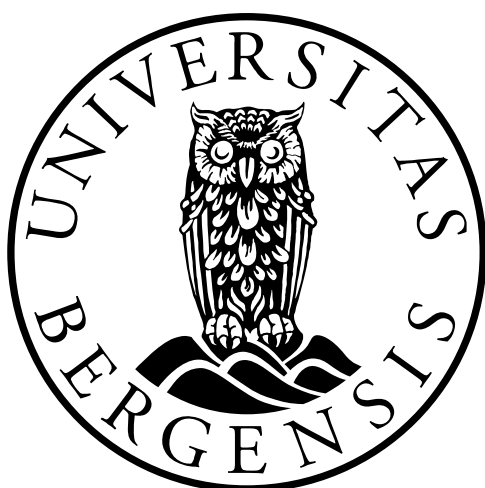


Brudd på Grunnloven som gjenstand for fastsettelsessøksmål

– særlig fokus på Grunnloven § 102, § 112 og § 115

Kandidatnummer: 101

Antall ord: 37 142



JUS397 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

21. juni 2019

1	INNLEDNING	1
1.1	PROBLEMSTILLING OG BAKGRUNN	1
1.2	AVGRENSNING, BEGREPSAVKLARING OG PRESISERING AV PROBLEMSTILLING	2
1.2.1	<i>Søksmålgjenstand: et spørsmål innen sivilprosessen</i>	2
1.2.2	<i>Fastsettelsessøksmål og fastsettelsesdom – begrepene</i>	2
1.2.3	<i>Presisering av problemstillingen</i>	4
1.2.4	<i>Avgrensing til utvalgte deler av Grunnloven</i>	4
1.3	RETTSKILDESITUASJON OG METODISKE PROBLEMSTILLINGER	6
1.3.1	<i>Rettskildesituasjonen</i>	6
1.3.2	<i>Metodiske problemstillinger</i>	8
1.3.3	<i>Særlig om betegnelsen «rettslig interesse»</i>	10
1.4	PLANEN FOR DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	11
2	TVISTELOVEN § 1-3	13
2.1	INTRODUKSJON	13
2.2	ORDLYDEN OG PROSESSFORUTSETNINGEN	13
2.3	RETTSKRAV	16
2.4	DEN RETTSLIGE STANDARDEN I TVISTELOVEN § 1-3	19
2.5	UTVIKLINGSTREKK I SØKSMÅLSBETINGELSENE	26
3	FASTSETTELSESDOM FOR BRUDD PÅ GRUNNLOVEN SOM RETTSKRAV ETTER TVISTELOVEN § 1-3	31
3.1	INTRODUKSJON	31
3.2	FASTSETTELSESDOM FOR BRUDD PÅ GRUNNLOVEN – KRAV OM DOM FOR EN RETTSLIG BEGRUNNELSE?	31
3.3	PARTENES BEHOV FOR FASTSETTELSESDOM FOR BRUDD PÅ GRUNNLOVEN	36
3.3.1	<i>Introduksjon – behovsprøving</i>	36
3.3.2	<i>Behov for fastsettelsesdom grunnet kravets prinsipielle og samfunnsmessige betydning</i>	36
3.3.3	<i>Behov for fastsettelsesdom grunnet organisasjoners søksmålsadgang</i>	42
3.3.4	<i>Behov for fastsettelsesdom grunnet manglende aktualitet for andre typer rettskrav</i>	46
3.3.5	<i>Hvordan domstolens adgang til å prøve Grunnloven påvirker behovet for fastsettelsesdom</i>	49
3.4	HELHETSVURDERING AV BEHOVET FOR FASTSETTELSESDOM	53
4	SAMMENHENGEN MELLOM GRUNNLOVEN OG MENNESKERETTIGHETSKONVENSJONENE	55
4.1	INTRODUKSJON	55
4.2	ADGANGEN TIL FASTSETTELSESDOM FOR BRUDD PÅ EMK OG SP	56
4.3	BEGRUNNELSEN BAK ADGANGEN TIL FASTSETTELSESDOM FOR BRUDD PÅ EN MENNESKERETTIGHETSKONVENSJON	58
4.4	OVERFØRINGSVERDIEN TIL MENNESKERETTIGHETENE I GRUNNLOVEN	64
4.4.1	<i>Introduksjon</i>	64
4.4.2	<i>Symbolverdi og reparasjonseffekt av en fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven</i>	65
4.4.3	<i>Sikreplikten i Grunnloven – en rett til effektivt rettsmiddel?</i>	68
4.5	OPPSUMMERING	73
5	KRAVET OM KONKRETISERING AV SØKSMÅLSGJENSTANDEN	76
5.1	INTRODUKSJON	76
5.2	INNVEDINGER MOT ABSTRAKT KRAV	77

