

Forelesninger i statsforfatningsrett høsten 2018

Professor Eivind Smith

Tirsdag 28. august 2018 kl. 12.15-14

DOMSTOLER OG DOMSTOLSKONTROLL

1) Domstolene i Norge

a) Grunnlovsreguleringen

- 1814: Tre statsmakter (struktur)
- 1814: Likevel få regler om den dømmende makt (grl. del D)
 - o Faste dommere er embetsmenn (se grl. del B)
- 2018: Fortsatt få regler i grl. del D
 - o Ny (2015): § 89 om domstolskontroll
 - o Ny (2014) i del E: § 95 (jf. EMK art. 6 – men ikke identisk)

b) Riksretten (§§ 86-87)

- Særdomstol
- Reformert i 2007 – mindre politisk
 - o Hva den kan/skal dømme om (brudd på «konstitusjonelle plikter»)
 - o Sammensetningen
- Påtalemyndigheten ligger fortsatt til Stortinget

c) Alminnelige domstoler (§§ 88-91)

- Som utgangspunkt: Bare Høyesterett
- Men «i siste instans» (§ 88) forutsetter lavere domstoler
 - o Ifølge lovgivningen nå: Trenivåsystem (samt visse særdomstoler)
- Bare én høyesterett
 - o Etablering av to/flere høyeste domstoler vil kreve grunnlovsendring
 - o Høyeste forvaltningsdomstol, særlig konstitusjonsdomstol ...
- § 89: Domstolskontrollen tilkommer alle «domstoler»
 - o Men viktige grunnlovsspørsmål vil gjerne komme til Høyesterett per anke

2) Domstolskontroll med de andre statsmaktene

a) Domstolskontroll med at grunnloven er respektert

- Teller konstitusjonen som *positiv rett*?
 - Hvis ja: Grunnloven *kan* og *skal* anvendes ved domstolene når nødvendig for å avgjøre saken
- Kan det tenkes at *bare deler av* grunnloven teller som positiv rett?
 - Typer av bestemmelser (institusjonelle regler, rettighetsbestemmelser, symbolske bestemmelser/programerklæringer)
 - Ulike typer av rettighetsbestemmelser, jf. Rt. 1976.1 (Kløfta)
 - Kløfta-dommer er mer enn 40 år gammel
 - Den må nå forstås i lys av nyere praksis (ikke minst Rt. 2010.143, rederiskatt) og av grl. kap. E
 - Læren om «tredeling» følger uansett av rene *obiter dicta*
 - Den har neppe vært fulgt i praksis
- Hva er *alternativet* til å betrakte grunnloven som positiv rett?
 - grunnloven *konstituerer* lovgivningsapparatet
 - når dette apparatet har vedtatt en lov, er det denne som uttrykker 'allmennviljen' (*la volonté générale*), jfr. Frankrike (*Rousseau* o a)
 - det er loven alene, ikke (også) grunnloven, som teller som positiv rett
- Historisk utgangspunkt: Grunnloven teller *ikke* som positiv rett!
 - Tilsvarende eksempler i dag: Nederland, Israel, Kina, (UK) ...
 - Kort om den avvikende utviklingen i USA og Norge
 - Marbury vs Madison (1803)
 - Norsk rettspraksis siden ca. 1820, Wedel Jarlsberg-saken (1866)
 - Dagens normaltstand i verden: Grunnloven teller som positiv rett

b) Domstolskontroll med forvaltningens legalitet

- Legalitet i vid forstand: Kontroll med respekten for overordnet rett (grunnlov, lov, bindende stortingsvedtak, forskrifter ...)
- Større praktiske betydning enn kontrollen med at grunnloven er respektert

c) Emnet: Kompetanse (og plikt) for domstolene

- *privates rett* til å gå til domstol («prøvingsrett») er et annet spørsmål
- domstolskontroll springer alltid ut av initiativ fra andre enn domstolen selv

d) *Rettsgrunnlag*

- før juni 2015: Grunnloven var taus
 - «konstitusjonell sedvanerett» eller § 88 tolket i lys av 200 års praksis?
 - Utelukkende spørsmål om *betegnelse*, ikke om realitet
- etter juni 2015: Grl. § 89
 - Til dels inadekvat tekst
 - Har vi fått et system for abstrakt kontroll med lover?
 - Hvor ble det av kontrollen med forvaltningsvedtaks legalitet?
- Men vedtatt under forutsetning om at ren kodifisering av tidligere rett
 - Det etablerte systemet er altså viktigere enn grunnlovsteksten selv

3) **Domstolskontroll med de andre statsmaktene I: Kontrollen med den utøvende makt**

- typer av domstoler (alminnelige domstoler/forvaltningsdomstoler)
 - I Norge: Mange forvaltningsorganer er forvaltningsdomstoler *de facto* (Trygderetten, UNE ...)
- typer av prosess
 - Muntlig eller skriftlig?
- Kontrollens omfang
 - *Maktfordelingen* lovgivere/domstoler som utgangspunkt
 - domstolene skal anvende rettsregler, ikke selv skape dem
 - Dermed: kontroll med vedtakenes «legalitet»
 - Ikke (også) kontroll med deres «hensiktsmessighet» innenfor lovens grenser
 - Med dette utgangspunkt er grensedragningen sjelden vanskelig
- legitimitetsspørsmålet
 - Kan domstolskontroll med forvaltningen forsvares i et demokratisk samfunn?
 - Rt. 1992.182, Polar: De spørsmål som oppstår ved kontroll med lover gjør seg ikke «på tilsvarende måte» gjeldende her

