendrende og de andre konstituerte makter (se også i pkt. 5 o.a.st.)
- grunnlov og andre "konstitusjonelle" normer? (se også i pkt. 5)
- skillet mellom vedtaks- og endringsform
- sammenheng med *lex superior*-prinsippet
- forts.: offensiv vs. defensiv grunnlovskraft
- eksempel: Rt. 2010.535 (Opplysningsvesenets fond, jfr. grl. § 106)

2.3 forholdet mellom et materielt og et formelt konstitusjonsbegrep

- hvorfor velge det formelle begrepet som utgangspunkt?
- det eneste kriterium som entydig skiller og som griper det vesentlige

2.4 formell konstitusjon og "vanlig" rettskildelære (se bl.a. pkt. 4)

2.5 teller konstitusjonen som *positiv rett*?

- hva ligger i dette? Rettsregler som kan/skal anvendes ved domstolene
- jfr. rettsregelsystemets hierarkiske organisering
- hva er alternativet? Eks.: Nederland, Norden, UK, Israel, China ...
- situasjonen i Frankrike er endret per 1. mars 2010
- situasjonen komparativt, historisk og i dag (jfr. nærmere i pkt. 12)
- ulike karakteristikker for ulike deler av teksten? Jfr. bl.a. Rt. 1976.1 (Kløfta) lest i lys av nyere praksis (se ikke minst Rt. 2010.143, rederiskatt)

3. Grunnlovstolkning

3.1 tolkning som én mulig form for (materie) endring (se også i pkt. 4-5)

3.2 sammenhengen med (oppfatninger om) grunnlovens "rigide" eller "elastiske" karakter (se i pkt. 5 om formell endring)

3.3 sammenhengen med forestillingen om "grunnlovskonservatisme" (se i pkt. 5.3)

3.4 betydningen av ideologisk betingede holdninger til

- "demokrati" (se også i pkt. 1)
- flertallsstyre og konstitusjonell binding (se i pkt. 1)
- forholdet mellom domstoler og "politikk": hvem avgjør hva som er rett (se også i pkt. 2.5 om konstitusjonen som positiv rett og pkt. 12 om domstolskontroll)
- den "konstitusjonelle kultur"
- endret syn? Jfr. bl.a. Rt. 2010.143 (rederiskatt), Rt. 2010.535 (OVF) og Rt. 2010.1445 (krigsforbrytelser)

3.5 typer av bestemmelser (rettighetsbestemmelser, institusjonelle regler ...)

- eldre juridisk litteratur snakket mest om tolkning av noen få bestemmelser

3.6 gjelder tolkningen

- "firkantede" bestemmelser (eks.: valgreglene)?
- "rettslige standarder" (eks.: aspekter av § 97)?
- hovedspørsmålet gjelder bestemmelser mellom disse ytterpunktene

3.7 betydningen av andre gjengse rettskilder

- i store deler av faget er *rettspraksis* av begrenset betydning
- tolkning i lys av "*prinsipper*" (likhet, legitim forventning, "privacy" ...)?
- tolkning i lys av *komparativt materiale*? (om tolkning i lys av EMK, se i pkt. 10)

3.8 ellers: utgangspunkt i *alminnelig rettskildelære*

- *ordlyden* er utgangspunktet også her:
- LES OG ANVEND GRUNNLOVSTEKSTEN

3.9 Noen særlige momenter

- grunnlovens *alder*. Skal vi la oss "styre av de døde"?

- men (a): mange bestemmelser er *nye*
- men (b): gamle bestemmelser gjelder bare fordi de ikke senere er endret
- lite *forarbeider* til *grunnlovsbestemmelser*
- mer *forarbeider* for enkelte bestemmelser
- men hva *betyr* *forarbeider* her? (vedtaksperiode, særlige flertallskrav ...)
- *lovforarbeider*: hva betyr det at "Stortinget har vurdert lovens forhold til grunnloven"?
- tolke etter datidens terminologi (eks.: § 17, §§ 12, 50, 109, § 26, § 105).
- *men likevel*: Grunnlovvedtak i foreldet språk, eks.: "bør" i § 100 (vedtatt 2004)
- formålsbetraktninger (eks.: § 97: til gunst/til skade)
- analogislutninger (eks.: §§ 76 og 112, § 25)
- systemtolkning (eks.: §§ 12, 16, 25 osv. jfr. §§ 27-31)
- endrede "omgivelser" (jfr. bl.a. Rt. 1976.1 (Kløfta) ad institusjonelle regler)
- politiske "behov" (eks.: nasjonale regler om immunitet (jfr. §§ 5, 37, 66 og 86) i forhold til traktaten om den internasjonale straffedomstolen)

3.10 "pragmatisk" eller "frirettslig" tradisjon i Norge?

