

III. LOVSKRAVET

Lovskravet – plan for forelesningen

1. Hva er lov?
2. Om anvendelsen av lovsformen
3. Betydningen av krav om lov for statsmaktene og borgerne
4. Hvorfor lovskrav?
5. Lovskravets rang og rettsgrunnlag
6. Hva krever hjemmel i lov?
7. Hva menes med med hjemmel i lov?
8. Når foreligger hjemmel i lov?

1. Hva er «lov»?

- Lov – vedtaksformen
 - Grl. § 76-79
 - Krav til forslagsstillere
 - Behandlingsmåte
 - Antall vedtak
 - Forholdet til utøvende makt

2. Om anvendelsen av lovsformen

- Lov kan brukes til ulike formål:
 - Forby handlinger (Straffeloven)
 - Påby handlinger (Vegtrafikkloven)
 - Organisere statsforvaltning (Lov om helseforetak)
 - Gi rettigheter (Folketrygdloven)
 - Uttrykke verdistandpunkter (Naturmangoldloven § 1)
- Når kan lov ikke brukes?
 - Om Kongens grunnlovsumiddelbare kompetanser
 - Dømmende avgjørelser
 - Individuelle rettigheter
 - Andre begrensninger av Stortingets kompetanse
- Når må lov brukes?
 - Blant annet Grunnlovens § § 51, 55, 59, 60, 96, 119 og 120
 - Krav til lov i andre tilfeller? Lovskravet

3. Hva betyr krav om lov for statsmaktene og borgerne?

- Lovgivende makt: Stortinget
 - Krav til saksbehandling
- Utøvende makt: Regjering og forvaltning
 - Skranke og fullmakt
- Dømmende makt: Høyesterett og domstolene
 - Krav til rettskildebruk
- Borgerne
 - Rettigheter og plikter

4. Om lovkravets begrunnelse

- Argumenter for lovskrav (Stortingsbehandling)
 - Forutberegnelighet
 - Vern av borgernes friheter og rettigheter
 - Mulighet for kontroll
 - Skranke mot myndighetsmisbruk, korrupsjon, usaklig forskjellsbehandling
 - Maktfordeling
 - Offentliggjøring, åpenhet og media
 - Deliberativt demokrati
- Argumenter mot lovskrav (Stortingsbehandling)
 - Faglig ekspertise
 - Lokal deltakelse
 - Organisasjoner
 - Fleksibilitet og tid
 - Deliberativt demokrati?

5. Lovskravets rang og rettsgrunnlag

- Grunnlovsfestet - § 113
 - «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov»
- Andre spredte grunnlovsbestemmelser
 - Generelt på strafferettens område jf § 96
 - All fengsling jf § 94
- Forutsetningsvis i Grl § 49, 75 a
- Konstitusjonell sedvanerett
- Ulovfestet prinsipp
- EMK
 - ett av flere vilkår for inngrep i rettigheter
- EU/EØS-rett
 - krav til avgrensning av forvaltningens myndighet på området for frie friheter

6. Hva krever hjemmel i lov?

- Grl § 113: «*Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov*»
- Bakgrunn og formål:
 - Vedtatt ved Grunnlovsbeslutning av 6. mai 2014
 - Før 6. mai 2014: sedvanebasert rettsregel med grunnlovsrang
 - Formål med grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet
 - Dok 16 2011-2012, s. 248 (Menneskerettsutvalget):
 - Synliggjøre prinsippet
 - Vise at det fungerer som reell skranke for makthavernes myndighetsutøvelse
 - Prinsippets sentrale plass tilsier at det er uttrykt i Grunnloven
 - Stortingets kontroll- og konstitusjonskomite Innst 186 S (2013-2014) s. 32-33:
 - Legalitetsprinsipp bør grunnlovsfestes på grunn av det generelle målet om å bidra til at Grunnloven inneholder de sentrale deler av vår statsskikk.
 - Komiteen merker seg at Menneskerettighetsutvalget viser til at generell grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet ikke vil endre dagens rettstilstand

- Hva er «inngrep overfor den enkelte»?
 - Utgangspunkter:
 - Kvalifiserte forhold som rammer den enkelte
 - Inngrepets art: tvang eller nektelse av særfordeler?
 - Inngrepets styrke: plikt til å oppgi opplysninger eller rive et hus?
 - Rettsgodet som blir grepet inn i: personlig integritet eller generelle økonomiske forhold
 - Inngrepet formål: nødvendig for å realisere et viktig samfunns mål eller mindre viktig for samfunnet?
 - Lovhjemmel ikke nødvendig for
 - organisering og instruering av interne forhold i forvaltningen (organisasjons- og instruksjonskompetanse)
 - drift av og rådighet over offentlig eiendom (eierkompetanse)
 - inngåelse av avtaler (avtalekompetanse)
 - beslutninger og handlinger som har grunnlag i sedvanerett (sedvanerettskompetanse)
 - nødrettsdisposisjoner (nødrettskompetanse)