- I Rt. 2013.1345 (Volstad) er spørsmålet ikke nevnt, selv om saken gjaldt grunnlovsmessigheten av en forskrift (ikke av en lov)
- nærmere behandling i forvaltningsrett og (særlig) sivilprosess

4) Domstolskontroll med lover mv. (den lovgivende makt)

a) Opprinnelsen

- utviklingen av domstolskontroll med lover utenfor Norge
- fremveksten i Norge (fra ca. 1820)
 - Wedel Jarlsberg-saken (1866, jfr. i 11.6), 1909-1918, 1976 osv.

b) Forts.: typer av kontroll

- konstitusjonsdomstoler eller alminnelige domstoler (som i Norge)
 - er Høyesterett en «konstitusjonsdomstol»?
- *sentralisert* eller «*diffus*» kontroll (som i Norge)
 - alle domstoler må ta standpunkt til de grunnlovsspørsmål som saken måtte reise
- *abstrakt* eller *konkret* kontroll (som i Norge, men visse avvik i praksis)
 - jf. den relevante delen av kritikken mot den nye § 89
- kontroll *ex ante* eller *ex post* (som i Norge, men visse avvik i praksis)
- formelle rettsvirkninger *erga omnes* eller *inter partes* (som i Norge, men visse avvik i praksis)
- sammenhengen mellom kategoriene
 - *ex ante*-kontroll kan ikke være konkret, osv.

c) Forts.: resultatene

- «tilsidesettelse» betyr *ikke* at lovbestemmelsen blir ugyldig
- «tilsidesettelse» innebærer bare *ikke-anvendelse* av loven i den enkelte sak
 - f.eks. i form av *frifinnelse* fordi lovhjemmelen (straff mv.) står i strid med grunnloven (se f.eks. Rt. 2001.1618, Boot boys)
- i saker av økonomisk karakter kan det likevel være mulig å *anvende* loven mot erstatning (eks.: Rt. 1976.1, Kløfta)

d) domsbegrunnelsen (i tilfelle grunnlovstrid)

- åpen «tilsidesettelse», se f.eks. Rt. 2010.535 (OVF) om «klar» grunnlovstrid

- grunnlovskonform lovtolkning, se f.eks. Rt. 1976.1 (Kløfta)

e) *domskonklusjonen*

- kan grunnlovsstrid leses ut av konklusjonen alene?

5) Er domstolskontroll med lover legitimt i demokratiske samfunn?

- «Høyesterett – en trussel mot demokratiet»? (LoR 1999 s. 451-486)
- Hovedspørsmålet: hva betyr «demokrati»? (se i pkt. 1)
 - o Flertallsstyre alene?
 - o Flertallsstyre samt noe mer (spilleregler, minoritetsvern ...)
- noen hovedargumenter:
 - o den lovgivende makt er *konstituert* av grunnloven
 - o rettsregelsystemet er hierarkisk organisert med grunnloven på toppen
 - jfr. Chief Justice Marshall (1803) / justitiarius Lasson (1866)
- Men:
 - o er grunnloven overhodet «positiv rett»? (se bl.a. i pkt. 2.5)
 - o er hierarki-argumentet *tilstrekkelig* når grunnloven er uklar?
 - o hvem *bør* avgjøre slike tvilsspørsmål?
- Noen momenter for å komme videre:
 - o *prosessens* betydning: Muligheten til å bli hørt (refleksivitet)
 - o kravet om *begrunnelse* ...
 - o ... i tilknytning til politisk fastsatte referansenormer (grunnlov, lov ...)
 - o hvem har siste ord om konstitusjonens innhold i fremtiden?
 - korreksjonsmuligheten i politikken hender
 - denne muligheten er ikke like stor i alle land som i Norge

6) Domstolskontroll med grunnlovsvedtak?

- Allerede berørt (mandag 26. august)

7) Riksretten (NB Hvis tid)

- I 2007 ble både institusjonen og de tilhørende straffebestemmelsene «rettsliggjort»
- Betegnelsen

- i 1814: «State Court» (komparativt f.eks. «High Court of Justice»)
- *ikke* «Court of impeachment» (som i Stortingets versjon på engelsk)
- En domstol for *sanksjoner* (straff, erstatning), ikke bare for å bli kvitt folk (impeachment), slik som i USA
 - Mot *sittende* statsråder mv.
 - dersom parlamentariske virkemidler ikke er nok
 - Mot *avgåtte* statsråder mv.
 - Her fungerer jo ikke parlamentariske virkemidler
 - Ellers ville det bli for lett å «slippe unna»
- *ikke* en domstol for *normkontroll* (tilsvarende en konstitusjonsdomstol)
 - men den må jo bygge på et bestemt syn (*ratio decidendi*) på «gjeldende statsrett»
 - historisk viktig eksempel: Dommene i 1884 om kongelig veto mot grunnlovsendringer
 - dermed kan også Riksretten i praksis bli en «konstitusjonsdomstol»
- Trenger vi en domstol til å avgjøre konstitusjonelle spørsmål uten at saken må tvinges inn former som handler om straff eller andre personlige sanksjoner?