

REGJERINGSADVOKATEN

«DOMSTOLENE OG DOMSTOLSKONTROLL»

FORELESNING 24. JANUAR 2018
JUS2111 STATSFORFATNINGSRETT
DET JURIDISKE FAKULTET, UIO

ADVOKAT MARIUS EMBERLAND

1. INNLEDNING

1.1 Hva er tema? Noen eksempler fra Høyesterett

Rt 1959 side 306 (Oslo Politiforening)

- Hva saken gjaldt

Ved provisorisk anordning av 20. desember 1957 forbød Kongen for tidsrommet inntil 1. april 1958 ingeniører i statens tjeneste og tjenestemenn ved Oslo politikammer - som hadde sagt opp sine stillinger og ved oppsigelsen var medlemmer av Den Norske Ingeniørforening eller Oslo Politiforening - å gå til hel eller delvis arbeidsstans for å tvinge frem endringer i sine lønns- og arbeidsvilkår. De to foreninger påsto at anordningen falt utenfor området for den provisoriske anordningsmyndighet etter Grunnlovens § 17 og tillike var i strid med § 27 i tjenestemannsloven, men fikk ikke medhold. For det siste spørsmåls vedkommende dissenterte 4 dommere.

- Hva Høyesterett sier om vårt tema (side 309, 310)

Men om Kongen som forvaltningsmyndighet er bundet av fristbestemmelsen i § 27 annet ledd, er den etter min mening ikke til hinder for at han som lovgiver etter Grunnlovens § 17 gir bestemmelse om streikeforbud med sikte på situasjonen etterat oppsigelsesfristen, eventuelt den forlengede frist, etter § 27 er utløpet.

Jeg ser med andre ord anordningen av 20. desember 1957 som et supplement til tjenestemannslovens § 27, utferdiget for en situasjon som ikke dekkes av loven, - ikke som en bestemmelse i stri med loven. ...

Jeg finner etter dette at den provisoriske anordning av 20. desember 1957 ligger innenfor rammen av Kongens anordningsmyndighet etter Grunnlovens § 17, og at den

ikke står i strid med tjenestemannslovens § 27. Staten må derfor bli å frifinne.

Rt 2014 side 402 (Forsvarets skolesenter)

– Hva saken gjaldt

En søker som anså seg forbigått ved utnevning i stillingen som sjef ved Forsvarets skolesenter, fikk ikke medhold i at den utnevning som hadde funnet sted, stred mot likestillingsloven 1978 § 4, jf. § 3 og § 3a. Høyesterett la til grunn at domstolene måtte kunne foreta en saklighets- og forsvarlighetskontroll av kravene til kvalifikasjoner for ansettelse i den aktuelle stillingen, og at de også måtte kunne prøve om de kvalifikasjonskrav som var oppstilt, faktisk var oppfylt. Det ble også uttalt at domstolskontrollen med hensyn til avgjørelsen av hvem av flere kvalifiserte søkere som er best kvalifisert, må begrenses til å prøve om avgjørelsen er saklig og forsvarlig. Ved den konkrete vurderingen kom Høyesteretts flertall til at fastsettingen av kvalifikasjonskrav til søkerne og vektingen av disse kravene var saklig og forsvarlig, og at det - på bakgrunn av de egenskaper ved søkerne som ble vektlagt - også var saklig og forsvarlig å anse den person som ble utnevnt, som best kvalifisert for stillingen. Argumentet om at hun var kvinne, som til dels var trukket frem i utnevningssprosessen, var da ikke avgjørende for utnevningen. Denne var da ikke i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd jf. § 3.

– Hva Høyesterett sier om vårt tema

* Flertallet

71. Staten og partshjelperen har anført at domstolenes prøvingskompetanse er mer begrenset enn ellers når utnevningen, som i denne saken, har skjedd av Kongen i statsråd, jf. Grunnloven § 21 jf. § 28. Det er jeg ikke enig i. Beskyttelsen mot kjønnsdiskriminering må være den samme uavhengig av hvem som står for ansettelsen, og av om stillingen er på et høyere eller lavere nivå, jf. også EU-domstolens dom 6. juli 2000 i saken Katarina Abrahamsson og Leif Anderson mot Elisabeth Fogelqvist (sak C-407/9) premiss 2. En annen sak er at innslaget av faglig skjønn ofte vil være større der utnevningen gjelder lederstillinger og/eller foretas av Kongen i statsråd, slik at domstolenes prøvingskompetanse av den grunn er begrenset.

* Mindretallet (dommer Skoghøy)

115. Staten og B har anført at domstolenes kompetanse til å prøve vedtak som Kongen har truffet i medhold av prerogativmyndighet etter Grunnloven, er begrenset. Dette synspunktet er klart uholdbart. Hvorvidt et område av den utøvende myndighet hører under Kongen etter Grunnloven § 3 eller er tillagt ham som prerogativ, har betydning for

hvorvidt Stortinget kan legge myndigheten til andre organer, men har ingen betydning for domstolenes prøvingskompetanse. Den omstendighet at utnevning av embetsmenn ved Grunnloven § 21, jf. § 28, er lagt til Kongen i statsråd, danner således ingen begrensning for domstolenes kompetanse til å prøve utnevnesvedtak. Det kan heller ikke hevdes at utnevninger i statsråd gjennomgående er av mer faglig karakter enn andre ansettelse. EU-domstolen har da også fastslått at beskyttelsen mot diskriminering på grunn av kjønn er den samme uavhengig av om den stilling som skal besettes, er på høyere eller lavere nivå, se EU-domstolens dom 6. juli 2000 i saken Katarina Abrahamsson og Leif Anderson mot Elisabeth Fogelqvist (sak C-407/98) premiss 2.

HR-2016-2228-A (Segway), dom 31 oktober 2016

– Hva saken gjaldt

En tiltalt etter vegtrafikkloven § 22 første ledd hadde under alkoholpåvirkning kjørt et tohjulet selvbalerende kjøretøy - en såkalt Segway. Høyesterett fant det klart at kjøretøyet, som var bestemt til å kjøre på bakken uten skinner, og som ble drevet frem av en elektrisk motor, ble omfattet av motorvogndefinisjonen i vegtrafikkloven § 2 andre ledd. Anken over lagmannsrettens dom, som hadde opphevet tingrettens frifinnende dom på grunn av gal lovanvendelse, ble forkastet.

– Hva Høyesterett sier om vårt tema

(29) Forsvareren har endelig gjort gjeldende at det materielle lovskrav som følger av Grunnloven § 96 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 7 ikke er oppfylt. Det fremheves at uttalelsene i forarbeidene, unntaket for el-sykler og tidligere dommer samlet sett skaper større usikkerhet om hva som rammes av vegtrafikkloven § 22 første ledd enn det EMK artikkel 7 gir anledning til.

(30) I henhold til EMDs praksis følger det at lovskravet i EMK artikkel 7 nr. 1 innebærer et krav om at straffebudene skal være klare, presise og tilgjengelige. I korthet innebærer dette at lovene må være tilgjengelige og utformet på en slik måte at den enkelte med rimelighet kan innrette sin atferd på bakgrunn av lovgivningen. Det er i denne sammenheng avklart at det ikke er tilstrekkelig med en klar lovtekst dersom andre rettskilder medfører at rettsstillingen likevel må sies ikke å gi rimelig veiledning. ...

(31) Vegtrafikklovens definisjon av motorvogn skaper ingen klarhet, og heller ikke etter en slik analyse som EMD har gitt anvisning på ved tolking av EMK artikkel 7, kan jeg se at det oppstår noen relevant usikkerhet om lovforståelsen, hverken i relasjon til Grunnloven § 96 eller i relasjon til EMK artikkel 7.