Eksempler på anvendelse av lovskravet

- Klare tilfeller hvor lov er nødvendig: Forbud og påbud
 - Pålegg om at 18-åringer skal gå på universitet er et inngrep i den enkelte 18-årings frihet
- Klare tilfeller hvor lov ikke er nødvendig:
 - Regjeringens avtaler om kjøp av kontormøbler til markedspris er ikke et inngrep overfor den enkelte
 - Om regjeringen, på statens grunn, forbyr graving, sprengning mv, er det ikke inngrep overfor noen enkelt
 - Når regjeringen beslutter hvordan departementene skal organiseres og kontorbygg fordeles, er det ikke inngrep overfor noen
- Eksempler på uklare tilfeller
 - Hvilke vilkår kan forvaltningen stille?
 - Kan aksept av sykehjems plass også være aksept av ikke-uttalte vilkår om tvungen vask og sårstell?
 - Om adgang til å stille ikke-uttalte vilkår om tvang, vil det foreligge hjemmel for inngrep på sykehjemmet, se Rt 2010 side 612
 - Hvor langt rekker det offentliges eierrådighet?

Oppgave

- Peder Ås er direktør i Statskog SF. Han ser med bekymring på at syklister sliter på naturen på statens grunn i Sirdalsheiene. Han beslutter derfor å nedlegge forbud mot bruk av sykkel av flere angitte strekninger.
- Kan staten forby bruk av sykkel på de angitte strekningene?

- Lov også nødvendig for beslutning eller handling som er i konflikt med gjeldende lov
 - Eksempel på nødvendighet av lovvedtak for å endre noe som er fastsatt i gjeldende lov
 - Regjeringen kan ikke alene beslutte at det skal bli tillatt å føre motorvogn med større alkoholkonsentrasjon i blodet enn 0,2 promille.
 - Vegtrafikkloven § 21 fastsetter at den som har større alkoholkonsentrasjon i blodet enn 0,2 promille regnes for «påvirket av alkohol».
 - Endring av promillegrensen krever endring av Vegtrafikkloven, som kun Stortinget kan foreta gjennom nytt lovvedtak.
 - Eksempel på nødvendighet av lovvedtak for at offentlige tjenestemenns handling skal være straffefrie:
 - Lærere kan ikke anvende spanskrør på elever.
 - Straffelovens § 228 fastsetter at den som «øver Vold mod en annens Person elle paa anden Maade fornærmer ham på Legeme» kan straffes
 - Det må lovvedtak til for at lærer som anvender spanskrør mot elever ikke skal straffes

- Rettsteoretisk analyse og det formelle legalitetsprinsippet
 - Sondringen mellom rettslig bindende beslutninger og faktiske handlinger
 - Både beslutninger og handlinger kan kreve hjemmel i lov – men grunnlag kan være forskjellig
 - Beslutninger forutsetter kompetanse  Lov nødvendig ved utøvelse av kompetanse uten annet kompetansegrunnlag (formelt legalitetsprinsipp)
 - Frihet til å foreta handlinger med mindre det foreligger forbud/påbud  Lov nødvendig for å foreta handlinger som er i strid med lov (lex superior)

Praktiske konsekvenser av et formelt legalitetsprinsipp?

- Klare tilfeller hvor lov er nødvendig: Forbud og påbud:
 - Det foreligger ikke noe særskilt kompetanse for at Regjeringen kan beslutte at 18 åringer skal gå på universitet. Påbud om universitetsplikt krever derfor hjemmel i lov.
- Klar tilfeller hvor lov ikke er nødvendig
 - Regjeringen kan inngå avtale om kjøp av kontormøbler i kraft av avtalekompetanse
 - Regjeringen kan på statens grunn forby graving, sprengning mv, i kraft av eierrådighet
 - Regjeringen kan beslutte hvordan departementene skal organiseres i kraft av myndighet til å organisere statsforvaltningen (organisasjonsmyndighet)
- Eksempler på uklare tilfeller:
 - Hvor langt rekker kompetanse til å stilles vilkår ved begunstigende tillatelser?
 - Hvis kompetanse til å stille ikke-uttalte vilkår om tvang ved aksept av sykehjemsplass trenger ikke beslutning om tvungen sårstell og vask hjemmel i lov jf sårstelldommen Rt 2010 side 612.
 - Hvor langt rekker det offentliges eierrådighet?
 - Kan Regjeringen forby bruk av sykkel på statens grunn i Sirdalsheiene?
 - Om eierrådigheten gir adgang til å forby bruk av sykkel vil forbudet mot bruk av sykkel ikke kreve hjemmel i lov, se Rt 1973 side 869 (snøscooter på statens grunn)