- tradisjonen etter 1945
- nytt klima? (jfr. ikke minst de tre høyesterettsdommene fra 2010)
- bør begrunnelsen (den juridiske argumentasjon) eller vårt syn på resultatet i seg selv tillegges størst vekt?
- Eksempel: US Supreme Court om selvbestemt abort (Roe v Wade, 1973)

4. Grunnlovstolkning, grunnlovsendring eller grunnlovsbrudd?

4.1 noen eksempler fra rettspraksis

- Rt. 1976.1 (Kløfta) ad "kjernen" (jfr. art. 19 i den tyske grunnloven) i kravet om "full erstatning" etter § 105 når ordinær lov blir vedtatt på et område som tidligere måtte avgjøres direkte etter grunnloven
- Rt. 1959.306 (politistreik), jfr. grunnloven § 17
- Rt. 1997.1821 (Kjuus), jfr. grl. § 100 (gammel og ny) samt EMK art. 10
- Rt. 2007.1281 (tomtefeste I), særlig ad anvendelsen av grl. § 97 eller § 105

4.2 Veier noen rettighetsbestemmelser mer enn andre ("relativisert rettighetsvern")?

- typer av rettighetshierarki; behov for å "balansere" motstridende rettigheter?
- lærens bakgrunn og begrunnelse (USA, "preferred position" ...)
- lærens utbredelse (domspremisser, litteratur)
- er læren fulgt i praksis (forholdet mellom "obiter dicta" og "ratio decidendi")?
- jfr. bl.a. sakene om Kløfta, Borthen, Kjuus, tomtefeste og rederiskatt

5. Konstitusjonell endring i annen form enn grunnlovstolkning

5.1 endringer i grunnlovens tekst vs. andre typer "formell konstitusjon"

5.2 skillet mellom konstituerende og konstituerte makter (jfr. i pkt. 2):

- folkesuvereniteten som utgangspunkt: "folket gir seg selv en konstitusjon"

5.3 endringer i grunnlovens tekst: Generelt

- "rigiditet" eller "fleksibilitet"?
- endringer innenfor de etablerte rammer, ny grunnlov eller nytt politisk regime?
- hovedtyper av mekanismer for å gjøre grunnlovsendringer vanskeligere enn andre lovendringer: forsinkelse, andre/flere organer, særlige flertallskrav

5.4 fortsettelse: grunnlovsendringer i Norge

- forestillingen om "grunnlovskonservatisme"
- sammenhengen med synet på grunnlovstolkning (se i pkt. 3)
- er det sant at den norske grunnloven (nesten) aldri blir endret?
- særlig om grunnlovstekstens struktur
- særlig om språket (1814, 1903, nåtiden ...)
- forslag om språklig "normalisering" ... men i hvilken form?
- endringsreglene i Norge: § 112 jfr. § 73 tredje pkt. og § 76 første ledd
- kongelig veto (sanksjon)? Jfr. § 112 annet ledd etter 1913 (1884 er historie)
- bare ett vedtak er nødvendig
- tendensen til å fremsette mange alternative forslag
- hvor godt blir hensynet til folkesuvereniteten ivaretatt hos oss?

5.5 ivaretagelse av "nye" behov *innenfor* grunnlovens grenser

- grunnloven som *ramme* for løpende praksis
- *utfylling* gjennom regler på lavere nivå (forretningsordenen osv., se i pkt. 8)
- *utfylling* gjennom statspraksis (Rettspraksis? Annen praksis?)
- statspraksis som *argument ved grunnlovstolkning* (se i pkt. 3-4). Eksempel: domstolskontrollen med lover og forvaltningsvedtak (jfr. § 88)
- regelen følger av ordinær grunnlovstolkning. Eksempel: "rett til å danne partier" (jfr. forutsetningen bak § 59, Kjuus-dommen)

5.6 "Konstitusjonell sedvanerett"? Tradisjonelt forstått som:

- a) uskrevne rettsregler med konstitusjonell rang ...
- b) ... som ikke bygger på grunnlovstolkning e.l. ("frittstående" regler)
- gjengse kriterier:
 - i) "*sedvane*" = faktisk regelmessighet – hos hvem?
 - o Rettspraksis (jfr. § 88)?
 - o Andre organers praksis?