HR-2016-2554-P (Holship), Høyesteretts plenumsdom 16 desember 2016

– Hva saken gjaldt

Norsk Transportarbeiderforbund hadde varslet boikott for å tvinge en dansk bruker av Drammen havn til å inngå tariffavtale med bestemmelser om fortrinnsrett til losse- og lastearbeid for havnearbeidere tilknyttet Administrasjonskontoret for havnearbeid i Drammen. Høyesterett, som behandlet saken i plenum, kom til at boikotten var ulovlig fordi den hadde et rettsstridig formål, jf. boikottloven § 2 bokstav a. Selv om det overordnede formål med boikotten var å ivareta arbeidstakerinteresser, innebar den en uakseptabel restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31. Den fortrinnsrett som ble krevet, tilfredsstilte heller ikke kravet til rimelig balanse mellom etableringsretten og en eventuell grunnleggende rett til boikott. Høyesterett uttalte blant annet at Grunnloven § 92 må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter til å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett. ... Dissens 10-7.

– Hva Høyesterett sier om vårt tema

(66) Ved grunnlovsvedtak 13. mai 2014 fikk Grunnloven flere nye viktige bestemmelser om menneskerettigheter. Disse nye grunnlovsbestemmelsene har selvsagt grunnlovs trinnhøyde og går dermed foran bestemmelser som er gitt ved ordinær lov.

(67) Grunnloven § 92, som fikk sin nåværende form ved grunnlovsrevisjonen 13. mai 2014, pålegger statens myndigheter å «respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Ordlyden er ikke klar, og på bakgrunn av enkelte uttalelser i Innst.186 S (2013-2014), side 22 har det vært reist spørsmål om bestemmelsen skal forstås slik at den gir alle internasjonale menneskerettsbestemmelser som Norge var bundet av 13. mai 2014, grunnlovs rang, se Skoghøy, «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven», Lov og Rett 2015 side 195-196.

(68) I vår sak har NTF med støtte av LO hevdet at Grunnloven § 92 er en inkorporasjonsbestemmelse som gir Den reviderte europeiske sosialpakten, ILO-konvensjon nr. 87 om foreningsfrihet og vern av organisasjonsretten og ILO-konvensjon nr. 98 om retten til å organisere seg og til å føre kollektive forhandlinger grunnlovs trinnhøyde. Som grunnlag for dette har det særlig vært vist til at flertallet i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité i Innst.186 S (2013-2014), side 22 uttaler at henvisningen til internasjonale menneskerettskonvensjoner i Grunnloven § 92 tar sikte på å hindre «misforståelser om hvilke

internasjonale menneskerettigheter som har grunnlovs rang».

(69) Denne uttalelsen er imidlertid vanskelig å forene med at kontroll- og konstitusjonskomiteens flertall samtidig sier at «en henvisning til Norges internasjonale forpliktelser ikke vil endre dagens rettstilstand». Hvis § 92 gir alle internasjonale menneskerettsbestemmelser som Norge var bundet av 13. mai 2014, grunnlovs rang, vil bestemmelsen ikke bare gjøre menneskerettsloven overflødig, men også de menneskerettsbestemmelser som ved grunnlovsrevisjonen i 2014 ble tatt inn i Grunnloven, og bestemmelsen ville åpenbart ha endret tidligere rettstilstand.

(70) På denne bakgrunn finner jeg det klart at Grunnloven § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett.

Hva har disse eksemplene til felles? Hva gir de uttrykk for?

1.2 Nærmere om tema og videre opplegg

«Domstolene og domstolskontroll»: Det statsforfatningsrettslige perspektivet

Læringskravene

- «God forståelse av ... hovedreglene om statsmaktenes oppgaver og kompetanse»
- «God forståelse av ... hovedreglene om kontroll med statsmaktene (... domstolskontroll ...)

Forholdet til andre forelesningstemaer

Kort om den angitte litteraturens dekning av temaet

1.3 Herkules-myten og konstitusjonell virkelighet

Domstolsmakt sett *innenfra*: i) Myten om dommeren som en Herkules (*Dworkin: Law's Empire*, 1986) og ii) jussens uunngåelige juristperspektiv

Konstitusjonelle realiteter – domstolskontrollen sett *utenfra* (utenfor jussen): Domstolenes rolle bør ikke overdrives – andre former for kontroll større praktisk betydning: a) politisk kontroll, b) parlamentarisk

kontroll, c) demokratisk kontroll, d) Riksrevisjonen, e)
medienes kontrollfunksjon → *Smith* kap VII.1 og VII.2

1.4 Domstolene – hvem er de?

«Domstoler»

- De *offentlige* domstolene, jf. domstoloven § 1 (Høyesterett, lagmannsrettene, tingrettene).
Domstolshierarkiet
 - * Her: Særlig om *Høyesterett*. Hvorfor?
- *Riksrettens* særlige virksomhet – behandles ikke her → *Moltumyr Høgberg* kap. 5.3, *Smith* kap. VII.3
- *Internasjonale* domstoler – EU-domstolen, EFTA-domstolen, EMD → JUS2111 ... og internasjonal rett
- *Private* domstoler – voldgift i næringslivet og idretten mv

1.5 Domstolenes funksjoner

Domstolene som *statsmakt* – rollen i tenkningen om konstitusjonell maktfordeling

Domstolene har flere funksjoner i samfunnet

- *Forvaltningsvirksomhet*, eks lov om notarius publicus 26 april 2002 nr. 12 §§ 1 og 2 (tinglysning, ekteskapsinngåelse) og lov om fri rettshjelp 13 juni 1980 nr. 35 § §§ 18 og 19 annet ledd (innvilge fri sakførsel)
- *Løsning av tvister* – tvisteloven §§ 1-1 og § 1-3 → se også JUS4211 Prosess og strafferett
- Kompetansen til å *ilegge straff* – Grl § 96 første ledd, straffeloven og strprl første del, kap 22 og sjette del → se også JUS4211 Prosess og strafferett
- *Kontroll med de øvrige statsmaktene*

- * Domstolenes *ordinære gyldighetskontroll* med forvaltningens virksomhet → se også JUS2211 Forvaltningsrett
- * Domstolenes *forfatningskontroll* («domstolskontroll», «domstolenes prøvelsesrett» – terminologi i det følgende)

2. RETTSGRUNNLAGET FOR DOMSTOLENES KONTROLL MED DE ANDRE STATSMAKTENE

2.1 Grunnloven § 89

Grl § 89

I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven.

Grunnlovsvedtak 1 juni 2015, i kraft 12 juni 2015

– Bakgrunn/forarbeider:

- * Dok nr 16 (2011-2012) side 78 flg (forslag om ny Grl § 114)
- * Dok nr 12: 30 (2011-2012) (grunnlovsforslag om ny Grl § 114, alternativt § 89) side 181
- * Innst 186 S (2013-2014) pkt 2.1.13 – utsettelse for at «Stortinget skal få en så grundig og opplyst behandling ... som mulig»
- * Innst 263 S (2014-2015) side 9 flg (det endelige forslaget om ny Grl § 89) flertallets begrunnelse (side 9):

Komiteens flertall, alle unntatt medlemmet fra Senterpartiet, er av den oppfatning at uavhengige domstolers håndhevelse av både grunnlovsbestemte og lovbestemte rettigheter utgjør et ankerfeste for rettsstaten. At det finnes visse grenser for det demokratisk valgte flertallets politiske handlingsrom, er anerkjent i Grunnlovens formålsparagraf. I § 2 heter det således at Grunnloven ikke bare skal sikre demokratiet, men også rettsstaten og menneskerettighetene.

Det er folket i frie valg som velger sine representanter. Det rådende flertall gir gjennom lov og vedtak rettigheter og pålegger plikter, gir muligheter, men også begrensninger i

tråd med politiske prioriteringer. Grunnlovens sentrale funksjon er å gi rammer for hva et flertall kan presse gjennom overfor et mindretall, ja til sist hva det kan bestemme over det enkelte individ som har rettigheter som er ukrenkelige.

Mindretallet side 13:

Dette medlem mener at Stortinget dermed kan komme til å gi Høyesterett et frasparkspunkt for ytterligere å kunne øke sin kompetanse og makt.

