

Forelesninger i statsforfatningsrett høsten 2018

Professor Eivind Smith

Mandag 27. august 2018 kl. 12.15-14

KONSTITUSJONELL ENDRING

1) Ulike former for konstitusjonell endring: Oversikt

A) Endringer i konstitusjonelle normer

- Utgangspunktet: Endringer i grunnlovens tekst
- «Snarveien»: Endringer etter grl. § 26 jf. § 115
 - Formell endring som ikke setter spor i teksten
- Endringer per tolkning av teksten
 - Tolkning som nødvendighet
 - Grenser for legitim tolkning i stedet for grunnlovsendring?
 - Handler i siste instans om hvem som bør endre konstitusjonen
 - Stortinget i samsvar med endringsreglene?
 - Embetsverket og Stortinget i samspill per «tolkning»?
 - Domstolene?
- Endringer gjennom ikke-vedtatte konstitusjonelle normer?
 - Særlig om «konstitusjonell sedvanerett»
- Konstitusjonell nødrett
 - I prinsippet: Avvik fra konstitusjonen, ikke varig endring

B) Endringer i praksis INNENFOR rettsreglenes rammer

- De konstitusjonelle rammene åpner for ulike praksis
- Praksis kan endre seg over tid (flertalls-/mindretallsparlamentarisme osv.)
- Praktisk viktig
 - Hvorfor insistere på at «konstitusjonell rett»?
 - Hvorfor akseptere at Stortinget blir rettslig bundet uten grunnlovsendring?

2) Endringer i hva?

A) Et materielt begrep om «statsforfatningsrett»/«konstitusjonell rett»?

- rettsreglenes *innhold* er avgjørende for klassifiseringen, f.eks. slik at faget antas å handle om
 - «rettsregler **om** de høyeste statsorganer ...» (med hovedvekt på et *institusjonelt*/et horisontalt perspektiv),
og om
 - «... rettsregler **om** de høyeste statsorganenes forhold til borgerne» (med hovedvekt på et *rettighetsperspektiv*/et *vertikalt* perspektiv)
 - jfr. bl.a. 1789erklæringen av 1789 art. 2 og 16, Finlands grundlag § 1
- hvor *tydelig* er en slik definisjon (*hvilke* regler om ... regnes med)?
 - Masse rettsregler i lov mv regulerer statsorganene og deres oppgaver
- hvor *brukbar* er en slik definisjon?
 - Skal også store deler av forvaltningsretten, prosessretten mv. være med?

B) Et formelt begrep om «statsforfatningsrett»/«konstitusjonell rett»??

- den *vedtaksform* som må benyttes for å fastsette, endre eller oppheve en rettsregel er avgjørende for klassifiseringen
 - grunnlovsbestemmelser *fastsettes* og *endres* etter reglene i grl. § 121
 - «uskrevne» konstitusjonelle normer må *endres/oppheves* på samme måte
- dermed avgjør formen også reglenes plass i *rettsregelhierarkiet*
 - jfr. skillet mellom konstituerende og konstituerte makter
- Det formelle begrepet
 - angir et *entydig* avgrensningskriterium
 - er det *eneste* som griper det vesentlige poenget om spenning mellom konstitusjonen som binding/redskap og «ordinær» politikk
- Men det formelle kriteriet opphever ikke «vanlig» rettskildelære
 - Det er ikke nok å kjenne rettsregelens plassering i rettsregelhierarkiet
 - Rettsreglene må alltid tolkes før vi kan vi noe om deres innhold og betydning sett i forhold til rettsregler på andre nivåer

C) forholdet mellom et materielt og et formelt konstitusjonsbegrep

3) Endringer i grunnlovens tekst

A) Skillet mellom konstituerende og konstituerte makter

- folkesuvereniteten som utgangspunkt
 - «folket gir seg selv en konstitusjon»
 - «samfunnskontrakten»

B) endringer i grunnlovens tekst: Generelt

- «Rigidid» eller «fleksibel» grunnlov?
- Endring innenfor etablerte rammer, ny grunnlov eller nytt politisk regime?
 - Jfr. i 6.1 nedenfor om § 121 («ånd» og «prinsipper»)

C) hovedtyper av mekanismer for å vanskeliggjøre grunnlovsendringer:

- forsinkelse
- krav om medvirkning av andre/flere organer
- særlige krav til *quorum*
- særlige flertallskrav

D) Grunnlovsendringer i Norge: «grunnlovskonservatisme»?

