



Spørsmål til Innst. 258 S (2019-2020) om endring av Grunnloven § 89

1. Innledning

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) skal 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.

I dette brevet gir vi innspill til Innst. 258 S (2019-2020) – forslag til endring av Grunnloven (Grl.) § 89 om domstolenes prøvingsrett – som skal behandles av Stortinget torsdag 14. mai 2020. Denne domstolskontrollen er en viktig bærebjelke for realiseringen av menneskerettighetene i norsk rett.

Vårt syn kan sammenfattes slik:

Forslaget innebærer en klar endring av meningsinnholdet i § 89, i strid med det opprinnelige formålet i forslaget, ved at man utvider bestemmelsen til å også omfatte domstolskontrollen med forvaltningen. Det ligger ikke i NIMs mandat å mene noe om hvorvidt det er politisk ønskelig å grunnlovsfeste også denne domstolskontrollen, men en slik endring reiser rettslige spørsmål som burde vært utredet nærmere.

Det er tre hovedproblemer med å endre Grl. § 89 som foreslått:

- For det første kan forslaget utilsiktet flytte grensene for den nå sedvanebaserte domstolskontrollen med forvaltningen, med mulige konsekvenser for forholdet mellom statsmaktene.
- For det andre vil formuleringen «utøving av offentlig myndighet» istedenfor «statens myndigheter» skape en inkonsekvens i Grunnlovens menneskerettskapittel. Slik endringen er begrunnet, kan dette skape tvil om forståelsen av uttrykket «statens myndigheter» i andre grunnlovsbestemmelser, herunder Grl. §§ 92, 93, 95, 100, 102, 104, 108, 109, 110 og 112.¹

¹ Se nærmere om dette problemet i NIMs brev til Kontroll og konstitusjonskomiteen av 15. april 2020, pkt. 3.3, som ligger vedlagt til Innst. 258 S (2019-2020).

- For det tredje kan vedtakelse av grunnlovsbestemmelser med begrunnelser som fremstår selvmotsigende svekke Grunnlovens betydning som vår overordnede rettsstats- og menneskerettsgaranti.

Det er derfor NIMs primære syn at en slik endring ikke bør vedtas uten at disse spørsmål er nærmere utredet.

Om bestemmelsen vedtas, mener NIM det er viktig at Stortinget ved vedtagelsen eksplisitt presiserer at lovendringen *ikke* skal medføre noen endringer i gjeldende rett.

2. Bakgrunn og saksforløp

NIM ble i april 2020 bedt av kontroll- og konstitusjonskomiteen om å vurdere hvorvidt endringsforslaget ville oppfylle de to mål det selv angir:

- a) å forbedre ordlyden i Grl. § 89, slik at det *nåværende* meningsinnholdet i bestemmelsen kommer bedre frem, og
- b) å gjøre dette uten at bestemmelsens saklige innhold endres.

I vårt svar til komiteen av 15. april 2020 konkluderte vi med at ordlyden

- a) ikke bedre ville reflektere det nåværende meningsinnhold i Grl. § 89, og i tillegg
- b) ville endre paragrafens meningsinnhold.

Flertallet i komiteen har ikke kommentert denne vurderingen. Det innstiller på å endre Grl. § 89 på en måte som utvider bestemmelsens virkeområde i forhold til dagens § 89: I dag regulerer paragrafen kun *grunnlovsprøving*. Innstillingen tar til orde for å endre bestemmelsen så også *forvaltningsprøvingen* grunnlovsfestes.²

Vi har to typer såkalt «prøvingrett» i norsk statsforfatning, som begge er gjeldende rett. Den ene, som allerede er grunnlovsfestet i § 89, *grunnlovsprøvingen* – gjelder domstolenes prøving av om Stortinget, gjennom sin lovgivningsmyndighet, har holdt seg innenfor de grenser *Grunnloven* setter for politisk maktutøvelse. Har Stortinget gitt en lov tilbakevirkende kraft i strid med forbudet i Grl. § 97 vil domstolene kunne overprøve dette. Den andre prøvingsretten, *forvaltningsprøvingen* – er domstolenes kontroll med at forvaltningen holder seg innenfor de grenser lovene setter for den utøvende makt. For eksempel prøver domstolene hyppig gyldigheten av vedtak som utlendingsforvaltningen fatter. Domstolskontrollen med forvaltningen er i dag ikke grunnlovsfestet, men følger av konstitusjonell sedvanerett. Spørsmål knyttet til omfang, intensitet og faktumtidspunkt for denne prøvingsretten har vært gjenstand for omfattende drøftelser i rettspraksis, og reiser svært komplekse og sammensatte spørsmål om forholdet mellom domstoler og

² Uten begrunnelse innstiller flertallet heller ikke på det i forslaget foretrukne alternativ a) til grunnlovsendring, men isteden alternativ h). Dette alternativet reiser de samme problemene som NIM har pekt på, men uten to av de fordelene som fremheves for alternativ a) – nemlig at det er kortere og lettere å lese, og ved å presisere at også grunnlovsmessigheten av privat utøvelse av handlefrihet må prøves.

forvaltning, mellom jus og politikk og dermed også om forholdet mellom våre statsmakter.