2.2 Tidligere – den tradisjonelle «prøvingsretten»

Konstitusjonell sedvanerett, diskusjoner i litteraturen – særlig om kontrollen med lovgiver

Den tidlige oppfatningen, eks Holmøyvik: «Årsaker til utviklinga av prøvingsretten i Noreg og Danmark», TfR 2007 side 718 flg

Gradvis utvikling av tanken om den såkalte prøvingsretten som statsrettslig prinsipp og senere rettsregel («... slo rot i løpet av 1860-årene», Moltumyr Høgberg side 79)

- Høyesteretts dom i UfL 1866 side 165 (på side 172) *Wedel Jarlsberg mot Marine- og postdepartementet*

Hvad har Høiesteret at afgjøre, naar det forelægges paa een Gang Grundlov og privat Lov? Da har det, saavidt jeg kjender Statsretslæren, almindelig været vedtaget, at forsaavidt man ikke kan paalægge Domstolene at dømme efter begge Love paa engang, saa maa de nødvendigvis foretrække Grundloven ...

- Rt 1918 side 401 (konesjonssaken) (på side 404)

Efter min mening maa dette spørsmåal ansees avgjort baade i teori og praksis derhen, at grundloven sætter retslige grænser for lovgivningsmyndighetens kompetanse til at træffe bestemmelser, og at domstolen har ret og da ogsaa pligt til at prøve, om disse grænser er overholdt eller overskredet. Jeg finder det tilstrækkelig herom at henvise til utviklingen i Aschehougs offentlige ret bind III, kap. 63, § 19 flg., til avhandling av prof. Morgenstjerne i Rt-1913-449 flg. og for praksis's vedkommende til de av nævnte forfattere citerte tidligere avgjørelser av Høiesteret samt endvidere til domme i Rt-1917-392 og Rt-1917-402.

- Rt 1976 side 1 (Kløfta) (dissens 10-7 hva gjelder prøvingsintensiteten)

Flertallet (side 5): Det er på det rene at hvis anvendelsen av en lov fører til resultater som er i strid med grunnloven, vil domstolene måtte bygge sin avgjørelse på den regel som følger av grunnloven, ikke på lovbestemmelsen. Dette er det gitt uttrykk for i en lang rekke dommer av Høyesterett, og det er bekreftet i lov av 25. juni 1926 § 2, som gir særregler om Høyesteretts behandling av grunnlovskonflikter. Vi står her overfor en sikker konstitusjonell sedvanerett, og domstolenes kompetanse -- den såkalte prøvelsesrett -- er da heller ikke bestridt av kommunen eller Justisdepartementet i denne sak.

Mindretallet (side 22): Det er i saken ikke bestridt at det etter sikker konstitusjonell sedvanerett tilligger domstolene å prøve om en lov er i strid med grunnloven. I dette ligger at domstolene har rett og plikt til å unnlate å anvende loven om eller i den utstrekning den fører til resultater som ikke er forenlig med grunnloven. Kan loven forstås på flere måter, må domstolene velge en tolking som kan forenes med grunnloven.

Sedvanerettslig basis eller hjemlet i Grl § 88?

2.3 Tidligere – den ordinære gyldighetskontrollen med forvaltningens vedtak

Se nærmere *Smith VII.5* og *Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett* (10 utg, 2014) kap 33

Utgangspunktet før 1814: «Middelbar» kompetanse – domstolskontroll etter tillatelse fra Kongen

«Umiddelbar» kompetanse allerede fra 1830

Tolking av Grl § 88 i lys av konstitusjonell praksis

- Rt 2009 side 170 (voldsoffererstatning) avsn 42

Domstolskontrollen med forvaltningen har grunnlag i langvarig rettspraksis.

- Rt 1985 side 1985 (Lengeværende barn I) avsn 52

Selve prøvingsretten [av gyldigheten av forvaltningsvedtak] har konstitusjonelt grunnlag. De nærmere grensene må trekkes opp i praksis, og det er verken konstitusjonelle eller folkerettslige skranker for hvordan ordningen på dette punktet skal være. Hvilken kompetanse domstolene har, beror derfor i utgangspunktet på en tolking av de enkelte lovbestemmelsene.

2.4 Kort om andre rettsgrunnlag som berører domstolenes kontrollfunksjon

Uttrykk for domstolenes uavhengige stilling

- Grl § 88

Høyesterett dømmer i siste instans. Dog kan innskrenkninger i adgangen til å få Høyesteretts avgjørelse bestemmes ved lov.

Høyesterett skal bestå av en justitarius og minst fire andre medlemmer.

- Grl § 90 «Høyesteretts dommer kan i intet tilfelle påankes»
- Grl § 95 annet ledd «Statens myndigheter skal sikre domstolenes og dommernes uavhengighet og upartiskhet»

Grl § 92 og dens mulige betydning

Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter

- Forsøksvise fremstøt i og utenfor Høyesterett i 2015
- HR-2016-2554-P (Holship) avsn 70

Domstoloven § 5 fjerde ledd (fra 2007)

I saker etter første og annet ledd som er av særlig viktighet, kan det bestemmes at saken, eller rettsspørsmål i den, skal avgjøres av Høyesterett i storkammer, satt med 11 dommere. Ved vurderingen skal det blant annet legges vekt på om det oppstår spørsmål om å sette til side en rettsoppfatning Høyesterett har lagt til grunn i en annen sak, eller om saken reiser spørsmål om konflikt mellom lover, provisoriske anordninger eller stortingsbeslutninger og Grunnloven eller bestemmelser Norge er bundet av i internasjonalt samarbeid. I helt særlige tilfeller kan det bestemmes at saken, eller rettsspørsmål i saken, skal avgjøres av Høyesterett i plenum, som da består av alle Høyesteretts dommere som ikke er ugilde eller har forfall.

- Tidl plenumsloven 26 juni 2005 nr 2 (frem til 2007)

Twisteloven § 30-13 (1) om statens rett til å opptre i saker om Grunnloven

Når det i sak fremmet for Høyesterett reises spørsmål om å

sette til side eller fortolke innskrenkende regler gitt ved lov, provisorisk anordning eller stortingsbeslutning fordi reglene kan være i konflikt med Grunnloven eller med bestemmelser Norge er bundet av i internasjonalt samarbeid, skal Høyesterett varsle staten ved Justisdepartementet om saken. Staten har rett til å opptre i saken så langt det er nødvendig for å ivareta det offentlige interesser ved den mulige regelkonflikt.

3. INNHOLDET I DOMSTOLENES KONTROLLFUNKSJON: KONTROLLEN MED LOVGIVNINGEN

3.1 Kontroll i ettertid i enkeltsaker

Karakteren av domstolskontrollen med lovgivningen

- *Etterhåndskontroll*, ikke forhåndskontroll. Eks motsetningsvis Frankrike (Conseil d'Etat), Sverige (Lagrådet)
- *Konkret*, ikke abstrakt, kontroll: Domstolenes kontroll avhenger av de søksmål som bringes inn for løsning

Kontrollen med lovgivningen blir både kontroll med *lovgiver* og kontroll med *forvaltningens* bruk av lovgivningen

Kontroll med så vel *Stortinget* (formelle lover) som *departementene* (forskrifter)

Kontrollen begrenset til spørsmålet om de øvrige statsmakter har holdt seg innenfor konstitusjonelle rettsregler

- Rt 1976 side 1 (Kløfta) (på side 6)

Jeg finner også grunn til å presisere at domstolene uten videre må akseptere lovgiverens politiske vurderinger. Når Stortingets flertall i den foreliggende sak har lagt betydelig vekt på at ekspropriasjonerstatningsloven vil være et tjenlig middel til å holde eiendomsprisene nede og å forhindre at såkalt samfunnsskapt verdistigning tilfaller ekspropriatene, kan domstolene ikke tilside sette denne vurdering ut fra sitt eget skjønn. Spørsmålet kan bare være om den måte Stortinget har realisert sine intensjoner på, er forenlig med grunnloven. I den foreliggende sak kan jeg således ikke legge vekt på grunneiernes argumentasjon for så vidt den går ut på at loven ikke er noe økonomisk eller

politisk hensiktsmessig middel til å påvirke eiendomsprisene i vårt land.