5.2.1	<i>Introduksjon</i>	77
5.2.2	<i>Domstolens egnethet som innvending mot abstrakte krav</i>	78
5.2.2.1	Domstolens behov for illustrasjonsmateriale	78
5.2.2.2	Domstolens evne og kapasitet til å utrede saken	81
5.2.3	<i>Domstolens samfunnsrolle som innvending mot abstrakte krav</i>	85
5.2.3.1	Makt- og arbeidsfordeling mellom ulike statsorganer	85
5.2.3.2	Om Grunnlovens bestemmelser om domstolsprøving åpner eller stenger for abstrakte krav	88
5.3	BEHOVET FOR FASTSETTELSESDOM FOR ABSTRAKT KRAV OM BRUDD PÅ GRUNNLOVEN.....	90
5.3.1	<i>Introduksjon – behovsprøving</i>	90
5.3.2	<i>Behov for abstrakt prøving grunnet manglende aktualitet for andre typer rettskrav</i>	92
5.3.3	<i>Behov for abstrakt prøving grunnet den materielle regelens utforming</i>	94
5.3.4	<i>Behov for abstrakt søksmål for å oppnå hensiktsmessig avklaring av samfunnets interesser</i>	96
5.4	OPPSUMMERING	105
6	AVSLUTNING	106
	KILDELISTE	108

1 Innledning

1.1 Problemstilling og bakgrunn

Tema og problemstilling for avhandlingen er den prosessuelle adgangen til å gjøre spørsmål om brudd på Grunnloven til gjenstand for fastsettelsessøksmål.¹ Dette er et spørsmål om hvorvidt krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven er en *type krav* domstolen kan behandle.

Ideen for avhandlingen har sin bakgrunn i flere høyesterettsavgjørelser med krav om fastsettelsesdom for brudd på en menneskerettighetskonvensjon.² De nyere sakene går i retning av en aksept for slike krav.³ Ved markeringen av Grunnlovens 200-års jubileum i 2014, ble det vedtatt en rekke nye menneskerettighetsbestemmelser. Bestemmelsene ble samlet i menneskerettighetskatalogen i Grunnlovens kapittel E.⁴ Med et økt antall menneskerettigheter i Grunnloven kan en spørre seg om også brudd på disse skal kunne gjøres til gjenstand for fastsettelsessøksmål. Spørsmålet er i liten grad behandlet i teorien, og er foreløpig ikke kommet på spissen i Høyesterett. Under arbeidet med avhandlingen har jeg sett at krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven kan være aktuelt også for andre regler enn Grunnlovens menneskerettigheter. Grunnloven inneholder for eksempel viktige regler om ulike statsorganers kompetanse og arbeidsmetoder. I et samfunn med stadig økende over- og internasjonalt samarbeid, kan det oppstå situasjoner der rekkevidden av den sistnevnte typen grunnlovsbestemmelser ønskes avklart. Det er derfor behov for å undersøke hvilke prosessuelle rammer som gjelder dersom krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven kommer opp for domstolen.

¹ Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814.

² Blant andre Rt. 1994 s. 1244 A (Kvinnefengselsaken), plenumsavgjørelsen Rt. 2012 s. 2039 P og Rt. 2015 s. 93 A (Mariasaken).

³ Se nærmere punkt 4.2.

⁴ Grunnlovsvedtak 13. mai 2014.

1.2 Avgrensning, begrepsavklaring og presisering av problemstilling

1.2.1 Søksmålsgjenstand: et spørsmål innen sivilprosessen

Temaet i avhandlingen behandles med utgangspunkt i den allmenne sivilprosessen. Det avgrenses derfor mot spesialprosess og straffeprosessen.⁵ Utgangspunktet for analysen er tvisteloven § 1-3.⁶ Som jeg kommer nærmere tilbake til i punkt 2.3, er spørsmålet om hva som kan gjøres til gjenstand for søksmål regulert i tvisteloven § 1-3 første ledd ved vilkåret «rettskrav». Tvisteloven § 1-3 annet ledd angir vilkår for søksmålssituasjonen og partenes forhold til søksmålsgjenstanden, ved at kravet må ha tilstrekkelig «aktualitet» og at partene må ha tilstrekkelig «tilknytning» til kravet. Vilklårene for søksmålssituasjon og partstilknytning behandles ikke i sin fulle bredde, men omtales leilighetsvis dersom det er hensiktsmessig for å belyse spørsmålet om søksmålsgjenstand. I punkt 2.2 redegjøres det derfor kort for tvisteloven § 1-3 annet ledd.