- sammenhengen med synet på grunnlovstolkning (se i pkt. 3)
- forestillingen om at grunnloven (nesten) aldri blir endret var tvilsom allerede før 2014 og er åpenbart avleggs etter 2014 (grunnlovsspråk, struktur, innhold)
- den norske grunnloven er *ikke* særskilt vanskelig å endre
- den er faktisk endret mer enn 300 ganger
 - Men: Hva er en «endring»?

E) Nærmere om endringsreglene

- Bestemmelsene er spredt på § 121, § 73 tredje pkt. og § 76 første ledd
- Hovedelementene:
 - Ventetid mellom forslag og vedtak
 - ett vedtak er tilstrekkelig
 - vedta eller forkaste nøyaktig det som er formelt foreslått
 - tendensen til å fremsette mange alternative forslag
 - Mellomliggende valg

- Innslag av folkesuverenitet
- Reell involvering av velgerne?
- Erfaringene fra blant annet 2004 (§ 100) og 2014-15
- Høyere quorum, kvalifisert flertall
- kongelig veto (sanksjon)?
 - 1884 (Riksretten – prejudisielt): Ikke absolutt veto
 - § 121 annet ledd (1913): Heller ikke suspensivt veto

F) Materielle grenser for konstitusjonell endring?

- «supra-konstitusjonelle» normer («evighetsklausuler»)
 - Hvorfor betegnelsen ikke er helt adekvat
- Kan formelt korrekte grunnlovsendringer være grunnlovsstridige?
 - Hva med en helt ny konstitusjon?
- Nærmere om de materielle grensene ifølge § 121
 - Hva teller som grunnlovens «prinsipper» (og «ånd»)
 - i 1814?
 - i dag?
- hvem avgjør om grensene er overskredet?
 - Domstolene eller Stortinget som grunnlovsendrende makt?
- domstolskontroll med grunnlovsendringer?
 - kontroll med *vedtaksformen*: er det overhodet et «grunnlovsvedtak»?
 - kontroll med *innholdet*
 - er suprakonstitusjonelle normer positiv rett = domstolene har siste ord?
 - Et komparativt blikk (Frankrike, Tyskland, India ...)
 - I Norge er et spørsmål av denne karakter avvist (Rt. 1991.173)
 - hvem *bør* ha siste ord om konstitusjonens innhold?
 - Korreksjonsmuligheten?
- Uansett juridisk “riktig” svar
 - rettspositivisme vs. motstandsrett
 - 1789-erklæringen art. 2, den tyske grunnloven art. 20 (4)
 - «jus» eller «moral»?
 - Jurister er ikke *bare* jurister