- ii) "rett" (varighet, konsistens, *opinio iuris*, godhet)
- iii) "konstitusjonell": Betydning for plass i rettsregelhierarkiet?
- Dilemmaet: hvordan kan konstitusjonell rang for slike regler begrunnes?
- hvem har kompetanse til å *konstatere* "sedvanerett"?
- demokratiargumentet (hvem *bør* bestemme)
- Stortingets ansvar: Keiserens nye klær (J. A. Seip)?
- lærens praktiske betydning: Den er aldri satt på spissen
- Norges komparative særstilling ("constitutional conventions" i Det forente kongerike er noe annet)
- *A lawyer's disease*?

5.7 samtykke til traktater om "overnasjonalt" samarbeid

- hvis § 93: Materiell endring *uten* endring i grunnlovens tekst
- hvis § 112: (Også) endring i teksten
- sammenhengen mellom §§ 26, 93 og 112
- nærmere om kriteriene i § 93 (særlig om "saklig begrenset")
- forbehold for "mindre vesentlig myndighetsoverføring"?
- kort om EØS (og EU)

5.8 konstitusjonell nødrett

- "avvik" fra mer enn "endring" i konstitusjonen
- Norge i komparativt lys ("unntakstilstand", "beleiringstilstand")
- historiske eksempler fra Norge (se også i 6 om gammel/ny konstitusjon)
- typer av avvik (prosess, organ, substans)
- hovedkriterier
- "seierherrens justis"?
- særlig om beredskapsloven 15.12.1950 nr. 7
- rettslig grunnlag? Forholdet til grl. § 17

6. Materielle grenser for konstitusjonell endring?

6.1 "supra-konstitusjonelle" normer ("evighetsklausuler")

- Kan grunnlovsendringer være grunnlovsstridige?
- hva med en helt ny konstitusjon (se nedenfor)?
- Norge i komparativt lys (USA, Frankrike, Tyskland, India ...)
- § 112: Hva teller som "ånd" og "prinsipper" – i 1814 og i dag?
- om domstolskontroll med grunnlovsendringer, se i pkt. 12

6.2 positivisme vs. "motstandsrett"

- 1789-erklæringen art. 2, den tyske grunnloven art. 20 (4)
- "jus" eller "moral"?

- uansett: jurister er også mennesker!

6.3 gammel og ny konstitusjonell orden: revolusjon/kupp

- gammel og ny konstitusjon (se også i 5.3 og 5.8)
- norske eksempler: 1814, 1940-45. Hva med 1905?

7. Folkeavstemningers plass i konstitusjonen

7.1 direkte og indirekte (representativt) demokrati

- noen argumenter

7.2 rådgivende/konsultativ og bestemmende folkeavstemning (referendum)

7.3 hva bestemmer den norske grunnloven om dette?

- hvem avgjør (ifølge grunnloven)?
- Praksis av konstitusjonell relevans: 2 x 1905, 1972, 1994
- konstitusjonelle regler og politisk argumentasjon
- forslag om å endre § 93

8. "Infra-konstitusjonelle kilder"

8.1 konstitusjonen som *oppskrift på lovgivning* (Kelsen)

8.2 kravet om hjemmel i *vedtak* av folkerepresentasjonen

- utslag av folkesuverenitetsprinsippet (jfr. § 49)
- kravet følger også av enkeltbestemmelser i grunnloven (§§ 96, 97, 100 osv.)

8.3 et særnorsk tillegg: skillet mellom "formell lov" og (andre) "plenarvedtak"

- et komparativt blikk
- når *kan* "formell lov" brukes?
- når *må* "formell lov" brukes?
- sammenhengen med lex superior-prinsippet
- sammenhengen med legalitetsprinsippet (kravet om "hjemmel i" formell lov)
- kravet om *norsk* lov, jfr. Rt. 2010.1445 (krigsforbrytelser)
- hjemmelskjeden: "fullmaktslovgivning" (jfr. også uttrykket "materiell lov")

8.4 særlig om ordinære plenarvedtak

- bevilgnings- og skattevedtak: "lov" i annen form. Tidsbegrensningen
- "anmodningsvedtak" ("resolusjoner")
- om såkalte "instrukser" fra Stortinget, se nærmere i forvaltningsretten

8.5 særlig om Stortingets forretningsorden, jfr. grl. § 66

- er Stortinget bundet? Se § 64 o.a.st. (krav om kvalifisert flertall m.v.)

