



Kontroll- og konstitusjonskomiteen

Deres referanse: [Deres ref.]

Vår referanse: [Vår ref.]

Dato: 15.04.2020

## Vurdering av forslag om endring av Grunnloven § 89

### 1. Innledning og konklusjon

Norges institusjon for menneskerettigheter («NIM») har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig. NIM skal blant annet gi råd til Stortinget, regjeringen og andre offentlige organer om gjennomføringen av menneskerettighetene i Norge.

Vi er blitt bedt av kontroll- og konstitusjonskomiteen om å vurdere et forslag til endring av Grunnloven (Grl.) § 89 om domstolenes prøvingsrett. Spørsmålene vi er blitt bedt om å vurdere, er om forslaget vil gi en slik ordlydsforbedring som det angir, og også om det vil kunne endre bestemmelsens saklige innhold.

Den menneskerettslige innfallsvinkel til disse spørsmålene er den samme som det såkalte «Lønningutvalgets»<sup>1</sup> begrunnelse for å foreslå prøvingsretten grunnlovsfestet, nemlig å «synliggjøre at domstolene har rett og plikt til å foreta prøving både på grunnlag av eldre og nye rettighetsbestemmelser i Grunnloven».<sup>2</sup> Domstolenes kompetanse til å prøve om lover og forvaltningsvedtak strider mot Grunnloven er en viktig garanti for at menneskerettighetene etterlevs. Det er gjennom domstolenes avgjørelser at det kan settes makt bak kravene, slik at menneskerettighetskrenkelser repareres.<sup>3</sup>

Det er NIMs vurdering at den foreslåtte endring av Grl. § 89 ikke vil gjøre det lettere å lese prøvingsrettens reelle meningsinnhold ut fra Grunnlovens tekst, se pkt. 3.1.

---

<sup>1</sup> Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

<sup>2</sup> Id. s. 80.

<sup>3</sup> Id. s. 79.

Videre vil en endring i tråd med forslaget klart endre bestemmelsens meningsinnhold fra det Lønningutvalget og Stortinget mente å grunnlovsfeste i 2015, fordi den utvider bestemmelsen fra en kodifisering av grunnlovskontrollen til også å omfatte den generelle legalitetskontroll med forvaltningens avgjørelser, se pkt. 3.2.

## 2. Bakgrunn

Forslaget til endring av Grl. § 89 er fremsatt av Michael Tetzschner, Erik Skutle og Per Olaf Lundteigen.<sup>4</sup> Det «tar ikke sikte på å rokke ved Stortingets vilje til å la systemet for domstolskontroll komme til uttrykk i Grunnlovens tekst. I samsvar med formålet om å grunnlovsfeste den etablerte ordningen, tar forslaget heller ikke sikte på å endre bestemmelsens saklige innhold. Formålet er utelukkende å gjøre det mulig for det storting som skal velges i september 2017, å bringe paragrafens ordlyd bedre i samsvar med dens tilsiktede meningsinnhold.»<sup>5</sup>

Grunnloven § 89 i dens nåværende form ble tatt inn i Grunnloven i 2015, og var ment å kodifisere en side av den såkalte «prøvingsretten», nemlig den delen av vår statsforfatningsrett som går ut på at «domstolene har rett og plikt til å prøve lovers grunnlovsmessighet»,<sup>6</sup> slik at denne retten og plikten fremgikk av Grunnloven, og ikke bare fulgte av konstitusjonell sedvanerett.

Det finnes to typer prøvingsrett som følger av konstitusjonell sedvanerett – domstolenes kontroll av om lover og annen myndighetsutøvelse holder seg innenfor Grunnlovens grenser, og domstolenes kontroll av om forvaltningens avgjørelser holder seg innenfor lovens grenser. Grl. § 89 hadde som mål å grunnlovsfeste den første av disse.<sup>7</sup>

Grunnloven § 89 lyder i dag slik:

*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*

Endringsforslaget går ut på å oppheve dagens tekst, og erstatte den med følgende formulering:

*Domstolene kan ikke avgjøre en sak i strid med Grunnloven eller landets lover.*

I forslaget er følgende argumenter anført for at § 89 bør endres: For første angis at den foreslåtte formuleringen gjør det lettere å lese prøvingsrettens reelle meningsinnhold ut fra Grunnlovens tekst, herunder forhindre at bestemmelsen kan leses som om den gir anvisning på såkalt «abstrakt lovkontroll»; for det andre at «domstolskontrollen med forvaltningen ikke bare gjelder regjeringens og forvaltningsapparatets respekt for

---

<sup>4</sup> Dokument 12:19 (2015–2016).