1.2.2 Fastsettelsessøksmål og fastsettelsesdom – begrepene

Det er vanlig å operere med en tredelt inndeling av ulike typer sivile saker: fastsettelsesdommer, fullbyrdelsesdommer og rettsendringsdommer.⁷ Fastsettelsesdom, som betegnelse, stammer fra den tidligere tvistemålsloven, hvor det ble operert med et skille mellom fastsettelses- og fullbyrdelsesdommer jf. §§ 53 og 54.⁸ Av lovtekniske hensyn ble verken skillet eller betegnelsene videreført i tvistelovens ordlyd.⁹ Adgangen til å reise søksmål vurderes derfor

⁵ Liknende spørsmål kan også bli tema i straffeprosessen, se for eksempel Høyesteretts dom HR-2018-1909-A.

⁶ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

⁷ Blant andre Backer (2015) s. 75–76, Mæland (2013) s. 73–74, Robberstad (2018) s. 51 og Skoghøy (2017) s. 379. Med «rettsendringsdom» menes en dom som endrer rettstilstanden mellom to parter, se nærmere Skoghøy (2017) s. 472–473.

⁸ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål.

⁹ Se NOU 2001: 32 s. 652.

etter den rettslige standarden i tvisteloven § 1-3, uavhengig av søksmålets art.¹⁰ Begrepene om fastsettelsesdom, fastsettelsessøksmål (i betydningen av et søksmål med krav om fastsettelsesdom) og fullbyrdelsesdom, er likevel godt egnet til å skille mellom ulike typer søksmål. Betegnelsene brukes derfor systematisk i fremstillingen.

Med fastsettelsesdom menes en dom som i domsslutningen utelukkende fastsetter en bestemt rettstilstand mellom sakens parter.¹¹ Rettsvirkningen av en fastsettelsesdom er som utgangspunkt bare rettskraft for den fastsatte rettstilstanden.¹² Dette til forskjell fra en fullbyrdelsesdom, der sakens parter pålegges å gjøre eller tåle bestemte handlinger eller unnlatelser som kan tvangsfullbyrdes.¹³ Forskjellen kan illustreres med en figur som viser hvordan et søksmål (svært forenklet) kan oppstå og behandles ved fullbyrdelsesdom:



Fullbyrdelsesdommen illustreres ved den fjerde pilen: Domstolen skriver en domsslutning som pålegger partene å handle i tråd med rettstilstanden mellom dem. I fullbyrdelsesdommen utgjør den tredje pilen en prejudisiell avgjørelse. Derimot er det snakk om en fastsettelsesdom dersom domstolen nøyer seg med å skrive resultatet fra den tredje pilen inn i domsslutningen. Et vesentlig spørsmål, som jeg skal komme grundig tilbake til, er hva som gjør at partene har behov for at domstolen «setter punktum» allerede etter den tredje pilen, og avsier en dom som ikke gir partene noen garanti for at den faktiske situasjonen bringes i tråd med den rettslige.

¹⁰ Se nærmere om den rettslige standarden i punkt 2.4.

¹¹ Blant andre Backer (2015) s. 75, Hov (1994) s. 75, Robberstad (2018) s. 51 og Skoghøy (2017) s. 379.

¹² Jf. tvisteloven § 19-15 jf. § 19-14. Dersom en part ikke innretter seg etter en fastsettelsesdom, kan det etter omstendighetene medføre straffeansvar jf. lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff § 170.

¹³ Jf. lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse jf. tvisteloven § 19-13. Se blant andre Backer (2015) s. 75, Mæland (2013) s. 73, Robberstad (2018) s. 51 og Skoghøy (2017) s. 379.