Høyesterett i plenum (Rt-2012-1985) omtaler forvaltningsprøvingen slik:

«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.»

Det kan virke som om komiteens flertall legger til grunn at begge typer prøvingsrett allerede følger av Grl. § 89. Det er i tilfellet feil. I likhet med en rekke av de sentrale og praktisk viktige kompetanser som domstolene har,³ fremgår heller ikke forvaltningsprøvingen av Grl. § 89 – rett og slett fordi det ikke var denne prøvingsretten man kodifiserte i 2015.

Da *grunnlovsprøvingen* ble grunnlovsfestet i 2015, ble det uttrykkelig presisert at man avgrenset eksplisitt mot forvaltningsprøving.⁴ Om man nå velger å innta også denne prøvingsretten i Grunnloven, innebærer dette en utvidelse til at *forvaltningsprøvingen* – som inntil nå altså bare har vært ansett som konstitusjonell sedvanerett - grunnlovsfestes. De mulige følgene av en slik grunnlovsfesting er ikke vurdert i grunnlovsforslaget eller av komiteens flertall.

3. Vurdering og spørsmål

Det kan tenkes mange grunner til å grunnlovsfeste begge former for prøvingsrett. Gitt at intensjonen med endringen opprinnelig ikke var å endre gjeldende rett, savner vi imidlertid nærmere vurderinger av hvilke virkninger det kan ha å grunnlovsfeste forvaltningsprøvingen.

Det virker klart at flertallet i komiteen nå ønsker seg en utvidelse av Grl. § 89, der også forvaltningsprøving grunnlovsfestes, og dermed sikter mot et nytt, og endret meningsinnhold i bestemmelsen. Flertallet understreker at *«bestemmelsens innhold ikke bare skal gjelde domstolskontrollen med regjeringens og forvaltningsapparatets respekt for Grunnloven, men at den også omfatter forvaltningens binding til loven, altså legalitetskontroll. Flertallet merker seg at bestemmelsens nåværende ordlyd ikke ivaretar dette.»*

Men en slik saklig endring er noe vesentlig annet og mer enn det grunnlovsforslaget selv oppgir som et mål. Dette skaper spørsmål om endring av intensjonen bak grunnlovsforslaget fra det ble fremsatt før valget, til det nå kan bli vedtatt av det

³ Til for eksempel å avgjøre tvister og megle mellom private parter, utstede skifteattester, vurdere gjeldsordninger og åpne konkurser, vie folk til ektepar, etc.

⁴ Dokument 16 (2011-2012) pkt. 14.4.1, jf. pkt 14.5 og Innst. 263 S (2014-2015) s. 4.

nåværende storting. En slik endring står i et spenningsforhold til det demokratiske hensynet bak kravet til mellomliggende valg for grunnlovsendringer: At folket skal kunne ta stilling til de endringsforslag som foreligger ved valget.

Endringen i saklig meningsinnhold er også noe annet enn det komiteens flertall innledningsvis understreker i sin innstilling, nemlig «at «intensjonen med de alternative forslagene ikke tar «sikte på å endre bestemmelsens saklige innhold», men å endre Grunnlovens ordlyd til bedre å samsvare med det tilsiktede meningsinnholdet.» Det er, som vist til ovenfor, ingen tvil om at det tilsiktede meningsinnholdet i § 89 bare var å grunnlovsfeste grunnlovsprøvingen, man avgrenset eksplisitt mot forvaltningsprøving.⁵

De to uttalelsene fra komiteflertallet vist til over i dette avsnittet kan ikke begge stemme på en gang. Enten ønsker man bare å presisere dagens Grl. 89 ved å forbedre ordlyden, eller så ønsker man å grunnlovsfeste også forvaltningsprøvingen, som saklig sett er noe vesentlig annet og mer enn det Grl. § 89 i dag regulerer, og dermed endrer meningsinnholdet i dagens bestemmelse.

Det ligger ikke i NIMs mandat å ta stilling til om det er politisk ønskelig at forvaltningsprøvingen grunnlovsfestes. Fordi vår rolle er å bidra til å beskytte menneskerettighetene i Grunnloven råder vi imidlertid Stortinget til å sikre at grunnlovsendringer er grundig vurdert og begrunnet, slik at Grunnloven fremstår mest mulig konsekvent og gjennomtenkt. Svekkelser på dette punkt kan svekke Grunnloven som virksomt politisk og rettslig instrument, og som den øverste menneskeretts- og rettsstatsgaranti i Norge.