<sup>5</sup> Id., s. 1.

<sup>6</sup> Dokument 16 (2011–2012) s. 80

<sup>7</sup> Innst 263 S., (2014–2014) s. 4

Grunnloven, men at den også omfatter forvaltningens binding til loven (legalitetskontroll); for det tredje at «kontrollen ikke bare gjelder beslutninger av «statens» myndigheter, men alle avgjørelser som treffes under utøving av offentlig myndighet» - og endelig at den foreslåtte endring vil tydeliggjøre at «domstolene også skal påse at grunnlovsbestemmelser som må tolkes slik at de begrenser privates handlefrihet, blir respektert når den saken de har til behandling, gjør det nødvendig».<sup>8</sup>

### 3. Vurdering

#### 3.1. Bidrar forslaget til at prøvingsrettens meningsinnhold lettere kan leses ut av Grunnloven?

##### 3.1.1. Generelt

At borgerne skal kunne lese ut av Grunnlovens tekst mest mulig av det som faktisk er vår reelle statsforfatning er et viktig ideal. Dette idealet var et sentralt motiv for Stortingets reform av Grunnloven i 2014-2015.

Dessverre er det slik at mange av de nyanser som våre grunnlovsbestemmelser må leses med, ikke fremgår klart av deres ordlyd.<sup>9</sup> Det er også slik at hvis alle nødvendige nyanser skulle vært med, ville bestemmelsene blitt veldig tunge å lese, og, paradoksalt nok, kanskje mindre forståelige. De ville også forlate den knappe formen som kjennetegner vår grunnlov, og som Stortinget med sin grunnlovsreform i 2014-15 bestrebet seg på å videreføre.

Ser man på Grunnloven i sin helhet, peker ikke Grl. § 89 seg ut som en bestemmelse med særlig uklar ordlyd.

Hvis ordlyd det var mulig å misforstå generelt skulle være et argument for at Grunnloven burde endres, finnes det mange bestemmelser med mer uklar ordlyd enn den, som man i så fall burde vurdere å endre.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Dokument 12:19 (2015–2016), s. 1-2

<sup>9</sup> Et sentralt eksempel på dette, er at mange av rettighetsbestemmelsene som kom inn gjennom grunnlovsreformen i 2014 er formulert absolutt, uten at det fremgår at det kan gjøres inngrep i dem dersom inngrepet har hjemmel i lov, er nødvendig og proporsjonalt. Grunnen til dette, er at bestemmelsene ble søkt holdt i tråd Grunnlovens knappe formuleringer, og at inngrepsadgangen derfor ikke ble inntatt i de aktuelle bestemmelsene, men isteden skulle fremgå av én generell inngrepsbestemmelse. Denne generelle inngrepsbestemmelsen ble imidlertid ikke vedtatt. Domstolene har for lengst innfortolket den inngrepsadgangen bestemmelsen skulle gi (se bl.a. Rt, 2014 s. 1105 og Rt, 2015 s. 93), i praksis fungerer dette greit. Men det har ført til at ingen av de relative rettighetsbestemmelser i Grunnloven kan forstås bare ut fra sin ordlyd.

<sup>10</sup> Eksempler på dette er at det er Kongen selv som velger sine statsråder i Grl. § 12, at praksiskonstruksjonen «lite inngripende myndighetsutøvelse» gjør at Stortinget kan overføre formell myndighet til EU med vanlig flertall etter Grl. § 26 istedenfor med ¾ flertall etter § Grl. 115, at ordet «tilbakevirkende» ikke alltid betyr tilbakevirkende i Grl. § 97, så fremt tilbakevirkningen er «uegentlig», at «full erstatning» ved ekspropriasjon i Grl. § 105 ikke nødvendigvis betyr full erstatning, for å nevne noen.