Lovskravet i praksis – Sårstelldommen

- Sårstelldommen Rt 2010 side 612
 - (26) ”Spørsmålet i saken er om Akerselva sykehjem under disse omstendigheter er avskåret fra å foreta det stell og den pleie av A som er beskrevet i det jeg nettopp siterte, med mindre A i hvert enkelt tilfelle gir sin tillatelse”
 - (27) ”Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner – herunder i tilknytning til offentlig pleie og helsehjelp. Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet.”

- Sårstelldommen – anvender tilsvarende normformulering som nedfelt i GrL § 113
 - «alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner....Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet»
 - Er tvungen vask og sårstell et inngrep overfor den enkelte?
 - Klar krenkelse av personlig frihet og integritet
 - Personlig frihet er vernet i straffelovens kapittel 21 og EMK artikkel 8
 - Høyesteretts konklusjon: Aksept av sykehjemsplass innebar at det kunne stilles ikke-uttalte vilkår, som ga nødvendig rettsgrunnlag for inngrepet

- Er Sårstelldommen forenelig med et formelt legalitetsprinsipp?
 - Var vask og sårstell handlinger eller utslag av beslutninger
 - Handlinger trenger ikke hjemmel i lov med mindre de strider mot forbud i lov
 - Er det lovforbud mot tvungen vask og sårstell ?
 - Se straffeloven av 1902 § 222
 - ”Med bøter eller med fengsel inntil 3 år straffes den, som ved rettsstridig adferd eller ved å true med sådan tvinger nogen til å gjøre, tåle eller undlate noget, eller som medvirker hertil.”
 - Er tvungen vask og sårstell ”rettsstridig adferd”? Nei, hvis et vilkår for sykehjemsplassen er at man må finne seg i tvungen vask og sårstell

- Oppsummering av hva som krever hjemmel i lov:
 - Materielt og formelt legalitetsprinsipp: To perspektiver på samme rettstilstand
 - Sårstelldommen gir uttrykk for at det finnes et materielt legalitetsprinsipp, men kan også forklares ut i fra lex superior prinsippet og et formelt legalitetsprinsipp
 - Uavhengig av perspektiv: Lovskravet er nyansert!

- Hva krever hjemmel i lov – avslutning:
 - Inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov (Legalitetsprinsippet i GrL § 113)
 - Mulig rettsteoretiske analyse: Lov nødvendig ved utøvelse av kompetanse uten annet kompetansegrunnlag (det formelle legalitetsprinsippet)
 - Sammenlikning av legalitetsprinsippet i Grunnloven med det formelle legalitetsprinsippet:
 - Eksempler på klare tilfeller ved begge tilnærminger
 - Universitetsplikt, anskaffelse av kontormøbler, bruk av egen grunn, organisering
 - Eksempler på uklare tilfeller ved begge tilnærminger
 - Tvungen vask og sårstell, forbud mot bruk av sykkel på egen grunn
 - De to tilnærmingene angir to ulike måter å formulere problemstillingene på - men resultatene blir for det alt vesentlige de samme
 - Hvilken tilnærming som anvendes er uviktig så lenge rettstilstanden beskrives nyansert
 - Lov er uansett nødvendig dersom noe som er fastsatt i lov skal endres, oppheves, eller om det skal foretas handlinger som er forbudt i lov (lex superior)

7. Hva menes med hjemmel i lov?

- Formelle lovvedtak i henhold til Grunnlovens prosedyrer
 - Også forskrifter vedtatt med hjemmel i formell lov
 - Hjemmel = Ordlyden i lovteksten + tolking
- Provisoriske anordninger
- Nødrett

- Kravet til lovhjemmelens klarhet er relativt

- Nærmere om relativiteten i krav til lovhjemmelen
 - Bakgrunn i blant annet:
 - Rt 1906 side 526 (Larsen) – utvidende tolkning av ekspropriasjonstillatelse
 - Rt 1954 side 96 (Råfiskelaget) – krav til at lovhjemmelen er klar og uomtvistelig
 - Rt. 1995 side 530 (Fjordlaks)

«Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn. En slik mer sammensatt vurdering må etter min mening legges til grunn ved avgjørelsen av de hjemmelsspørsmål som oppstår i denne saken.»