4) «Snarveien»: Samtykke til overnasjonalt samarbeid etter grl. § 26 jf. § 115

- «Overnasjonalt» samarbeid er som utgangspunkt grunnlovsstridig
 - «overnasjonalt» er her = noen «der ute» kan bestemme med direkte virkning i norsk rett uten at det formelt avgjørende vedtaket treffes av norske myndigheter (ved lov e a)
- utgangspunktet må dermed være krav om grunnlovsendring etter § 121
- forutgående samtykke av Stortinget etter § 115 gir en sikkerhetsventil
 - materiell endring *uten* endring i grunnlovens tekst
- sammenhengen mellom §§ 26, 115 og 121
 - Folkerettslige traktater mv inngås *alltid* av Kongen (§ 26 første ledd)
 - Stortinget må *ofte* medvirke formelt. Spørsmålet er om dette skal skje
 - ved grunnlovsendring (§ 121)
 - ved samtykke med alminnelig flertall (§ 26 andre ledd)
 - ved samtykke med kvalifisert flertall (§ 115)
- nærmere om kriteriene i § 115
 - særlig om «saklig begrenset»
- forbehold for «mindre vesentlig myndighetsoverføring»?
 - begrunnelsen («konstitusjonell praksis») er lite overbevisende
 - eventuelt heller: nytolkning av § 26 annet ledd jfr. § 115?
 - Nye saker: Tilknytning via EØS/ESA
 - 2016: Finanstilsynet i EU
 - § 115 benyttet for andre gang i sin historie
 - Uklart hvor mye vedtaket vil bety i årene som kommer
 - 2018: ACER («mindre vesentlig myndighetsoverføring»)
- Kort om EØS/EU

5) Ivaretagelse av nye behov/endringsbehov *innenfor* grunnlovens regler

- Grunnloven regulerer ikke alle sider av statslivet
 - Den setter juridiske *rammer* for statsorganene og deres praksis
 - Den gir ofte stort rom for utfyllende regler og for skiftende praksis

- *Utfylling* i regler på lavere nivå (lov, forretningsorden osv., se i pkt. 8)
- *Utfylling* gjennom statspraksis
 - Rettspraksis: «Høyesterett dømmer i siste instans» (grl. § 88)
 - Annen statspraksis (parlamentarisk praksis mv.)
 - Kan endres over tid (flertalls-/mindretallsregjering osv.)
 - statspraksis som *argument ved grunnlovstolkning*
 - eksempel: Mange stortingsvedtak binder uten kongelig sanksjon
 - alminnelig flertall tilstrekkelig (jf. §§ 26 og 115)?

6) «Konstitusjonell sedvanerett»?

A) Introduksjon

- Forestillingen: Frittstående konstitusjonelle regler som ikke er formelt vedtatt
- Hvorfor ikke nøye seg med tolkning?
- Hvorfor ikke nøye seg med med praksis innenfor grunnlovens rammer?
- De fleste reglene som har vært brukt som eksempler på KS er nå grunnlovsfestet
 - Særlig § 15 (negativ parlamentarisme)
 - Se også §§ 82 (regjeringens opplysningsplikt), 89 (domstolskontroll), § 101 (politiske partier, jfr. også § 59), 113 («legalitetsprinsippet»)
 - Endringene i 2007: «Stortinget som grunnlovsendrende makt bør selv ta ansvaret»
- Hvorfor er det fortsatt nødvendig å snakke om dette emnet?
 - Kjenne gjengs språkbruk
 - Men samtidig: Stort sett bare av rettshistorisk interesse

B) «Konstitusjonell sedvanerett» tradisjonelt forstått som betegnelse på

- *uskrevne* rettsregler
- med *konstitusjonell rang*
- som *ikke* bygger på grunnlovstolkning e.l. = «frittstående» regler
- De gjengse kriteriene trer frem av de tre ordene som betegnelsen består av:
 - (iii) konstitusjonell (i) sedvane (ii) rett:
 - (i) «*sedvane*» = faktisk regelmessighet