Formalkontroll og innholdskontroll

Kontroll i form av *tilsidesettelse* (ved grunnlovsstrid) og annen form for domstolskontroll (*innskrenkende tolking* i lys av Grunnloven som *lex superior*)

- eks Rt 1976 side 1 (Kløfta) side 6

Før jeg forlater dette spørsmål, må jeg også nevne at grunnlovens betydning for domstolenes lovanvendelse ikke er uttømt ved det jeg nå har sagt. Er det tvil om hvordan en lovbestemmelse skal forstås, mener jeg at domstolene i sitt valg har rett og plikt til å anvende loven på den måte som best harmonerer med grunnloven eller med det prinsipp den enkelte grunnlovsbestemmelse er sprunget ut av. Jeg viser for så vidt til uttalelser i Rt-1880-278, særlig side 280 (Kristiania magistrat) og i Rt-1958-479, særlig side 482 (Mykle).

Prøvingsrett og prøvingsplikt

- Rt 1976 side 1 (Kløfta) (på side 5)

Det må videre legges til grunn at denne prøvesrett også er en prøvesplikt, slik at domstolene, når spørsmålet melder seg, er nødt til å avgjøre om grunnloven er gått for nær.

- Tilsv Rt 1918 side 401 (konsesjonssaken) (på side 404)

3.2 Varierende intensitet i kontrollen

Tredelingen som fastlagt i Høyesteretts praksis

- Rt 1976 side 1 (Kløfta) (side 5-6)

Det er imidlertid forskjellige oppfatninger av hvor meget det skal til for at domstolene skal sette en lov til side som grunnlovsstridig. Jeg finner ikke grunn til å uttale meg i sin alminnelighet om dette. Løsningen vil i noen grad avhenge av hvilke grunnlovsbestemmelser det er tale om. Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg som førstvoterende i plenumssaken inntatt i Rt-1952-1089, særlig side 1098 (hvalavgiftssaken), at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets

eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.

– Fulgt opp i senere avgjørelser, blant andre:

* Rt 1996 side 1415 (Borthen) (på side 1429)

Det stilles altså opp en tredeling, med bestemmelser til vern om enkeltmenneskers personlige frihet eller sikkerhet som den gruppe hvor Grunnloven gjennomslagskraft er størst, og med grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter som en mellomgruppe. Jeg ser denne tredelingen som grunnleggende riktig. Det er nok så at den er relativt grov, især omfatter de økonomiske rettigheter svært forskjellige kategorier, men som generelt utgangspunkt må grunnlovsvernet etter bestemmelser om den personlige frihet eller sikkerhet være sterkere enn grunnlovsvernet for økonomiske rettigheter.

* Rt 1997 side 1821 (Kjuus) (på side 1831)

Når det gjelder lovgivers syn på grunnlovsmessigheten, vil jeg bemerke: Grunnloven § 100 hører til blant de grunnlovsbestemmelser som er satt til vern av enkeltmenneskers personlige frihet og sikkerhet. Domstolskontrollen vil her være særlig sterk, og eventuelle forutsetninger fra lovgiver om grunnlovsmessigheten av straffebestemmelser som innskrenker ytringsfriheten, kan vanskelig tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet. Jeg viser i denne forbindelse til uttalelser i plenumsdommene i Rt-1976-1 og Rt-1996-1415.

* Rt 2010 side 143 (Rederiskatt) avsn 138

I Kløfta-dommen i Rt-1976-1er det lagt til grunn ei tredeling av omfanget av prøvingsretten, og dette er seinare gitt tilslutning i plenumssakene i Rt-1996-1415 (Borthen) og i Rt-2007-1281(Øvre Ullern Terrasse). I saka no er det tale om vern av økonomiske interesser i medhald av Grunnlova § 97, og saka står i ei mellomstilling ut frå oppdelinga i Kløfta-dommen. Samtidig er inndelinga relativt grov, jf. Borthen-dommen på side 1429, og innanfor kvar enkelt gruppe vil det vere rettar av svært forskjellig karakter.

* Rt 2010 side 1445 (Krigsforbryter) avsn 91

I Rt-1997-1821 (Kjuus), som gjaldt forholdet mellom straffelovens forbud mot rasediskriminerende ytringer og Grunnloven § 100 om ytringsfrihet, uttalte Høyesterett at domstolskontrollen her ville være særlig sterk, og at eventuelle forutsetninger hos lovgiver om grunnlovsmessigheten av straffebestemmelser som innskrenker ytringsfriheten, vanskelig kunne tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet (side 1831). I lys av det jeg har uttalt om den strenge vurderingsnorm som

gjelder på strafferettens område, og at vi her befinner oss i selve kjernen av integritetsvernet, må et tilsvarende synspunkt legges til grunn i vår sak.

Tilleggsmerknader ved prøvingen opp mot grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter

- eks Rt 1976 side 1 (Kløfta) (på side 6):

Jeg finner det klart at Stortingets forståelse av lovens forhold til slike grunnlovsbestemmelser må spille en betydelig rolle når domstolene skal avgjøre grunnlovmessigheten, og domstolene må vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgiverens. I og med at Stortinget har gitt ekspropriasjonserstatningsloven, må spørsmålet for domstolene bli om lovens regler leder til resultater som er forenlige med grunnlovens § 105, ikke om resultatene ville blitt de samme uten lovregler. Ut fra dette vil jeg for min del vike tilbake for å konstatere grunnlovsstrid i tilfelle hvor det foreligger rimelig tvil, og hvor Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med grunnloven. Men skal prøvesretten ha noen realitet, må domstolene benytte den der de finner det hevet over rimelig tvil at loven vil føre til resultater som er i strid med grunnloven.

- eks Rt 2007 side 1308 (Sørheim) avsn 41, 42 og 61

(41) De økonomiske rettigheter som vernes av Grunnloven § 105, omfatter ulike kategorier, og domstolenes prøvesrett vil kunne variere med karakteren av rettighetene. De særlige forhold som gjør seg gjeldende ved tomtefeste, og de hensyn lovgiver har bygget på ved utformingen av regelverket, som førstvoterende i ... HR-2007-1593-P har gitt en omfattende redegjørelse for, er et vesentlig ledd i begrunnelsen for Høyesteretts avgjørelser i den saken og i HR-2007-1594-P. Som jeg kommer til, er det nær sammenheng mellom lovens regler om regulering av festeavgift og om forlengelse og innløsning, og det vil da være begrenset hvor langt de særlige hensyn i festeforhold også kan trekkes inn ved vurderingen etter § 105.

(42) Som førstvoterende i sak HR-2007-1593-P fremhever, ligger det et kvalitetskrav i Høyesteretts forutsetning for å begrense prøvesretten i tvilstilfelle - at Stortinget klart har vurdert og bygget på at loven er i samsvar med Grunnloven. Dette må etter min mening i hvert fall bety at vesentlige konsekvenser av en lov, som klart fremstår som problematiske i forhold til Grunnloven § 105, må være overskuet og grunnlovmessigheten vurdert under lovforberedelsen. Fremgår ikke dette, kan uttalelser holdt på et generelt plan om at forholdet til Grunnloven er vurdert og funnet i orden, vanskelig tillegges avgjørende vekt av domstolene. Jeg viser på dette punkt til Selsbakkdommen, Rt-1990-284 på side 295.

(61) På denne bakgrunn finner jeg det for min del utvilsomt at anvendelsen av 40 prosentregelen i denne saken vil være i strid med Grunnloven § 105, og ut fra det syn på domstolenes prøvelsesrett jeg innledningsvis ga uttrykk for, vil Stortingets eget syn på grunnlovsmessigheten da ha begrenset vekt.