Vi stiller oss tvilende til om den foreslåtte endringen egentlig får frem bestemmelsens «tilsiktete meningsinnhold» – altså retten og plikten til å anvende lover innenfor de rammer *Grunnloven* setter – bedre eller klarere enn det dagens formulering gjør. Slik endringsforslaget er formulert, fremstår det isteden som en slags tilleggskodifisering av legalitetsprinsippet for domstolene, som så er supplert med *Grunnloven* – altså en slags utvidet variant av det som allerede fremgår av Grl. §§ 96 jf. 113.<sup>11</sup>

Selv lest uten en slik mer helhetlig vurdering, får budskapet i den foreslåtte endringen – at domstolene må se hen til både *Grunnlov* og lov når de dømmer, og passe på at de avgjør sakene de vurderer på en måte som holder seg innenfor begge normsett – ikke så godt frem det som Lønningutvalget og Stortinget understreket at er hovedpoenget med Grl. § 89: Den særskilte kontrollen domstolene har rett og plikt til å foreta av lover og myndighetsbeslutninger opp mot *Grunnloven*, for å kontrollere om de holder seg innenfor det *Grunnloven* tillater.

### 3.1.2. Særlig om faren for Grl. § 89 på sikt vil kunne anses for å gi anvisning på «abstrakt lovkontroll»

Forslaget fremhever særlig at en endret formulering av Grl. § 89 vil «klargjøre at det ikke er loven som sådan som er gjenstand for domstolenes kontroll, slik ordlyden nå kunne tyde på.»

Det man her formodentlig sikter til, er at formuleringen «prøve...lover» kan leses som at det er loven i seg selv, abstrakt, istedenfor det konkrete innholdet av loven slik den anvendes i den enkelte sak (den såkalte «subsumpsjonen»), som domstolene har rett og plikt til å prøve. En slik lesning vil i tilfelle stå i motstrid til hvordan prøvingsretten så langt er blitt forstått og praktisert i Norge, og til hva som følger av konstitusjonell sedvanerett.

Slik vi vurderer det, tilsier hverken ordlyden eller det øvrige rettskildebildet at nåværende § 89 kan leses på en måte som kan misforstås/misbrukes i retning av abstrakt lovkontroll.

Den nåværende ordlyd i Grl. § 89 forholder seg godt til den historien og tradisjonen som endringsforslaget er bekymret for at den vil kunne bryte med. Historisk er den konkrete prøvingsretten gjennomgående formulert nettopp som grunnlovsprøving/prøvelses-/prøvingsrett av/overfor lover, både i rettsteori og -praksis.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> I tillegg vil det saklige virkefeltet til § 89 utvides på en måte som endrer dagens innhold, ved at også domstolenes kontroll med forvaltningen inntas i bestemmelsen, Se pkt. 3,2 nedenfor.

<sup>12</sup> Se f.eks. T. H. Aschehoug, *Norges nuværende Statsforfatning 3* (1893) s. 349 jf. 351 «...Domstolenes Adgang til at prøve, hvorvidt den udøvende og lovgivende Magts Beslutninger ere retlig gyldige»; Frede Castberg, *Norges statsforfatning II* (1935), s. 209: «Hjemmelen for domstolenes prøvelsesrett overfor lover», Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (1948) s. 234: «prøvelsesretten overfor lovene», Johs. Andenæs, *Grunnlov og menneskerettigheter gjennom 150 år*, Lov og Rett 1965 s. 49, på s. 51: «At domstolene har myndighet til å underkjenne lover fordi de strider mot grunnloven, er ikke uttrykkelig sagt i grunnloven selv, men er anerkjent i praksis og må betraktes som en sikker setning i vår konstitusjonelle rett». Se også Rt. 1918 s. 403 (*Konsesjonssaken*), på s. 404 «Der har under saken været procedert om, hvorvidt domstolen overhodet har kompetanse til at prøve spørsmålet, om en lov staar i strid med grundlovens bestemmelser og av den grund