- hos hvem?
 - Rettspraksis (jfr. § 88)
 - Men husk skillet *obiter dicta/ratio decidendi*
 - Annen statspraksis (særlig parlamentarisk praksis)?
 - (ii) «rett»
 - gjengse kriterier: Varighet, konsistens, *opinio iuris*, «godhet»
 - greit nok på vanlig lovs nivå.
 - Men hvorfor:
 - (iii) «konstitusjonell»
 - betydning for reglenes plass i rettsregelhierarkiet
 - hvordan *begrunne* at den lovgivende makt skal være bundet av slike regler?
 - hvis den påståtte regelen «gjelder» selv om den står i strid med en grunnlovsbestemmelse, *må* den selv ha konstitusjonell rang (lex superior)
 - hvis regelen *ikke* står i strid med grunnloven:
 - hvem har da *kompetanse* til å *konstatere* at det foreligger «sedvanerett»?
 - hvem *bør* kunne bestemme i et demokrati?
 - «Keiserens nye klær»: Stortingets ansvar?
 - Norges komparative særstilling
 - I andre land: Stort sett (påstander om) grunnlovstolkning
 - Uttrykket «constitutional conventions» i UK sikter til noe annet
- C) *Lærens praktiske betydning?*
- Den har aldri vært satt på spissen/testet
 - Den har aldri vært avgjørende for statsorganenes adferd
 - Altså har den nok aldri hatt annet enn retorisk betydning
 - Det er tale om et *navn* man har satt på «ønskede» *resultater* snarere enn om en *begrunnelse* for dem
 - Det er ofte grunn til å kartlegge regelmessigheter i statspraksis
 - Men hvorfor skal ikke Stortinget kunne endre oppfatning/praksis?

- I alle fall altså innebærer en rekke grunnlovsvedtak at læren har mistet det aller meste av sin praktiske betydning
 - Dette er det antagelig enighet om (jf bl a Boe og Sejersted)
 - Men hvorfor snakkes det da fortsatt så mye om den?

7) Grunnlovstolkning

A) Endring av konstitusjonens innhold gjennom tolkning?

- NB Ingen objektivt gitt grense mellom «innenfor» og «utenfor»
- Sammenheng mellom tolkning og synet på hvor lett grunnloven kan endres?
 - Oppfattes grunnloven som «rigid», øker fristelsen til å «omtolke»
 - betydningen av ideologisk betingede holdninger til
 - «demokrati»
 - flertallsstyre og konstitusjonell binding
 - forholdet mellom domstoler og «politikk»
- betydningen av hva slags bestemmelser det er tale om
 - rettigheter, institusjoner ...
 - her spøker Rt. 1976 s. 1 (Kløfta) i bakgrunnen
 - Men: Kløfta-saken er 40 år gammel
 - teller «obiter dicta» like mye som «ratio decidendi»?
 - Kløfta-læren er ikke fulgt i praksis (jf. bl.a. sakene om Kløfta, Borthen, Kjuus, tomtefeste og rederiskatt)
 - Grunnlovsendringene i 2014-15 fjerner uansett mye av grunnlaget
- Hva bør vi legge vekt på ved bedømmelsen av en avgjørelse (av domstolene eller andre)?
 - *begrunnelsen* (den juridiske argumentasjonen)?
 - tolkerens syn på hva som er et godt/ønsket *resultat*?
 - Hvilken rolle spiller det om vi selv liker resultatet?
 - Eksempler fra USA
 - Roe v Wade (1973) om abort
 - Obergefell v Hodges (2015) om likekjønnede ekteskap

- Tolkningen er ikke alltid så vanskelig!
 - «firkantede» bestemmelser (eks.: valgreglene)?
 - «rettslige standarder» (eks.: aspekter av § 97)?
 - De fleste spørsmål oppstår mellom disse ytterpunktene

B) Grunnlovstolkning, grunnlovsendring eller grunnlovsbrudd?

- noen eksempler fra praksis
 - den internasjonale straffedomstolen: Kongens immunitet
 - Rt. 1959.306 (politistreik), jfr. grunnloven § 17 («ikke stride mot ... de lover som Stortinget har gitt ...»)
 - Rt. 1997.1821 (Kjuus), jfr. grl. § 100 (gammel og ny) samt EMK art. 10
 - Rt. 2007.1281 (tomtefeste I), særlig om broken av grl. § 97 eller § 105

8) Konstitusjonellnødrett ...

- ... blir det dessverre ikke tid til å si noe om her