1.2.3 Presisering av problemstillingen

Forsøket på å avklare begrepet om fastsettelsesdom i avsnittene over viser at betegnelsen kan dekke forskjellige typer avgjørelser. Så lenge domstolen nøyer seg med å fastslå en rettsstilstand mellom partene, er det snakk om en fastsettelsesdom. Negativt avgrenset, kan det sies å være tale om en fastsettelsesdom i alle tilfeller hvor det ikke avsies fullbyrdelsesdom eller rettsendringsdom. En slik negativ avgrensning er imidlertid ikke presis for hva som er temaet i avhandlingen. Med fastsettelsesdom *for brudd på Grunnloven*, eller *brudd på Grunnloven* som gjenstand for fastsettelsessøksmål, siktes det ikke til alle tenkelige fastsettelsesdommer hvor grunnlovsbrudd er tema. Problemstillingen i avhandlingen er søksmål der partene, ved sine påstander, gjør grunnlovsbruddet til selvstendig søksmålsgjenstand for å oppnå dom hvor *brudd på Grunnloven fremgår av domsslutningen*.¹⁴ Andre fastsettelsessøksmål, for eksempel krav om fastsettelsesdom for at et forvaltningsvedtak er ugyldig (fordi det strider mot Grunnloven), faller utenfor problemstillingen. En slik presisering synliggjør et sentralt spørsmål i avhandlingen: I det nevnte ugyldighetssøksmålet vil grunnlovsstriden utgjøre en rettslig begrunnelse for kravet om ugyldighet (vedtaket er ugyldig fordi det strider mot Grunnloven). Grunnlovsbruddet er da en ugyldighetsgrunn. Krav om fastsettelsesdom for selve grunnlovsbruddet, medfører at en ugyldighetsgrunn gjøres til selvstendig gjenstand for søksmål. Det kreves med andre ord dom for ugyldighetsgrunnen i seg selv. For å utdype problemstillingen, er det nødvendig med en grundigere redegjørelse for tvisteloven § 1-3. Jeg kommer derfor tilbake til dette spørsmålet i punkt 3.2.

1.2.4 Avgrensning til utvalgte deler av Grunnloven

Grunnloven inneholder mange regler av svært ulik karakter. Det er ingen automatikk i at drøftelsene om adgangen til fastsettelsesdom for brudd på en spesifikk grunnlovsbestemmelse, har overføringsverdi til andre grunnlovsbestemmelser. Det er derfor lite hensiktsmessig å utelukkende basere avhandlingen på generelle drøftelser. På grunn av avhandlingens formelle rammer, herunder tidsperspektivet, er det ikke mulig å gjøre en analyse av adgangen til fastsettelsesdom for brudd på alle bestemmelsene i Grunnloven. Det tas derfor utgangspunkt i

¹⁴ Retten er bundet av partenes påstander jf. tvisteloven § 11-2.

enkelte grunnlovsregler, og disse brukes som eksempler for å belyse problemstillingen. Avgrensningen innebærer at jeg ikke har ambisjoner om å konkludere i relasjon til øvrige grunnlovsbestemmelser. Som jeg kommer tilbake til i punkt 1.3.2, forutsetter imidlertid rettskildebildet analyser av en del generelle hensyn. Noen drøftelser vil derfor ha en mer allmenn rekkevidde.

Som nevnt inneholder Grunnloven et bredt spekter ulike regler. Et ønske om en viss bredde i fremstillingen er derfor et kriterium ved utvelgelsen av bestemmelsene det avgrenses til. Det avgrenses til § 102, § 112 og § 115. Bestemmelsene brukes i eksempler gjennom hele avhandlingen. For sammenhengens del siteres derfor deler av ordlyden allerede her. Grunnloven § 102 første ledd om retten til privat- og familieliv lyder slik:

Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller.

Grunnloven § 112 første ledd, den såkalte miljøbestemmelsen, lyder slik:

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.

Grunnloven § 115 første ledd lyder slik:

For å sikre den internasjonale fred og sikkerhet eller fremme internasjonal rettsorden og samarbeid kan Stortinget med tre fjerdedels flertall samtykke i at en internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til, på et saklig begrenset område skal ha rett til å utøve beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter, dog ikke beføyelse til å forandre denne Grunnlov. Når Stortinget skal gi sitt samtykke, bør, som ved behandling av grunnlovsforslag, minst to tredjedeler av dets medlemmer være til stede.