- Rt 2013 side 1345 (Volstad) avsn 131

Dette bringer meg tilbake til momentoppregningen i Borthen-dommen. Som første moment nevnes at det skal tas hensyn til hvilke rettigheter eller posisjoner det gjøres inngrep i. Som jeg har vist, er fiskeriforvaltningen et område med en særdeles aktiv myndighetsutøvelse og med vidtgående virkemidler som skal ivareta flere sentrale samfunnshensyn. Stor grad av politisk handlefrihet er både hjemlet i lovgivningen selv, og signaliseres til stadighet utad både fra regjeringen og Stortinget. Utviklingen kan ta ulike retninger avhengig av de politiske mål den til enhver tid sittende regjering ønsker å fremme. Dette kan selvsagt ikke frata aktørene innen fiskerinæringen ethvert vern etter Grunnloven § 97 - som nevnt har jeg konkludert med at det i vår sak er etablert en rettsposisjon som kan være vernet av Grunnloven. Men det viser at vi er på et område der staten bør ha atskillig handlefrihet til å regulere innholdet i fiskeflåtens rammevilkår, jf. tilsvarende betraktning i Rt-2006-262 ektefellepensjon avsnitt 81. Videre har dette betydning for hva aktører innen fiskerinæringen kan forvente med hensyn til langsiktigheten av de tiltak som iverksettes. Begge disse forhold må igjen virke inn på styrken av grunnlovsvernet.

Mindre intensiv prøving av forskrifters grunnlovsmessighet?

- Rt 1992 side 182 (Polar) (på side 186-187)

Jeg mener for min del at Høyesteretts prøvelse av lovers grunnlovsmessighet reiser spørsmål om forholdet mellom lovgiver og domstoler som ikke på tilsvarende måte gjør seg gjeldende ved vurderingen av forskrifters rekkevidde. Det er derfor ikke grunn til at domstolene - av hensyn til Stortingets syn - skal vise noen tilbakeholdenhet med å anvende det klare forbud mot tilbakevirkning i forvaltningsloven § 39. Jeg viser i denne forbindelse til Arvid Frihagen: "Forvaltningsloven" (2 utgave 1986) bind II side 835.

- Rt 2013 side 1345 (Volstad) – ingen tilsv uttalelser

3.3 Nærmere om de grunnlovsregler som lovgivningen måles opp mot

Hvilke deler av konstitusjonen brukes til kontroll med lovgivningen?

Både konstitusjonell sedvanerett og grunnlovsbestemmelser

(1) Regler om forholdet mellom statsmaktene mv («de institusjonelle bestemmelsene»)

Svært få saker om dette. Hvorfor?

- * HR-2016-296-A (Fellesforbundet for sjøfolk) avsn 77-82

(77) Det har vært alminnelig antatt i teorien at et lovvedtak kan bli ugyldig som følge av grove brudd på den vedtakelsesprosedyre som følger av Grunnloven. Ulike mindre praktiske eksempler har vært trukket frem, men noen feil av en slik art har ikke forekommet i praksis.

(78) I saken her er det tale om angivelige feil av en helt annen karakter, og det er vanskelig å forestille seg at feil av den art som er påberopt skal kunne føre til ugyldighet av et lovvedtak eller erstatningsplikt for staten. Domstolene må forholde seg til de materielle lover Stortinget vedtar. Det er opp til Stortinget å vurdere hvor omfattende lovforberedelser som er påkrevd, og det er opp til Stortinget både å vurdere de faktiske forutsetninger for lovvedtaket og hvilke virkninger loven må forventes å ville få. Domstolskontrollen omfatter ikke, som ved forvaltningsvedtak, spørsmålet om lovvedtaket bygger på en forsvarlig utredning, bygger på riktige faktiske forutsetninger eller om loven fører til kvalifisert urimelige resultater. Den som har slike innvendinger mot en lov som Stortinget har vedtatt, må ad politisk vei søke denne endret.

(79) Den utøvende makt har utvilsomt en opplysningsplikt overfor Stortinget. Dette er i dag uttrykkelig fastsatt i Grunnloven § 82, som lyder slik:

«Regjeringen skal meddele Stortinget alle de opplysninger som er nødvendige for behandlingen de saker den fremlegger. Intet medlem av statsrådet må fremlegge uriktige eller villedende opplysninger for Stortinget eller dets organer.»

(80) Bestemmelsen ble tilføyd ved grunnlovsvedtak i 2007, men den ble forutsatt å ha samme innhold som tidligere konstitusjonell sedvanerett. I Innst.S.nr.210 (2002-2003), side 15, understrekte en samlet kontroll- og

konstitusjonskomité betydningen av at Stortinget får et godt grunnlag for de vedtak som treffes:

«Komiteen vil understreke betydningen av at Stortinget får informasjon som gjør det i stand til å foreta en forsvarlig vurdering av innhold og virkning av de vedtak som fattes. Siden det er regjeringen som forbereder og fremlegger de fleste saker for Stortinget, som leder forvaltningen og har råderetten over det offentlige utredningsapparat, har den et særskilt ansvar for å sikre at Stortinget gis et forsvarlig beslutningsgrunnlag.»

(81) Komiteen presiserer så opplysningspliktens omfang slik:

«Komiteen vil understreke at de opplysninger regjeringen legger fram for Stortinget, må være korrekte. Dette innebærer at det må være samsvar mellom opplysningene og den underliggende realitet. Komiteen vil også understreke at det må stilles krav til utførligheten i den informasjon som fremlegges.»

(82) Det kan på denne bakgrunn være grunnlag for ulike syn på om Nærings- og fiskeridepartementet i Ot.prp.nr.85 (2005-2006) burde ha drøftet forholdet til Sosialpakten, om ytelsene etter sjømannpensjonstrygdloven burde vært oppgitt, og om departementet skulle foretatt en nærmere avklaring av aktuelle arbeidsforhold til sjøs. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette. Det vil være opp til Stortinget å påse at det foreligger et forsvarlig grunnlag for et lovvedtak, og det vil være opp til Stortinget å forfølge eventuelle brudd på opplysningsplikten. Det kan kanskje ikke utelukkes at opplysningsplikten overfor Stortinget kan misligholdes i en slik grad at det kan oppstå et erstatningsansvar for staten overfor borgere som berøres av lovvedtaket, men normalt vil det ikke være aktuelt å gripe forstyrrende inn i forholdet mellom statsmaktene ved å oppstille en slik erstatningsplikt. I saken her er det uten videre klart at det i hvert fall ikke foreligger brudd på opplysningsplikten av en slik karakter, og erstatningssøksmålet kan heller ikke føre frem på dette grunnlaget.

* Rt 1991 side 173 (Ingvaldsen)

Saksøkeren anla sak med påstand om at endringene i Grunnloven § 58 og § 59 om utjevningsmandater var grunnlovsstridige som stridende mot Grunnlovens ånd. Det foreliggende søksmål kunne ikke tas under behandling av domstolene.

Side 174: Lagmannsretten, som i motsetning til byretten ikke tok stilling til om Kjell Ingvaldsen hadde rettslig interesse i søksmålet, kom på samme måte som byretten til at innholdet i grunnlovsvedtak ikke kunne prøves for domstolene. ... Høyesteretts kjæremålsutvalg finner, som byretten og lagmannsretten, at det foreliggende søksmål

*ikke kan tas under behandling av domstolene.
Lagmannsrettens kjennelse må derfor stadfestes.*

- * Rt 1952 side 932 (Lønn i suspensjonstiden for uavsettelige embetsmenn)

Plenumsbehandling. 6 politiembetsmenn hadde vært medlemmer av Nasjonal Samling og ble ved frigjøringen suspendert uten lønn i henhold til § 5 i utrenskningsanordningen av 24. november 1944. Deres krav på regulativmessig lønn til avskjeden ble tatt til følge. Flertallet (8 dommere) uttalte at det uten hensyn til fortolkningen av Grunnloven § 22 var gjeldende rett da anordningen ble gitt at uavsettelige embetsmenn hadde krav på lønn i suspensjonstiden. Det stred da mot Grunnloven § 97 å anvende anordningen mot saksøkere som allerede var utmeldt av Nasjonal Samling da anordningen ble gitt. Et mindretall (4 dommere) mente at kravet hverken hadde hjemmel i Grunnloven § 22 eller i noen etterfølgende sedvanerettsdannelse og forkastet også saksøkernes påstand om at suspensjonene var ugyldige som foretatt av andre enn Kongen i henhold til delegasjon. Et annet mindretall (1 dommer) var enig med flertallet, men med sin egen begrunnelse.