Det er ingen holdepunkter i forarbeidene til § 89 for at man med bestemmelsen ønsket å åpne opp for abstrakt lovkontroll. Tvert om, i komiteinnstillingen presiseres det uttrykkelig at «Retten og plikten til å prøve lovers grunnlovsmessighet er begrenset til såkalt konkret kontroll, dvs. at domstolene utelukkende kan prøve grunnlovsspørsmålet dersom det forelegges domstolene i en konkret rettstvist. De norske domstolene har således ikke adgang til på generelt grunnlag å prøve om en lov strider mot Grunnloven.»<sup>13</sup>

En slik tolkning av hva som generelt kan utledes av Grl. § 89 er også lagt til grunn i rettspraksis.<sup>14</sup> Det er også den eneste tolkningen som harmonerer med den generelle utelukkelsen av abstrakte saksanlegg som følger av tvisteloven § 1-3, der det fremgår at det man kan reise sak for domstolene om, er «rettskrav».<sup>15</sup> I dette ligger det et vilkår om at domstolene skal løse konkrete tvister basert på et faktisk forhold.<sup>16</sup>

### 3.2. Betydningen av at legalitetskontrollen tydeliggjøres

Endringsforslaget understreker at domstolene ikke bare skal kontrollere at myndighetsutøvelse i form av lover eller annet holder seg innenfor Grunnloven, men også at offentlig myndighetsutøvelse holder seg innenfor loven.<sup>17</sup> Det er riktig.

---

heit eller delvis maa sættes tilside. Efter min mening maa dette spørsmaal 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.» og Rt. 1976 s. 1 (*Kløfta*), på s. 5 «Det er imidlertid forskjellige oppfatninger av hvor meget det skal til for at domstolene skal sette en lov til side som grunnlovsstridig».

<sup>13</sup> Innst. 263 S (2014-2015) s. 5.

<sup>14</sup> Se LB-2019-177184. Her presiseres det som allerede følger av norsk rett, nemlig at abstrakt grunnlovsprøving kan tenkes i enkelte helt særskilte tilfeller – nemlig der det er «tale om et spørsmål av grunnleggende betydning, som er inngripende på en rekke allmenne og vesentlige livsområder, for befolkningen i alminnelighet, og hvor en mer abstrakt prøving er den eneste reelle og praktiske mulighet til å få spørsmålet prøvd». Hvis § 89 skulle tolkes dit hen at den endret denne rettsstillingen, ville det gi den en helt annen virkning enn det Lønningutvalget og Stortinget mente å gi den, og ville også kunne stride mot Grl. § 92, som pålegger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene.

<sup>15</sup> Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), § 1-3 (1).

<sup>16</sup> Her kan bemerkes at forslagsstillerne viser til at overbegrepet «landets lover» som omfatter lover og forskrifter («Kontrollen med at også overordnede forskrifter mv. blir respektert, kan problemfritt tolkes inn i begrepet lov («landets lover»), forstått som bindende rettsregler utenfor Grunnloven selv.») Det er imidlertid en forskjell i domstolenes mulighet til å prøve lovers gyldighet og forskrifters gyldighet – i sistnevnte tilfelle forutsettes det å være en viss adgang til prøving av påstander om forskrifters gyldighet på generelt grunnlag uten at avgjørelsen bygger på bestemte rettssubjekters forhold. Dersom formuleringen «landets lover» i forslag A skal forstås slik at det også omfatter forskrifter (ref. setningen fra forslagsstillerne som gjengitt ovenfor), kan ordlyden gi et uriktig inntrykk av at de samme begrensningene gjelder for grunnlovsprøving mv. av lover og forskrifter. Dette er i tilfellet en uheldig endring fra den nåværende § 89, som synliggjør nettopp at lover og forvaltningsvedtak er ulike kategorier.

<sup>17</sup> Domstolenes rett og plikt til å prøve forvaltningsvedtak opp mot ordinær lovgivning følger av konstitusjonell sedvanerett, se Rt 2012 s. 1985 avsnitt 53-100.