Paragraf 115 inneholder en regel om kvalifisert flertall dersom Stortinget skal gi tillatelse til å inngå folkerettslige avtaler. Videre oppstiller § 115 grenser for hvilke typer folkerettslige

avtaler det kan gis tillatelse til inngåelse av, samt grenser for avtalens innhold.¹⁵ Bestemmelsen gjelder slik sett Stortingets kompetanse som statsorgan.¹⁶ Paragrafene 102 og 112 befinner seg i Grunnlovens kapittel E om menneskerettigheter. Menneskerettigheter betegner gjerne rettigheter hvor enkeltindividet er rettighetssubjekt, og staten er pliktsubjekt,¹⁷ og er av en helt annen karakter enn § 115. Til tross for at både § 102 og § 112 er rubrisert som menneskerettigheter, er også disse ulike. Paragraf 102 gjelder individets personlige integritet, mens § 112 gjelder vern av klima og miljø.¹⁸ Paragrafene 102 og 112 er derfor egnet til å gi fremstillingen en viss bredde innenfor kapittel E, mens § 115 fremhever en helt annen, mer statsrettslig, side av Grunnloven. Avgrensningen gir etter min mening mulighet for en nyansert, til tider sammenliknende, fremstilling med rom for å peke på kontraster. Som jeg kommer tilbake til i punkt 1.4, er ikke alle tre bestemmelsene like relevante i alle deler av avhandlingen. Dette medfører også at rekkefølgen de ulike bestemmelsene presenterer i, vil variere.

1.3 Rettskildesituasjon og metodiske problemstillinger

1.3.1 Rettskildesituasjonen

Twisteloven § 1-3 første ledd regulerer hvilke saker som kan gjøres til gjenstand for søksmål, og er derfor det rettslige utgangspunktet for avhandlingen. Ved utarbeidelsen av tvisteloven ble det skrevet tre dokumenter som til sammen utgjør lovens relativt omfattende forarbeider: NOU 2001: 32, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) og Innst. O. nr. 110 (2004–2005). Temaet for avhandlingen er i liten grad direkte behandlet i forarbeidene. Dette kan blant forklares ved at Grunnloven har gjennomgått vesentlige endringer etter vedtakelsen av tvisteloven i 2005. Som

¹⁵ Nærmere omtale i Andenæs og Fliflet (2017) s. 378–380 og Smith (2017) s. 38 og 148 flg.

¹⁶ Smith (2017) s. 198.

¹⁷ Dokument 16 s. 46.

¹⁸ Selv om det ikke kan utelukkes at skade på klima og miljø også kan ramme enkeltindividets personlige integritet. I samme retning dokument 16 s. 244. Se nærmere om Grunnloven § 102 i Aall (2018) s. 214. Se nærmere om Grunnloven § 112 i Thengs (2017).

nevnt i punkt 1.1, ble Grunnloven revidert i 2014. Grunnlovsrevisjonen medførte blant annet vedtakelse av en rekke menneskerettigheter, som kan tenkes å gjøre krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven mer relevant enn tidligere. Forarbeidene inneholder imidlertid interessante drøftelser av sentrale hensyn i sivilprosessen. I tillegg inneholder forarbeidene drøftelser av tilgrensende spørsmål, for eksempel adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP,¹⁹ og adgangen til generell legalitetsprøving av forvaltningsforskrifter.

Det finnes betydelige mengder høyesterettspraksis omkring de grunnleggende vilkår for å anlegge søksmål. Store mengder praksis er naturlig tilknyttet prosessuell lovgivning, særlig tvisteloven § 1-3. Domstolen har en *ex officio* plikt til å vurdere de grunnleggende søksmålsvilkårene, og bestemmelsen er derfor en inngangsport til sivil domstolsbehandling.²⁰ Paragraf 1-3 er således prinsipielt relevant i alle sivile saker, selv om regelen langt fra alltid er verken omtvistet eller et eksplisitt tema.²¹ Tvisteloven § 1-3 erstattet som nevnt de tidligere bestemmelsene i tvistemålsloven §§ 53 og 54. I forarbeidene uttales det at rettstilstanden fra tvistemålsloven i hovedsak skal videreføres.²² Som utgangspunkt legges det derfor til grunn at høyesterettspraksis som var relevant i tolkningen av tvistemålsloven §§ 53 og 54 også er relevant ved tolkningen av tvisteloven § 1-3. Eldre avgjørelser bidrar dermed til å utvide rettskildeteknologien ytterligere. En slik sammenheng mellom tvisteloven og tvistemålsloven er likevel bare et utgangspunkt. Det avgjørende for innholdet i tvisteloven, må selvsagt være valgene, herunder de språklige valgene, som ble gjort da loven ble vedtatt.²³ Det er også forutsatt en (løpende) utvikling av de alminnelige søksmålsvilkårene. Som jeg kommer tilbake til i punkt 2.5, gjaldt denne forutsetningen for de tidligere reglene i tvistemålsloven, og gjelder fortsatt etter den nye regelen i tvisteloven § 1-3. Det er derfor viktig å understreke at

¹⁹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 og International Covenant on Civil and Political rights, New York, 16. desember 1966.