- * Rt 1983 side 1004 (Børre Knudsen) (side 1015)

Om dette spørsmål skal jeg nøye meg med å bemerke at Børre Knudsen kan vise til en sterk oppslutning fra kirkelig hold om det syn at abortloven støter an mot kristne grunnverdier. Det ligger i sakens natur at domstolene vil ha vanskelig for å etterprøve en slik vurdering. Men jeg kan heller ikke se at det oppstår noe spørsmål om det i den foreliggende sak. Uansett om det vil kunne hevdes at loven ikke harmonerer med den evangelisk-lutherske religion, kan jeg ikke se at dette gir rettslig grunnlag for å anse Grunnloven § 2 annet ledd og § 4 krenket. Etter min oppfatning kan disse bestemmelser ikke forstås slik at de oppstiller skranker for statens alminnelige lovgivning.

(2) De deler av Grunnloven som anses som politiske programerklæringer

Domstolene er tilbakeholdne med å gå inn i spørsmålene. Hvorfor?

Eks Grunnloven § 110

Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring. Den som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold, har rett til støtte fra det offentlige.

Nærmere bestemmelser om ansattes medbestemmelsesrett på sin arbeidsplass fastsettes ved lov.

* LB-2015-25759 (advokatbevilling)

Den langvarige nektelsen er også trukket fram som moment av A i tilknytning til hans anførsel om at Grunnlova § 100 første ledd er krenket. Det betviles ikke at nemndas vedtak har medvirket til at det er blitt svært vanskelig for A å få jobb som jurist, iallfall i det distriktet han bor nå. Dette er likevel først og fremst et utslag av de negative referanser han har i utsikt å få fra sine tre tidligere prinsipaler og av den beskjedne juridiske praksis han har hatt etterpå, noe som også er nærliggende å se i sammenheng med den svekkede tillit som er oppstått hos prinsipalene. Under enhver omstendighet er det ikke framkommet noe som tilsier at nemndas vedtak har ført til at A ikke lenger «kan leve av arbeidet sitt», jf. Grunnlova § 100 første ledd første punktum. Det ble blant annet opplyst at han i de siste åra har hatt arbeid for et rekrutteringsselskap.

- Anke til Høyesterett ikke tillatt fremmet, jf. HR-2016-1483-U

Eks Grunnloven § 112

Enhver har rett til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevares. Naturens ressurser skal disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterslekten.

Borgerne har rett til kunnskap om naturmiljøets tilstand og om virkningene av planlagte og iverksatte inngrep i naturen, slik at de kan ivareta den rett de har etter foregående ledd.

Statens myndigheter skal iverksette tiltak som gjennomfører disse grunnsetninger

- * Pågående tvist for Oslo tingrett mellom Greenpeace og Natur og ungdom mot staten v/Olje- og energidepartementet. Prøving av vedtak om tildeling av utvinningstillatelser i 23. konsesjonsrunde

(3) Grunnlovens bestemmelser om forholdet mellom staten og privatpersoner (rettighetsbestemmelsene)

Særlig på dette området det finnes domstolspraksis. Hvorfor?

Kontroll med regler hjemlet i konstitusjonell sedvanerett

- * Eks Rt 1997 side 1821 (Kjuus) (på side 1833)

Vårt politiske system er basert på politiske partier, og retten til å danne et politisk parti er fundamental. Adgangen til å registrere politiske partier er lovfestet i valgloven av 1 mars 1985 nr 3 § 17. Det oppstilles ikke annet enn visse formkrav og krav om et visst antall underskrifter fra stemmeberettigete for å få partiet registrert. Noen kontroll av innholdet i et eventuelt partiprogram foretas ikke. Mye taler for at retten til å danne politiske partier i dag følger av konstitusjonell sedvanerett.

Jeg kan ikke se at det av retten til å danne et politisk parti kan utledes at grupperinger som gjør dette, og ikler sine standpunkter formen av et partiprogram, skal stå fritt til å agitere for ethvert syn, uansett hvilke inngrep det måtte innebære overfor andre mennesker. I denne forbindelse er det grunn til å peke på at hvis adgangen til å utforme et partiprogram skal være helt fri, må det ledsages av en rett for enhver som deler partiets oppfatning, til å agitere og arbeide for programmet, også uavhengig av stortings- og kommunevalg. I vår sak er det tale om programposter som går ut på tvangssterilisering og tvangsabort. Jeg kan ikke se at Grunnloven § 100 - eventuelt ulovfestede konstitusjonelle prinsipper - nødvendiggjør at ytringer om dette skal være straffrie dersom de er inntatt i et politisk program.

Grunnlovsbestemmelser om rettigheter

- * Tidligere: Særlig Grunnloven §§ 96, 97 og 105
- * I og med grunnlovsendringene i 2014/2015: Betydelig bredere grunnlag for grunnlovskontroll

4. INNHOLDET I DOMSTOLSKONTROLLEN: SÆRLIG OM RETTIGHETSBESTEMMELSER

4.1 De typiske temaene: Grunnloven §§ 97 og 105

Lang tradisjon for prøving av tilbakevirkningsproblematikk, særlig for økonomiske rettigheter – bl a Rt 1996 side 1415 (Borthen), Rt 2010 side 1143 (Rederiskatt), Rt 2013 side 1345 (Volstad)

Nyere eksempler på det samme

- Ulike dommer om tomtefeste, eks HR-2016-304-S (Guldberg) storkammerdom 10 februar 2016; Rt

2015 side 1180 (Opplysningsvesenets fond), Rt
2015 side 421 (Grimstvedt) mv

- HR-2016-389-A (Carl I Hagen), dom 19 februar 2016

Den tidligere lov om pensjonsordning for stortingsrepresentanter av 12. juni 1981 nr. 61 ble endret med virkning fra 1. januar 2011. Pensjonsgrunnlaget, som tidligere tilsvarte stortingsrepresentantenes lønn til enhver tid, ble nå endret, slik at det skulle reguleres i samsvar med lønnsveksten og deretter reduseres med 0,75 prosent. En pensjonert stortingsrepresentant fikk ikke medhold at den nye reguleringsbestemmelsen var i strid med Grunnloven § 97 eller med EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1-1.

(77) Jeg konstaterer videre at det uavhengig av normvalg må skje en avveining mellom de vernede interesser på den ene siden, og de samfunnsmessige hensynene på den annen. Vurderingen må skje konkret for dem som er parter i saken, men det må kunne tas hensyn til helheten ved lovreguleringen, se avsnitt 155 i rederiskattedommen. Ved vurderingen har det betydning hvilke rettigheter eller posisjoner inngrepet gjelder, hvilket grunnlag den enkelte eller en gruppe har for sine forventninger, om inngrepet er plutselig og betydelig, og om fordelingen av byrdene rammer den enkelte eller en gruppe særlig hardt, jf. Borthen-dommen og strukturkvotedommen. De samfunnsmessige hensynene må holdes opp mot dette. Jeg vil utdype dette når jeg kommer tilbake til den konkrete avveiningen.

(78) Det kan ikke være tvilsomt at inngrep i trygderettigheter må vurderes etter normen «klart urimelig eller urettferdig» - dette følger både av Borthen-dommen og Thunheim-dommen. Spørsmålet er om et inngrep i reguleringsmekanismen i stortingspensjonene må vurderes etter samme norm. Jeg tar her utgangspunkt i statspensjonenes tradisjonelle særstilling.

(87) Jeg finner det ikke nødvendig å ta stilling til hvilken norm som generelt skal gjelde ved inngrep i statspensjoner. Temaet i vår sak er endringen i reguleringsbestemmelsen for stortingspensjonene. Det dreier seg om en lovendring som griper inn i utøvelsen av en etablert rettsposisjon, hvor tilbakevirkningselementet er lite fremtredende. Jeg tar derfor utgangspunkt i «Borthen-normen». Men jeg understreker - som fremholdt i strukturkvotedommen avsnitt 101 - at denne normen er «relativ ... fleksibel og skjønnsmessig». Det fremgår videre av avsnitt 99 i dommen at det skal foretas en konkret forholdsmessighetsvurdering. Ved denne vurderingen får det betydning at grunnlaget for Hagens pensjonsrettighet er sterkere enn tilfellet var i Borthen- og Thunheim-dommene, som begge gjaldt inngrep i trygderettigheter.