Hverken forslaget eller komiteens flertall har vurdert hvordan en grunnlovsfesting vil påvirke innholdet i forvaltningsprøvingen. En mulig følge av å nedfelle den i Grunnloven er at man i større grad sementerer den rettstilstanden som nå gjelder, på en måte som bryter med den rettstradisjon prøvingsrettene er blitt til under – der omfanget av og intensiteten i domstolskontrollen er blitt utviklet av domstolene selv, over tid, med utgangspunkt i en tolkning av den enkelte lovbestemmelse. Dersom Stortinget ønsker en slik endring av denne rettstradisjonens mer organiske karakter, ville det blitt langt klarere dersom spørsmålet var vurdert og begrunnet.

Komiteen og Stortinget burde også foretatt en nærmere vurdering av hvordan en grunnlovsfesting vil påvirke de mange kompliserte rettslige spørsmålene rettspraksis har vist at domstolskontrollen med forvaltningen har. Noen eksempler på dette er:⁶

For det første har domstolene i en rekke avgjørelser avklart rammene for domstolskontrollen. Kontrollen omfatter som hovedregel bare rettsanvendelsen og det

⁵ Dokument 16 (2011-2012) pkt. 14.4.1, jf. pkt 14.5 og Innst. 263 S (2014-2015) s. 4.

⁶ Spørsmålene er ikke uttømmende. Vi ber om forståelse for at det er vanskelig også for NIM å overskue alle konsekvenser av den statsforfatningsendring som en grunnlovsfesting av en så fundamental del av vår statsforfatning som forvaltningsprøvingen kan innebære, på så kort varsel.

faktiske grunnlaget for avgjørelsen, ikke forvaltningskjønnet.⁷ Domstolene avgjør om vedtaket er gyldig eller ugyldig, men treffer ikke ny realitetsavgjørelse dersom vedtaket er ugyldig.⁸

For det andre er det av stor betydning hvilket faktumtidspunkt domstolene skal legge til grunn for sin prøving, og hvilke bevis retten kan se hen til. Høyesterett har avklart at domstolskontrollen skal foretas ut fra de faktiske omstendigheter som forelå for forvaltningen.⁹

For det tredje har domstolene over tid utviklet den såkalte «myndighetsmisbrukslæren» som angir hvilke overordnede rettslige skranker som alltid kan prøves.¹⁰ Alle disse sidene ved domstolskontrollen er utpenslet gjennom omfattende praksis og teori. I relasjon til disse spørsmålene risikerer en at grunnlovsfesting kan få konsekvenser for det finstemte rettsbildet som er utviklet over tid.

Myndighetsmisbrukslæren er også gjort til gjenstand for særskilt vurdering i NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, der den foreslås lovfestet. Det hadde vært ønskelig at Stortinget, før en eventuell grunnlovsfesting av forvaltningsprøvingen, klargjorde hvordan en slik grunnlovsfesting skal forholde seg til en slik eventuell lovfesting.

4. NIMs anbefaling

Slik NIM ser det, bør Stortinget gi en nærmere begrunnelse for hvorfor man nå uten nærmere utredning og begrunnelse vedtar en så vidtrekkende grunnlovsendring som det en endring i tråd med Innst. 258 S (2019-2020) innebærer. Vi stiller oss spørrende til om det er et så presserende behov for å vedta dette nå uten noen nærmere begrunnelse. Den opprinnelig anførte begrunnelsen for grunnlovsforslagtehandlet om å sikre at domstolene ikke skal drive abstrakt kontroll. Dette er en problemstilling som kanskje er teoretisk interessant. I praksis volder den likevel ingen problemer, særlig ikke etter at Stortinget i 2015 presiserte at Grl. § 89 ikke skulle endre gjeldende prøvingsrett. Det man har endt opp med, er isteden et forslag som radikalt utvider det rettslige og politiske innholdet i Grl. § 89 – uten noen nærmere vurdering og begrunnelse.

NIM anbefaler derfor at spørsmålet om, og hvordan, forvaltningsprøvingen skal grunnlovsfestes utredes nærmere før det eventuelt vedtas.

Om Stortinget likevel skulle velge å gå videre med forslaget, bør det presiseres nærmere at grunnlovsfestingen ikke er ment å endre den rettsstilstanden som følger av konstitusjonell sedvanerett. Dette er viktig for å sikre at endringen ikke får utilsiktede

⁷ Rt-2012-1985, Rt-2015-1388.

⁸ Se for eksempel rett 2001 s. 995 og Rt 2009 s. 170.

⁹ HR-2012-2398-P, HR-2012-2399-P, HR-2015-2524.

¹⁰ Se NOU 2019: 5 for videre henvisninger.

virksomheter. En nærliggende slik virkning, er at man skaper rettsklarhet som vil kunne virke prosessdrivende i domstolene

Vennlig hilsen

For Norges institusjon for menneskerettigheter

Adele Matheson Mestad

Direktør

Anine Kierulf

Spesialrådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.