²⁰ Det er sikker rett at vilkårene i § 1-3 må prøves etter rettens eget tiltak jf. for eksempel Rt. 2014 s. 956 U avsnitt 15.

²¹ Etter tvisteloven § 19-1 tredje ledd kan prosessuelle avgjørelser fattes ved beslutning. Beslutninger krever ingen begrunnelse jf. motsetningsvis tvisteloven § 19-6 fjerde ledd. Se Backer (2015) s. 51–52.

²² NOU 2001: 32 s. 10.

²³ I samme retning Backer (2015) s. 41.

sammenhengen mellom tvisteloven § 1-3 og tvistemålsloven §§ 53 og 54 i mange sammenhenger også må nyanseres.

Som redegjørelsen over viser, finnes det store mengder relevant høyesterettspraksis. Sammen med tvistelovens forarbeider, utgjør denne praksisen den viktigste rettskilden tilknyttet tvisteloven § 1-3. Det finnes likevel ingen høyesterettsavgjørelser som direkte avklarer spørsmålene som er tema i denne avhandlingen. I likhet med forarbeidene, finnes det imidlertid interessant høyesterettspraksis hvor tilgrensende spørsmål, og mer grunnleggende hensyn, drøftes. Det er ikke meningen å gi en uttømmende oversikt over den omfattende praksisen. Fremstillingen gir oversikt over et utvalg praksis som er relevant for å kartlegge en eventuell adgang til fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven, herunder praksis som viser utviklingen av relevante regler og praksis som peker på relevante hensyn i sivilprosessen.

Heller ikke i teorien er spørsmålet om adgangen til fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven inngående drøftet, dette til tross for at det er skrevet betydelig litteratur om de alminnelige søksmålsvilkårene.

1.3.2 Metodiske problemstillinger

Det metodiske utgangspunktet er rettsdogmatikk. Rettsdogmatikk brukes her i betydningen av den rettsvitenskapelige metoden der målet er en systematisk og analytisk fremstilling med sikte på å klarlegge hva som er gjeldende rett.²⁴ Tvisteloven § 1-3 inneholder de vilkårene som må være innfridd for at rettsvirkningen (at krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven fremmes) skal inntre. Avhandlingens utgangspunkt er derfor at § 1-3 utgjør det *primære rettsgrunnlaget*.²⁵ Andre rettskilder som trekkes inn i avhandlingen, tjener som bidrag til tolkningen av § 1-3. Kravet til søksmålsgjenstand er et område hvor det i liten grad finnes spesialregulering. Til sammenlikning er kravet til søksmålssituasjon og partstilknytning også regulert utenfor tvisteloven i for eksempel pasientskadeerstatningsloven § 18, aksjeloven § 5-

²⁴ Se liknende forståelse hos Bernt og Doublet (1998) s. 13 og Mæhle (2004) s. 329.

²⁵ Om terminologien «primært rettsgrunnlag», se Nygaard (2004) blant annet s. 100, og Monsen (2012) s. 22.

22, barnevernloven § 7-24 og helse- og omsorgstjenesteloven § 10-7.²⁶ Det er derfor naturlig å betrakte tvisteloven § 1-3 første ledd som eneste rettsgrunnlaget for spørsmålet om søksmålgjenstand. Som jeg kommer tilbake til, er dette metodiske utgangspunktet særlig viktig i kapittel 4, der det blant annet reises spørsmål om hvilken betydning Grunnloven § 92 kan ha for adgangen til fastsettelsesdom.