Oppgave

- Gir lov om overføring av fast eiendom § 2 hjemmel for følgende tiltak?
 - Regjeringen vil sikre traseen til den gamle «femmila» i Nordmarka, og det besluttes i statsråd å ekspropriere vesentlige deler av de private grunneierens eiendom i Nordmarka.
 - Flere statsråder ønsker seg strandtomter på Tjøme, og det besluttes i statsråd å ekspropriere flere eiendommer for dette formål.

§ 2. oreigningsinngrep kan setjast i verk etter vedtak av eller samtykke frå Kongen, så langt det trengst til eller for:

1. Kyrkje og gravplass.
2. Universitet og høgskule.
3. Skule.
4. Museum.
5. Kringkasting.
6. Fengselstell.
7. Poststell.
8. Tollstell.
9. Telefon- og telegrafstell.
10. Fyrstell.
11. Hamnestell.
12. Brannstell.
13. Politistell.
14. Arbeidslæger for vernepliktige sivilarbeidarar.
15. Militærstell.
16. Luftferdsle.
17. Jarnveg, sporveg, kabelbane og hengjebane.
18. Bilrutedrift.
19. Varmekraftverk, vindkraftverk, kraftliner, transformatorstasjonar og andre elektriske anlegg.
20. Tiltak som tryggjer at kraftverk og kraftliner ikkje vert skadde eller øydelagde i ufredstid.
21. Tiltak som tryggjer at lager eller verk for drivemne ikkje vert skadde eller øydelagde i ufredstid.
22. Rettsrom.
23. Kontorrom for det offentlege.
24. Apotek.
25. Sjukehus og annan medisinal eller psykiatrisk heim og liknande.
26. Kommunale tiltak.
27. Samyrketiltak.
28. Fiske, fangst av sjødyr, akvakultur og verksemd i samband med slikt, medrekna undervisning, forskning og utvikling.
29. Velte- og opplagsplass for skogsvyrke, og tiltak for fløting.
30. Utnytting av skogsvyrke.
31. Bustadbygging eller å få eigar- eller bruksrett til tuft som det står hus på når huseigaren ikkje eig grunnen.
32. Industriltak.
33. Hotell, herberge, matstove og liknande.
34. Møtehus og annan sams tilstelnad av liknande slag.
35. Barneheim, barnehage, leikeplass og liknande for born.
36. Ferieheim, helseheim, kvileheim og liknande.
37. Frimark, naturpark og anna markestykke der kven det er kan lauga seg eller halda til i friluft.
38. Idrottsplass.
39. Skibakke.
40. Skytebane.
41. Stasjon som tek imot oljerestar frå farkostar.
42. Opplagsplass eller destruksjonsverk for søppel eller anna avfall.
43. Plass til å grava ned, øydeleggja eller sterilisera dyreskrottar, smitteførande ting og liknande.
44. Atomverk.
45. Undersøking etter og utvinning av petroleum, og bygging og drift av røyrleidningar for transport av petroleum og av petroleumproduktar med anlegg og sikringsfelt som høyrer til slike.
46. Kulturminnetiltak.
47. Vassforsyning og avløp.
48. Fjernvarmeanlegg.
49. Vern og kultivering av anadrome laksefisk og innlandsfisk, og tiltak for fiske og anna verksemd i samband med dette.
50. Senking av grunnvassnivået.
51. Vasskraftproduksjon.
52. Tiltak for ferdsel og transport i vassdrag.
53. Tiltak til vern mot flom eller utrasing i vassdrag.
54. Øvrige vassdragstiltak som ikkje vert omfatta av nr. 29, 47 eller 50-53.

8. Når foreligger hjemmel i lov?

- Legalitetsprinsippet som tolkningsfaktor
 - Ved tolkningen av lovbestemmelser som gir forvaltningen en særskilt hjemmel er legalitetsprinsippet en tolkningsfaktor
 - Lovens ordlyd må være klar for å gi hjemmel til inngripende tiltak
 - Lovens ordlyd kan være mindre klar for mindre inngripende tiltak
 - Tolkningen vil for øvrig bero på en sammensatt vurdering jf Fjordlaksformelen

- Særlig om legalitetsprinsippet på EMK og EØS-rettens område
 - Inngrep i EMK beskyttede rettigheter må blant ha nødvendig hjemmel for å være lovlige
 - Inngrep må ha
 - Anerkjent hjemmel for offentlig myndighetsutøvelse i intern rett
 - Hjemmelen må være tilgjengelig
 - Hjemmelen må være klar
 - Se blant annet EMDs avgjørelse i Sunday Times
 - Inngrep i EU/EØS-rettens fire friheter må være ikke-diskriminerende, forholdsmessige tiltak for å beskytte legitime allmenne hensyn, for å være lovlige
 - Forvaltningens myndighet må være avgrenset for å sikre forutberegnelighet
 - Se blant annet C-483/99 Golden Shares (Frankrike)