4.2 Grunnloven § 96 første ledd og kravet om lovhjemmel for straff

En gjenganger i praksis

Eks HR-2016-1458-A (Haxi), dom 30 juni 2016

Tre personer var bøtlagt for å ha utført persontransport mot vederlag uten løyve. Kontakten mellom sjåfør og passasjer var formidlet gjennom mobilapplikasjonen Haxi. Høyesterett kom som de tidligere instanser til at vilkåret for løyveplikt i yrkestransportloven § 4 første ledd andre punktum - at tilbudet om transport «vert retta til ålmenta på offentlig plass» - ikke var oppfylt. Forholdet gikk ikke inn under lovens ordlyd, og det var ikke grunnlag for analogisk fortolkning. En eventuell utvidelse av den straffesanksjonerte løyveplikten måtte skje ved ny lovgivning, jf Grl 96 og EMK artikkel 7. Anken over lagmannsrettens dom, som igjen forkastet anken over tingrettens frifinnende dom, ble forkastet.

(8) Før jeg går inn på dette lovtolkningsspørsmålet, minner jeg om lovkravet i strafferetten, slik dette følger av Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 Dette omfatter dels et krav om at straffebudene utformes tilstrekkelig presist til å gi nødvendig veiledning om grensen mellom rett og galt på det aktuelle området, og dels en instruks om at domstolene ved tolkningen og anvendelsen av straffebestemmelser må påse at straffansvar ikke ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker. Jeg viser spesielt til [Rt-2009-780 avsnitt 20-21](#) (derivat), [Rt-2011-469 avsnitt 9](#) (mishandling av tidligere samboer), [Rt-2012-313 avsnitt 29](#) (grov «selvvasking»), [Rt-2012-752 avsnitt 26](#) (helikopterlanding), [Rt-2012-1211 avsnitt 18](#) og [22](#) (internettblogg) og [Rt-2014-238 avsnitt 15-19](#) (hønsekauk). Den forståelsen av lovkravet som ligger til grunn for disse dommene, utelukker også straff per analogi - altså med den begrunnelse at det forholdet som er til pådømmelse, har så store likhetstrekk med det som omfattes av et straffebud, at det bør bedømmes likt.

4.3 Grunnloven § 100

En gjenganger i domstolspraksis

– Eks Rt 2011 side 1011 (Universitetsprofessor)

Saken gjaldt en universitetsprofessor som ble avskjediget fordi han grovt og gjentatt krenket sine tjenesteplikter, jf. tjenestemannsloven § 15 første ledd bokstav a. Høyesteretts ankeutvalg la vekt på at ytringsfriheten setter svært vide rammer for hva en vitenskapelig ansatt kan si om faglige og administrative spørsmål, men at hensynet til arbeidsmiljøet kan gjøre at ytringsfriheten i de mest graverende tilfeller må vike. Avveiningen må skje i tråd

med Grunnloven § 100 andre og tredje ledd og EMK artikkel 10 nr. 2. Retten fant at anken var uten utsikter til å føre frem og at heller ikke andre hensyn tilsa at det ble gitt samtykke til at anken ble fremmet for Høyesterett.

*(8) Høyesteretts ankeutvalg understreker at ytringsfriheten, slik denne blant annet kommer til uttrykk i Grunnloven § 100 første ledd og EMK artikkel 10 nr. 1, gir svært vide rammer for hva en vitenskapelig ansatt kan si om faglige og administrative spørsmål, selv om dette innebærer å tale ledelsen eller andre midt i mot. Den frie akademiske meningsutveksling er en grunnleggende verdi, og en forutsetning for at universiteter og høyskoler skal kunne fylle sin oppgave i et demokratisk samfunn. Det vises i denne forbindelse til EMDs dom 23. juni 2009 i saken *Sorguc mot Tyrkia (17089/03) (EMD-2003-17089)* avsnitt 35, jf. avsnitt 21. Men også en vitenskapelig medarbeider må ta et visst hensyn ved sin opptreden overfor kolleger og andre han kommer i kontakt med i sin stilling. Han må også ha arbeidsmiljøet for øye. I de mest graverende tilfeller vil ytringsfriheten måtte vike også på en arena som dette, i den forstand at ytringer som er utilbørlige på grunn av form, tid, forum, omfang eller skadevirkninger, kan danne grunnlag for avskjed. Den ansattes vilje til dialog med arbeidsgiveren for å få konflikter over på konstruktive spor, vil også utgjøre en del av bildet. Avveiningen må skje i tråd med Grunnloven § 100 andre og tredje ledd og EMK artikkel 10 nr. 2.*

(9) Mot denne bakgrunn, og med utgangspunkt i det faktiske grunnlaget for avskjeden som er beskrevet i avskjedsvedtaket, sammenholdt med de tidligere retters bevisbedømmelse, finner Høyesteretts ankeutvalg det enstemmig klart at As anke er uten utsikter til å kunne føre frem.

– Eks Rt 2012 side 536 (Sjikane mot dørvakt)

Domfelte hadde i beruset tilstand fremsatt sjikanøse beskyldninger overfor en dørvakt på et utested. Formålet var å nedverdige fornærmede og å underkjenne hans egnethet som dørvakt ut fra hudfargen. Utsagnene ble ansett for å innebære en grov nedvurdering av en gruppes menneskeverd, og var ikke vernet av Grunnloven § 100. Domfeltes anke over domfellelsen etter strl. § 135a ble enstemmig forkastet.

33. En oppfatning av at det alminnelige grunnlovsvernet ikke må gå for langt på dette området er kommet til uttrykk i Innst.S.nr.270 (2003-2004) fra Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité. Innstillingen ble behandlet forut for endringene i straffeloven § 135a i 2005. Komitéflertallet peker på viktigheten av at dette straffebudet setter nødvendige grenser for kvalifisert krenkende uttalelser som hetser minoritetene. Deretter heter det i pkt. 4.5.1:

«Flertallet understreker i denne sammenheng at terskelen for hva som kan regnes som kvalifisert krenkende uttalelser i rettspraksis kan synes noe høy.»

38. For avgjørelsen av saken her er det ikke nødvendig å angi hvilke grenser som nå skal gjelde i sin alminnelighet på dette feltet. Tiltaltes utsagn er som allerede flere ganger nevnt, fremsatt som sjikane uten annet formål enn å nedverdige den fornærmede ut fra hans hudfarge. Ytringene er fremsatt i en sammenheng der yrkesutøveren er avhengig av respekt fra gjester og publikum. Situasjonen har ikke hatt noe til felles med den kjerneverdi ytringsfriheten skal beskytte, nemlig det frie ordskiftet. Det er ikke noe ved anledningen som ligner på en slik sammenheng. Utsagn som i vår sak, nyter i så måte et beskyddet grunnlovsværn - om noe vern overhodet vurdert opp mot diskrimineringsvernet. Jeg bedømmer etter dette utsagnene slik at de innebærer en grov nedvurdering av en gruppes menneskeverd, slik Høyesterett i Rt-2007-1807 avsnitt 33 oppsummerte som et kriterium for straffansvar.