Grunnet rettskildesituasjonen vil sentrale deler av analysen gå ut på å undersøke hvilke legislative hensyn som ligger til grunn for prosesslovgivningen, og hvilke reelle hensyn som gjør seg gjeldende.²⁷ Målsetningen er å undersøke hvordan disse hensynene påvirker adgangen til fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven. De legislative og reelle hensynene vil i stor grad stamme fra analyser av rettskilder på sivilprosessens område, særlig lovforarbeidene og Høyesteretts forståelse av lovgivningen.²⁸ Selv om argumentasjonen, der løsningen er usikker, vil kunne preges av egne meninger,²⁹ vil drøftelsene ofte gravitere mot positiv rett. Begrepsbruken om gravitasjon mot positiv rett er hentet fra Erik Monsen, og innebærer her at reelle hensyn søkes forankret i tilgrensende positivt rettsstoff for å gjøre hensynene mindre vilkårlige.³⁰ Det er derfor ikke snakk om rettspolitiske drøftelser, selv om løsningen er tvilsom, men argumentasjon ut fra hensyn som søkes forankret i tilgrensende positivt rettsstoff. De fremgangsmåtene som beskrives i dette delkapittelet er del av begrunnelsen for de generelle drøftelsene i kapittel 2, før jeg i kapittel 3 drøfter hvilke konkrete hensyn som kan inngå i vurderingen av adgangen til fastsettelsesdom for brudd på de utvalgte

²⁶ Lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv., lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper, lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester og lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

²⁷ Betegnelsen «legislative hensyn» brukes om hensyn som ligger til grunn for lovgivningen, på samme måte som i Bernt og Mæhle (2007) s. 357 og Boe (2010) s. 107. Om begrepsbruken «reelle hensyn» se blant andre Eckhoff (2001) s. 371 flg. og Monsen (2012) s. 47 flg.

²⁸ Monsen omtaler denne typen reelle hensyn som «saksspesifikke hensyn» se Monsen (2012) s. 179.

²⁹ I tråd med slik jeg forstår Graver når han beskriver rettsdogmatikk som «utvikling av nye begreper og systematikk [...] kartlegging og avveining av de interesser som berøres» og videre at analysen «ofte [inneholder] standpunkt til rettsspørsmål og anbefalinger til løsninger» se Graver (2008) s. 158.

³⁰ Monsen (2012) s. 179.

grunnlovsbestemmelsene. Av samme grunn inneholder kapittel 5 først generelle drøftelser, og deretter en mer konkret fremstilling av konkretiseringskravet i relasjon til de utvalgte enkeltbestemmelsene i Grunnloven. Avhandlingens struktur omtales nærmere i punkt 1.4.

1.3.3 Særlig om betegnelsen «rettslig interesse»

Twistemålsloven § 54 brukte betegnelsen «rettslig interesse». Etter min mening er ordlyden i § 54 rimelig klar på at «rettslig interesse» dreier seg om vilkår for søksmålssituasjon og partstilknytning, mens bestemmelsens ordlyd «retsforhold» og «rettighet» dreier seg om vilkår for søksmålsgjenstand. Rettslig interesse har likevel blitt brukt i vid utstrekning, som betegnelse på alle de alminnelige søksmålsbetingelsene.³¹ Så sent som i 2018 kan det vises til to avgjørelser fra Høyesterett der «rettslig interesse» brukes om søksmålsgjenstand.³² I teori og praksis kan det derfor være uklart om rettslig interesse refererer til spørsmålet om søksmålsgjenstand, spørsmålet om søksmålssituasjon og partstilknytning, eller blir brukt som en samlebetegnelse. Uklarheten kan være forståelig: Ordlyden «rettslig interesse» gir i seg selv liten veiledning om vilkårets innhold. I tillegg kan det i enkelte tilfeller være aktuelt med en mer helhetlig vurdering av søksmålsvilkårene, og da er det ikke unaturlig å omtale vilkårene samlet.³³ Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på uklarheten når man leser rettspraksis og teori om de alminnelige søksmålsbetingelsene. Det avgjørende er selvsagt rettskildens substansielle innhold, ikke hvilke ord og uttrykk som brukes. Dersom en drøftelse omhandler hvilke krav det kan gis dom for på bakgrunn av kravets egenart eller egenskaper, typisk momenter som ikke påvirkes av hvilken situasjon søksmålet reises i eller hvem det reises av, er det et spørsmål om søksmålsgjenstand. Dels grunnet betegnelsens vaghet, og dels fordi «rettslig interesse» ikke benyttes i tvisteloven § 1-3, brukes ikke betegnelsen i denne avhandlingen med mindre det er et sitat eller en annen form for henvisning.