Dersom Grl. § 89 endres for å tydeliggjøre dette, vil man imidlertid grunnlovsfeste noe annet og mer enn det som var tanken bak § 89: Lønningutvalget understreket at lovprøving av forvaltningsvedtak falt utenfor dets mandat, og at det derfor kun vurderte spørsmålet om grunnlovsfesting av prøving under Grunnloven.<sup>18</sup> Denne avgrensningen er også understreket i komiteinnstillingen, der det presiseres at «[p]røving av forvaltningsvedtak opp mot ordinær lovgivning faller utenfor de spørsmål som er omhandlet i utvalgets mandat.»<sup>19</sup>

En slik endring av meningsinnholdet i § 89 som forslaget innebærer lar seg ikke forene med forslagets innledende forsikring om at det ikke tar «sikte på å endre bestemmelsens saklige innhold.»

### 3.3. At «statens myndigheter» egentlig betyr all offentlig myndighetsutøvelse

Dette er et viktig poeng. Formuleringen «statens myndigheter» kan lett leses antitetisk, for eksempel på den måten at det er beslutninger fattet av statens, i motsetning til kommunens myndigheter, som domstolene har rett og plikt til å prøve opp mot Grunnloven.

Det er uheldig dersom det fører til misforståelser, for det er klart at prøvingsretten opp mot Grunnloven gjelder enhver form for offentlig myndighetsutøvelse.

Men: Hvis man først skal problematisere denne formuleringen, bør man vurdere en større formuleringsreform av Grunnloven – for denne problemstillingen oppstår i en rekke bestemmelser: Uttrykket «statens myndigheter» likt formulert som i § 89, som kan reise noen av de samme spørsmålene finnes i Grl. §§ 92, 93, 95, 100, 102, 104, 108, 109, 110 og 112.

Dersom man nå skulle endre denne formuleringen med denne begrunnelsen i Grl. § 89, uten å foreta en vurdering av de øvrige bestemmelser der formuleringen er benyttet, ville dette kunne skape tvil om hvorvidt uttrykket i disse øvrige bestemmelser skal tolkes antitetisk. Det ville være uheldig, og dét ikke bare på et teoretisk nivå:

Et konkret eksempel på de problemer dette kan avstedkomme i praksis, er den usikkerhet som finnes i en del kommuner om kommunens selvstendige ansvar for å ivareta en del av de rettighetene som inneholder denne formuleringen, se særlig Grl. § 92 som pålegger statens myndigheter å «respekttere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Rettslig sett er det på det rene at uttrykket «statens myndigheter» må forstås i videste forstand slik at også kommunale og fylkeskommunale myndigheter omfattes.<sup>20</sup> Formuleringen *statens*

---

<sup>18</sup> Dokument 16 (2011-2012) pkt. 14.4.1, jf. pkt 14.5

<sup>19</sup> Innst. 263 S (2014-2015) s. 4.

<sup>20</sup> Se NOU 1993: 18 kapittel 11.3.3, Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) *Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett* (menneskerettsloven) kapittel 3.2.2 og Ot.prp. nr. 93 (2008–2009) *Om lov om endringer i menneskerettsloven mv.*

*myndigheter* kan imidlertid skape en unødvendig usikkerhet om virkeområdet blant dem som ikke konfererer andre rettskilder enn grunnlovsbestemmelsens ordlyd – en usikkerhet som med den foreslåtte endring av § 89 altså vil bli enda større.<sup>21</sup>

*3.4. At domstolene også må prøve grunnlovsmessigheten av private rettssubjekters handlinger dersom de griper inn i grunnlovsfestede rettigheter.*

Dette er også et viktig poeng: Det er ikke bare *offentlig* myndighetsutøvelse som domstolene har rett og plikt til å påse at er i overensstemmelse med Grunnloven, det må også privat utøvelse av handlefrihet som har sider til grunnlovsfestede rettigheter være. I saker om privat utøvelse av handlefrihet som aktualiserer slike spørsmål, må domstolene vurdere forholdet til Grunnloven.