8.6 vedtak av den utøvende makt

- hvem er "Kongen"? (Formell) *kompetanse* og (reell) *makt*
- Kongen i statsråd: "kongelig resolusjon" (uansett innhold), se §§ 27 flg.

- varianter av "parlamentarisme": "positiv", "negativ" (se § 15), "konstruktiv" ...
- grunnlovsumiddelbar og delegert kompetanse
- hvem er "regjeringen"?
- "regjeringens" konstitusjonelle stilling utenfor statsrådet
- regjeringskonferanser m.v. (innsyn og kontroll, jfr. Rt. 1994.1036)
- "statsrådet" vs. "statsråden": den enkelte statsråd som beslutningsorgan

9. Folkerett og nasjonal rett

9.1 "monisme" og "dualisme"

9.2 utgangspunktet i Norge

- dualismen følger av grunnloven, se §§ 3, 49, 88, jfr. §§ 26 og 93 andre ledd
- noen praktiske utslag: jfr. Rt. 1997.580 (oljestreik), Rt. 2000.1811 (Finanger I), Rt. 2010.1445 (krigsforbryter)
- konstitusjonen som grunnlag for internasjonalt samarbeid (§§ 26, 75 ...)

9.3 diverse "unntak"

- inkorporasjon/transformasjon
- presumpsjonsprinsippet
- overnasjonalt samarbeid (jfr. §§ 93 og 112)
- "unntakene" har stor praktisk betydning!

9.4 avgjør norsk rett eller folkeretten hva som er juridisk "riktig"?

- skillet mellom "kompetanse" og "legitimasjon", jfr. § 26, 2. ledd og § 93

10. Særlig om grunnlovsfestede og "internasjonale" menneskerettigheter

10.1 menneskerettigheter i grunnloven, i fremmede konstitusjoner og i EMK

- "menneskerettigheter" som honnørord
- grunnlovens "rettighetskatalog"
- menneskerettigheter med internasjonalt opphav

10.2 grl. § 110 c

- bare "internasjonale" menneskerettigheter
- hvilke "menneskerettigheter"?
- paragrafens rettslige betydning: Inkorporasjon eller deklarasjon?

10.3 menneskerettsloven

- sektorlovgivning og generell inkorporering (m.r.loven § 2)
- MR-loven § 3 (jfr. EØS-loven § 2): "forrang" (= "semikonstitusjonelt")?
- sammenhengen med *lex posterior*-prinsippet
- kan Stortinget endre/oppheve/gjøre unntak fra eldre lov?
- gir MR-loven § 3 noe mer som tolkningsargument enn grl. § 110 c første ledd?

10.4 skal grunnloven tolkes "i samsvar med" Europakonvensjonen m.v.?

- står rettighetsbestemmelser i strid med hverandre?
- gir EMK bedre vern, dårlige vern eller omtrent samme vern som grunnloven?
- ulike tolkningsmetoder
- diskusjonen om dommerkreativitet ("living instrument")
- EMK som uttrykk for europeisk minstestandard
- statenes eget ansvar ("subsidiaritet")

10.5 eks.: ytringsfrihet, se grl. § 100 og EMK art. 10

- jfr. Rt. 2007.404 (NRK) avsn. 75

10.6 eks.: eiendomsrett, se grl. § 105, EMK første tilleggsprotokoll art. 1

- - jfr. Rt. 2007.1281 og .1306 (tomtefeste I og II) og EMD 12.06.2012

11. Fortsettelse: Domstolskontroll med de andre statsmaktene

11.1 emnet: *kompetanse* (og *plikt*) for domstolene

- privates rett til å gå til domstol ("prøvingsrett") er et annet spørsmål
- relasjonen til "prinsippet" om maktfordeling
- rettsgrunnlag: § 88 tolket i lys av snart 200 års praksis (om "konstitusjonell sedvanerett", se i pkt. 5)