4.4 Nytt grunnlag for kontroll som følge av grunnlovsendringene i 2014

Betydelig økning i antall grunnlovssøksmål med henvisning til de nye rettighetsbestemmelsene

- Eks HR-2016-2591-A (Rettslig handleevne), dom 20 desember 2016

Høyesterett kom til at en kvinne som var psykiatrisk pasient skulle fratras sin rettslige handleevne i økonomiske forhold. Bestemmelsen i vergemålsloven § 22 andre ledd, som gir adgang til et slikt inngrep, måtte legges til grunn selv om den skulle være i strid med FN-konvensjonen om rettigheter til mennesker med nedsatt funksjonsevne, som ikke er inkorporert i norsk rett. Bestemmelsen er ikke i strid med Grunnloven § 102 eller EMK artikkel 8. Ved den konkrete vurderingen la Høyesteretts flertall på tre dommere til grunn at lovens krav til fare for vesentlig forringelse av formuen var oppfylt, slik at kvinnen måtte fratras rettslig handleevne i økonomiske forhold fullt ut. Det ble videre uttalt at det ved delvis fratakelse av rettslig handleevne i økonomiske forhold kunne treffes særskilt beslutning om at den vergetrengende ikke kan stifte gjeld. Dissens 3-2

(68) Selv om Grunnloven § 102 ikke gir anvisning på om det overhodet kan gjøres lovlige begrensninger i privat- og familielivet, er det - på samme måte som etter EMK artikkel 8 nr. 2 - på det rene at det vil være tillatt å gripe inn i rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig, jf. Rt-2015-93 avsnitt 60 (Maria) med videre henvisninger.

(69) *Hel eller delvis fratakelse av rettslig handleevne til beskyttelse av den vergetrengendes interesser ligger innfor rammen av EMK artikkel 8 nr. 2, jf. blant annet EMDS dom 18. september 2014 Ivinovic mot Kroatia [EMD-2013-13006] avsnitt 35. Videre er det klart at de nasjonale myndigheter har en vid skjønnsmargin ved valg av tiltak, forutsatt at beslutningsprosessen er «fair and such as to ensure due respect of the interests of the safeguarded by Article 8», jf. blant annet EMDs dom 22. januar 2013 Lashin mot Russland avsnitt 90. [EMD-2002-33117]*

(70) *Det er lite tvilsomt at vergemålsloven § 22 sammen med grunnsetningen om minste middels prinsipp oppfyller konvensjonskravet til hjemmel, formål og forholdsmessighet, og at bestemmelsen dermed er forenlig med menneskerettighetene i Grunnloven og EMK.*

– Eks HR-2016-941-U (konkurskarantene)

Konkursdebitor som for tingretten hadde frafalt krav om muntlige forhandlinger i spørsmålet om konkurskarantene, gjorde gjeldende at lagmannsretten hadde begått saksbehandlingsfeil ved ikke å avholde muntlige forhandlinger i saken. Ankeutvalget uttalte at det var en saksbehandling av lagmannsretten at det ikke var vurdert om det under henvisning til [EMK artikkel 6](#) nr. 1 og [Grunnloven § 95](#) skulle vært avholdt muntlige forhandlinger, men at det - om man skulle bygge på at debitor hadde krav på muntlige forhandlinger for lagmannsretten - ikke var begått noen feil som hadde hatt betydning for sakens utfall. Anken over lagmannsrettens kjennelse ble forkastet

(6) *I en sak om konkurskarantene følger det av EMK artikkel 6 nr. 1 at vedkommende har krav på muntlige forhandlinger, jf. Rt-2007-1135 med videre henvisning jf. nå også Grunnloven § 95. A hadde for tingretten fått frist til 18. desember 2015 med å inngi eventuelle bemerkninger til bostyrerens forslag om konkurskarantene, og innen samme frist til å kreve muntlig forhandling. A fremsatte ikke bemerkninger eller krav om muntlig forhandling for tingretten. Utvalget finner at det da må legges til grunn at A frafalt muntlige forhandlinger for tingretten. Den omstendighet at det for førsteinstansen foreligger et gyldig frafall av retten til muntlige forhandlinger, vil være av betydning for spørsmålet om det etter EMK artikkel 6 nr. 1 er et krav at det blir avholdt muntlige forhandlinger i anneninstansen, jf. Rt-2007-1135 med videre henvisning.*

(7) *Lagmannsretten har lagt til grunn at anken kan behandles uten muntlig forhandling etter hovedregelen i tvisteloven § 29-15 første ledd. Ankeutvalget finner at det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke foretok en nærmere vurdering av om det under henvisning til EMK artikkel 6 nr. 1 og Grunnloven § 95 skulle holdes muntlige forhandlinger. Selv om man skulle bygge på at A hadde krav på muntlige forhandlinger for lagmannsretten, har*

den feil som i så fall er begått, etter utvalgets syn ikke hatt betydning for sakens utfall.

Utfordringer med et dobbelt sett av rettsregler
(EMK/EMD og Grunnloven/norske domstoler)

5. INNHOLDET I DOMSTOLENES KONTROLLFUNKSJON: DEN ORDINÆRE GYLDIGHETSKONTROLLEN MED FORVALTNINGENS VEDTAK

Rt. 2012 side 1985 (Lengeværende barn I) avsnitt 53

Selve prøvingsretten har konstitusjonelt grunnlag. De nærmere grensene må trekkes opp i praksis, og det er verken konstitusjonelle eller folkerettslige skranker for hvordan ordningen på dette punktet skal være. Hvilken kompetanse domstolene har, beror derfor i utgangspunktet på en tolking av de enkelte lovbestemmelsene.

Rettsgrunnlaget er altså konstitusjonelt, men innholdet reguleres ikke (først og fremst) av konstitusjonen

Ulike former for domstolskontroll med forvaltningens vedtak

(1) Legalitetskontroll

Domstolenes prøving av om et forvaltningsvedtak er lovlig: a) personelle kompetansemangler, b) prosessuelle kompetansemangler (saksbehandlingsfeil), c) materielle kompetansemangler: i) feil i det faktiske grunnlaget, ii) feil lovtolking, iii) i strid med lex superior, iv) i strid med uskrevne forvaltningsrettslige regler («myndighetsmisbrukslæren»)

(2) Hensiktsmessighetskontroll

Spørsmålet om forvaltningens vedtak innholdsmessig er rimelige (politisk, etisk, mv). Utgangspunkt ikke domstolenes oppgave – forvaltningens (frie) skjønn. Vanskelige grensedragninger mellom legalitetskontroll og hensiktsmessighetskontroll. Eckhoff/Smith (10. utg., 2014) kap 24 og 33 og Eckhoff side 299-300

Resultatet av domstolenes kontroll med forvaltningens vedtak

- Dom for ugyldighet
- Dom for offentlig erstatningsansvar
- Realitetsdom. Avhenger av rettsgrunnlaget.

- * I hovedsak begrenset adgang, jf. Rt. 2001 side 995 (side 1004)

Etter min mening er det ikke grunnlag i tradisjonell norsk rett for en generell regel om at domstolene ved lovbundne forvaltningsvedtak kan gi dom for realiteten. Jeg vil ikke utelukke at domstolene bør ha adgang til å gi realitetsdom i særlige tilfeller, for eksempel der noe annet vil være unødig formalisme eller hvis et forvaltningsorgan mot formodning ikke innretter seg lojalt etter en domstolsavgjørelse. Men den klare hovedregelen er den motsatte: domstolenes kontroll med forvaltningen er innskrenket til en legalitetskontroll. Dom på positivt vedtak krever særskilt hjemmel...

- * Bekreftet i Rt. 2009 side 170 (voldsoffererstatning) avsnitt 41 flg og Rt. 2012 side 1985 (Lengeværende barn I) avsnitt 65

6. DOMSTOLSKONTROLLEN I PERSPEKTIV

6.1 Den overnasjonale domstolskontrollens betydning

6.2 Domstolskontrollen i Norge sammenlignet med enkelte andre land

Norske domstolers forfatningskontroll i vestnordisk (og amerikansk) perspektiv

Konstitusjonsdomstoler – Høyesterett ingen «konstitusjonsdomstol»

6.3 Økt domstolsmakt på bekostning av andre statsmakter?

Diskusjonen særlig relatert til menneskerettighetskontrollen – Grl § 110c/Grl § 92, de nye rettighetsbestemmelsene

Ulike synspunkter – ulike perspektiver

Er domstolskontrollen legitim? Øynene som ser.
Demokratibegrepet. Rettsstaten. Ressurs- og
kunnskapsperspektivene

6.4 Tilbake til Herkules-myten og den konstitusjonelle virkeligheten

7. AVSLUTNING: HVA KREVES AV DERE TIL EKSAMEN?