At domstolene må det, følger for så vidt av prinsippet om at domstolene har rett og plikt til å anvende korrekte rettsregler, jf. tvisteloven § 11-3, men det er et aspekt ved domstolenes rett og plikt til grunnlovsprøving som kommer bedre frem med formuleringen i den foreslåtte endring

Dette gjelder imidlertid bare dersom Grl. § 89 leses isolert, og det skal den jo ikke. Det følger allerede av Grl. § 92 at det påligger statens myndigheter å «...respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov...». Det gjør at lovgivende og andre offentlige myndigheter har denne forpliktelsen når de utøver sin myndighet, men også at domstolene har det, ved utøvelse av sin domsmyndighet. Domstolene har altså etter Grl. § 92 et selvstendig ansvar for å sikre og respektere menneskerettighetene i alle saker de avgjør – også i saker der Grunnloven begrenser privates handlefrihet.

#### **4. Konklusjon**

Den foreslåtte endring av Grl. § 89 vil etter vår oppfatning ikke gjøre det lettere å lese prøvingsrettens reelle meningsinnhold ut fra Grunnlovens tekst.

Videre vil den klart endre bestemmelsens meningsinnhold fra det Lønningutvalget og Stortinget mente å grunnlovsfeste i 2015, fordi den utvider bestemmelsen fra en kodifisering av grunnlovskontrollen til også å omfatte den generelle legalitetskontroll med forvaltningens avgjørelser.

---

(inkorporering av kvinneskillekonvensjonen) kapittel 4.2, Se også Michael Reiertsen, «EMK og kommunene», Lov og Rett, vol. 54 (2015) nr. 7,, s. 419–420.

<sup>21</sup> NIM gjennomfører i disse dager et eget prosjekt om kommunenes arbeid med å respektere og sikre innbyggernes menneskerettigheter, herunder hvordan kommuner selv oppfatter sitt menneskerettsansvar.

Uten en gjennomtenkt begrunnelse for hvorfor en endring av Grl. § 89 er påkrevd, når man ikke endrer de øvrige bestemmelser som inneholder formuleringen «statens myndigheter», kan en endring som foreslått skape tvil om hva denne formuleringen betyr i de øvrige grunnlovsbestemmelsene.

Ut over dette tilfører endringsforslaget ikke noe som bedre ivaretar grunnlovens menneskerettigheter enn det Grl. § 89 lest i sammenheng med Grunnlovens øvrige bestemmelser allerede gir anvisning om i dag.

Skulle komiteen ha noen ytterligere spørsmål, står vi til disposisjon.

Vennlig hilsen  
for Norges institusjon for menneskerettigheter

Anine Kierulf  
Spesialrådgiver

Adele Matheson Mestad  
Direktør

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.



Til: Kontroll- og konstitusjonskomiteen v. lederen, stortingsrepresentant Dag Terje Andersen

Fra: Professor Eivind Smith

Dato: 22. april 2020

## **Randmerknader til NIM-notat 16. april 2020 om forslaget til endring av grunnloven § 89 om domstolskontroll**

### *Innledning*

En hovedformål med de omfattende grunnlovsendringene i 2014 var å gi viktige rettigheter som allerede gjaldt i kraft av vanlig lov eller (i noen få tilfeller) såkalt konstitusjonell sedvanerett, uttrykk i grunnloven. Formålet var ikke å endre bestemmelsenes innhold ved f.eks. å gi bedre rettighetsvern enn det som allerede gjaldt.

Bestemmelsen om domstolskontroll i § 89 ble vedtatt ved Høyesteretts 200 års jubileum i 2015. Den inngår imidlertid i den store reformpakken ved grunnlovsjubileet. Dette bidrar kanskje til å forklare at NIM er så opptatt av å begrunne bestemmelsens utforming under henvisning til Lønning-utvalgets rapport (Dok. 16, 2011-2012). Men dette begrunner jo ikke hvorfor vi – åtte år senere – skal nøye oss med en bestemmelse som (også ifølge NIM) gir en ufullstendig og til dels misvisende regulering av domstolenes århundregamle rolle som voktere av grunnlov og lov i Norge.

Dagens bestemmelse omtaler utelukkende kontrollen med at den lovgivende og utøvende makt følger grunnloven. Domstolskontrollen med at forvaltningen holder seg innenfor de grenser som følger av ordinær lov (legalitetskontrollen) er langt viktigere i praksis, men er ikke tatt med.