11.2 domstolskontrollen med *forvaltningsvedtak*

- typer av domstoler: alminnelige domstoler/forvaltningsdomstoler
- typer av prosess (skriftlig/muntlig)
- kontrollens omfang: *maktfordeling*. Dermed:
- kontroll med vedtakenes "legalitet", ikke (også) deres "hensiktsmessighet"
- legitimitetsspørsmålet (Rt. 1992.182)
- nærmere behandling i forvaltningsrett og (særlig) sivilprosess

11.3 domstolskontrollen med *lover m.v.*

- jfr. også i pkt. 2 om grunnloven som positiv rett
- utviklingen av systemer for prøvingsrett i Europa og verden for øvrig (jfr. i 2.5)
- fremveksten i Norge (fra ca. 1820), Wedel Jarlsberg-saken i 1866 (jfr. i 11.6)
- typer av bestemmelser: institusjonelle forhold, rettigheter

11.4 forts.: typer av kontroll

- konstitusjonsdomstoler eller alminnelige domstoler (som i Norge)
- *sentralisert* eller "*diffus*" kontroll (som i Norge)
- *abstrakt* eller *konkret* kontroll (som i Norge, men visse avvik i praksis)
- kontroll *ex ante* eller *ex post* (som i Norge, men visse avvik i praksis)
- formelle rettsvirkninger *erga omnes* eller *inter partes* (som i Norge)
- sammenhengen mellom kategoriene

11.5 forts.: resultatene

- hva betyr "tilsidesettelse"?
- ikke "ugyldighet" (generelt), men (eventuelt) ikke-anvendelse
- åpen "tilsidesettelse", se f.eks. Rt. 2010.535 (OVF) om "klar" grunnlovsstrid"
- grunnlovskonform lovtolkning (i formen, se f.eks. Rt. 1976.1, Kløfta)
- anvendelse av loven mot erstatning (Rt. 1976.1 som eksempel)
- frifinnelse fordi lovhjemmelen (straff m.v.) står i strid med grunnloven (Rt. 2001.1618 (Boot boys) som eksempel)
- kan grunnlovsstrid leses ut av domskonklusjonen alene (i Norge)?

11.6 forts.: domstolskontrollens demokratiske legitimitet

- Høyesterett – en trussel mot demokratiet?
- "udemokratiske domstoler"? (jfr. debatten om "rettsliggjøring")
- hovedspørsmålet: hva betyr "demokrati"? (se i pkt. 1)
- rettsregelhierarkiet (Chief Justice Marshall (1803)/justitiarius Lasson (1866))
- men a): er grunnloven "positiv rett"? (se bl.a. i pkt. 2.5)
- men b): er hierarki-argumentet tilstrekkelig når grunnloven er uklar?
- *prosessens* betydning: Muligheten til å bli hørt (refleksivitet)
- kravet om *begrunnelse* ...
- ... i tilknytning til politisk fastsatte referansenormer (grunnlov, lov ...)
- hvem har siste ord om konstitusjonens innhold i fremtiden? Korreksjonsmuligheten (som ikke er like stor i alle land, se pkt. 5.3)

11.7 prøving av *grunnlovsbestemmelser*?

- kontroll med *formen*: Er det i det hele tatt tale om en "grunnlovsvedtak"?
- kontroll med *innholdet*, jfr. pkt. 6 (er suprakonstitusjonelle normer positiv rett?)
- Jfr. også Rt. 1991.173 (et spørsmål av denne karakter ble avvist)
- hvem *bør* ha siste ord om konstitusjonens innhold: Korreksjonsmulighet?
- positivisme vs. "motstandsrett" (se i pkt. 6)

11.8 Riksretten

- "Riksrett" ("High Court of Justice") eller "Court of impeachment"?
- en straffedomstol (m.v.)
- men en straffedomstol må bygge på oppfatninger om "gjeldende rett"
- dermed: (også) en "konstitusjonsdomstol"
- historisk eksempel i Norge: 1884-dommene om veto mot grunnlovsendringer
- endringer fra 2007: "rettsliggjøring" av institusjon og straffebestemmelser
- behov for en domstol som kan avgjøre konstitusjonelle tvister uten å måtte gå veien om (sak om) straff eller andre personlige sanksjoner?