I en årrekke har det vært et mål for Stortinget å ikke nøye seg med å vise til juristskapte forestillinger om «konstitusjonell sedvanerett», men selv ta statsforfatningens viktigste regler i grunnloven. Denne linjen ble fulgt ikke bare i 2014 (om rettigheter). For statsmaktene selv skjedde en tilsvarende opprydning ikke minst i 2009 (se særlig § 15 om parlamentarisme, § 82 om opplysningsplikt). Også § 89 om en av domstolenes kjernefunksjoner fortjener en langt mer dekkende utforming enn i dag.

Det har også vært et viktig mål å gi grunnloven en form som gjør den tilgjengelig også for den «alminnelige» borger. Da bør den i alle fall ikke tegne et direkte misvisende bilde av rettstilstanden, slik som deler av § 89 i dag. NIM (se f.eks. s. 3) påpeker at § 89 ikke er alene om å oppfylle målet om tilgjengelighet mindre godt enn vi kunne ønske. Men § 89 gjelder en hjørnestein i rettsstaten slik den har vokst frem i Norge. Dessuten må den som vil la manglene i denne bestemmelsen stå i vente på en generell grunnlovsreform, antagelig vente lenge.

### *Enkeltargumentene*

NIM (s. 3) er opptatt av farene ved å skrive «alle nødvendige nyanser» inn i grunnlovens tekst. Men det foreliggende forslaget er verken særlig langt eller «veldig tungt å lese». Alternativ A er tvert imot både kortere og enklere enn dagens tekst.

NIM (s. 5) påpeker – med rette – at forarbeidene tar avstand fra å ta dagens § 89 på ordet når den taler om at domstolene kan «prøve om lover ... strider mot Grunnloven». Dette var heller ikke Lønning-utvalgets mening. Men dersom vi fastholder målet om å gjøre grunnlovsteksten dekkende

og innholdet tilgjengelig, er det uheldig at vi må gå til komitéinnstillingen for å få beskjed om hva de nevnte ordene «egentlig» betyr.

Årsaken til at kontroll- og konstitusjonskomitéen fant presiseringen nødvendig, er at denne delen av ordlyden i dagens § 89 kan leses som om domstolene skal ta standpunkt til lovens innhold i og for seg («abstrakt kontroll»). I det norske systemet har dette imidlertid alltid vært Stortingets oppgave, mens domstolenes oppgave er å avgjøre lovens anvendelse i den enkelte sak («konkret kontroll»).

Generell prøving og eventuelt opphevelse av lover er grunnleggende politisk virksomhet.<sup>1</sup> Den er en viktig del av virksomheten i de politisk sammensatte konstitusjonsdomstolene i Tyskland, Frankrike osv. I Norge er det som utgangspunkt enighet om at domstolene skal drive konkret kontroll i den enkelte sak. Likevel har flere dommere og andre omtalt Høyesterett som "forfatningsdomstol", og Høyesterett selv legger stadig større vekt på å utforme domsgrunnene slik at de uttrykker generelle «rettssetninger», og på "rettsutvikling".<sup>2</sup> Det er derfor viktig at ordlyden i grunnloven § 89 ikke gir noe ståsted for de som ønsker at domstolene skal bevege seg videre inn i folkestyrets kjerne. Den som måtte ønske en endring, bør gå veien om åpen debatt og mulig grunnlovsendring.

Argumentasjonen fra NIM på dette punkt avspeiler dessuten *enighet* om realinnholdet i denne del av grunnlovsforslaget. Heller ikke NIM mener at abstrakt lovkontroll er en del av dagens system eller går inn for en utvikling i retning av en slik politisering av domstolene.

At litteraturen ofte har uttrykt seg på tilsvarende «løsaktige» måter (NIM s. 4), må primært forstås i lys av at den utelukkende bruker slike enkeltformuleringer som kort introduksjon til mer omfattende behandling av systemet for domstolskontroll.<sup>3</sup> En kort grunnlovstekst som helst skal kunne forstås av alle, må oppfylle helt andre krav til presisjon.

NIM er også *enig i* at kontrollen med at forvaltningen respekterer loven, er viktig. Likevel bruker den forslaget avvik fra den ordlyden i § 89 som ble foreslått av Lønning-utvalget, som argument mot å rette feilen (s. 5-6 jf. s. 4). Som allerede nevnt, er argumentet svakt i seg selv. Dertil kommer at Lønning-utvalget lett kunne ha anlagt en mindre snever forståelse av sitt mandat: Også § 113 om det såkalte «legalitetsprinsippet» figurerer jo i grunnlovens kapittel om «menneskerettigheter». Selv den som primært ønsker en bestemmelse om domstolskontroll som gjelder ivaretagelsen av rettigheter som følger av grunnloven del E, burde derfor ønske at § 89 gir klar beskjed om at domstolene (også) skal påse at forvaltningen har lovhjemmel for sine tiltak og holder seg innenfor lovens grenser. I dag er vi – selv på et så viktig punkt – henvist til *enten* å bygge på formålet om å ta hovedreglene inn i grunnloven og dermed tolke en slik utvidelse inn i bestemmelsen,<sup>4</sup> *eller* fortsatt å vise til såkalt konstitusjonell sedvanerett.

NIM (s. 6-7) er også *enig i* at uttrykket «statens myndigheter» kan gi inntrykk av at kommunale vedtak mv. faller utenfor og derfor er misvisende. NIM har i og for seg rett i at samme innvending kan rettes mot ordlyden i flere andre bestemmelser. Men argumentet om at en mer dekkende utforming av § 89 kan skape inntrykk av at de andre bestemmelsene da kanskje kunne bli tolket i motsetning til en reformulert § 89, overbeviser ikke. Dersom forslagsalternativ A osv. hadde talt om

<sup>1</sup> Det sier seg selv at den ikke behøver å være partipolitisk motivert.

<sup>2</sup> <https://www.domstol.no/Enkelt-domstol/hoyesterett/om/>: «Høyesterett er ... en prejudikatdomstol. Høyesteretts hovedoppgave er gjennom sine avgjørelser å bidra til rettsavklaring og rettsutvikling ...»

<sup>3</sup> NIM nevner heller ikke at det i god tid før 2014 ble advart mot den nåværende formuleringen, og gir ikke eksempel på litteratur som faktisk gir mer korrekte karakterstrikker av den eksisterende systemet.

<sup>4</sup> Se f.eks. Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 4. utg. (2017) s. 270.

kontroll med f.eks. «statlige, kommunale og andre myndigheter», kunne det kanskje ha invitert til slik antitese. Men det er jo ikke slik forslaget er utformet.

Den som likevel måtte frykte slike uheldige bivirkninger, kan sørge for at komitéinnstillingen blir utstyrt med passende forbehold. For øvrig gjelder det også her at det neppe er klokt å avvente en generell grunnlovsreform (se ovenfor).

Uansett er det viktig å minne om at § 89 i denne sammenheng er av overordnet karakter: Den skal jo grunnlovsfeste det institusjonelle byggverket som i siste instans skal sikre korrekt anvendelse av *alle* grunnlovsbestemmelser så langt de anvendes av domstolene.

NIM (s. 7) er *enig* i forslagets implisitte presisering av at domstolskontrollen ikke er begrenset til vern av rettigheter mv. overfor offentlige myndigheter. Forslaget tydeliggjør at den også kan benyttes overfor arbeidsgivere og andre private som måtte være bundet av den enkelte bestemmelse i grunnlov eller lov (f.eks. § 100 om arbeidstakeres yringsfrihet).

### *Konklusjon*

NIM «stiller seg tvilende» til det foreliggende forslaget (s. 4), men ser ikke ut til å ta direkte avstand fra det.

NIM hevder ikke at det foreliggende forslaget vil gi svakere rettighetsvern enn i dag, og tilfører ingen andre argumenter av vekt mot de forbedringene som vil følge av å vedta det foreliggende forslaget til reformulering av grunnloven § 89.

Forslaget tar vare på alt Lønning-utvalget ville oppnå med bestemmelsen, men baker det inn i en tekst som uttrykker hovedtrekkene i dagens rettstilstand langt bedre enn i dag.