³¹ For eksempel Backer (1984) som tross tittelen «Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage – særlig ved naturinngrep», behandler boken alle søksmålsvilkårene. Se også Backer (2015) s. 201 hvor alle søksmålsbetingelsene bevisst omtales under «rettslig interesse». Riktignok understreker forfatteren at dette er et bevisst valg, slik at begrepsbruken ikke fremstår som uklar.

³² HR-2018-492-U avsnitt 18 og HR-2018-1036-A avsnitt 37.

³³ Se nærmere punkt 2.4.

1.4 Planen for den videre fremstillingen

Utgangspunktet for analysen er som nevnt tvisteloven § 1-3. I kapittel 2 gis det en generell fremstilling av § 1-3, med særlig vekt på rettskravsvilkåret i bestemmelsens første ledd. Målsetningen med kapittelet er å gi en oversikt over sentrale trekk ved § 1-3, og de hensynene som er relevante for avhandlingen. Herunder belyses også den historiske utviklingen tilknyttet bestemmelsen.

I kapittel 3 er målet å drøfte om, og i så fall under hvilke omstendigheter, tvisteloven § 1-3 gir grunnlag for å reise søksmål med krav om fastsettelsesdom for brudd på de utvalgte bestemmelsene i Grunnloven. Fremstillingen er grovt sett inndelt slik at det først, i punkt 3.2, gjøres en presisering av problemstillingen som skal drøftes i kapittel 3. Som nevnt, er det hensiktsmessig at denne presiseringen skjer etter de mer generelle drøftelsene i kapittel 2. Deretter drøftes ulike elementer som kan begrunne et behov for fastsettelsesdom for grunnlovsbrudd.

I kapittel 4 drøftes sammenhengen mellom de konvensjonsfestede menneskerettighetene, og menneskerettighetene i Grunnloven. Grunnlaget for at spørsmålet tas opp er at Høyesterett, som nevnt innledningsvis i punkt 1.1, flere ganger har behandlet krav om fastsettelsesdom for brudd på ulike menneskerettighetskonvensjoner. I kapittel 4 redegjøres det derfor først for rettstilstanden omkring krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK. Deretter drøftes begrunnelsen for denne rettstilstanden. Som nevnt i punkt 1.3.2, er avhandlingens utgangspunkt at tvisteloven § 1-3 utgjør rettsgrunnlaget for en eventuell adgang til fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven. Til slutt, i punkt 4.4, blir derfor spørsmålet om de hensyn som har gjort seg gjeldende ved fastsettelsesdom for brudd på konvensjonene, også er relevante tolkningsbidrag i forbindelse med adgangen til fastsettelsesdom for Grunnlovens menneskerettigheter. I kapittel 4 behandles bare de utvalgte menneskerettighetene fra Grunnlovens kapittel E (§ 102 og § 112).

I kapittel 5 er temaet i hvilken grad søksmålsgjenstanden må konkretiseres dersom spørsmål om brudd på Grunnloven gjøres til gjenstand for fastsettelsessøksmål. Innledningsvis redegjøres det for innvendinger mot abstrakte og generelle krav. Deretter er kapittelet bygget opp slik at det først redegjøres for hvorfor *behovet* for en mer generell prøving er en relevant vurdering. Deretter redegjøres det for elementer som, i lys av de utvalgte grunnlovsbestemmelsene, kan inngå i vurderingen av om det er behov for mer generell prøving.

Begrunnelsen for inndelingen er blant annet at rettskildebildet, som nevnt i punkt 1.3.2, nødvendiggjør en analyse av mer generelle hensyn. De mer generelle redegjørelsene i kapittel 5, er utelukkende relevante i relasjon til konkretisering av søksmålgjenstanden. Det er derfor mest hensiktsmessig at disse elementene behandles i kapittel 5, fremfor i kapittel 2. Plasseringen av kapittel 5, i forhold til kapittel 3 og 4, skyldes at spørsmålet om konkretisering av søksmålgjenstanden forutsetter at spørsmål om grunnlovsbrudd i det hele tatt kan gjøres til gjenstand for fastsettelsessøksmål. Under en slik forutsetning, er konkretiseringskravet relevant i relasjon til drøftelsene i både kapittel 3 og 4. Det er derfor naturlig å behandle spørsmålene i kjølvannet av disse kapitlene.³⁴

Allerede her i innledningen, er det viktig å påpeke at ulike situasjoner kan medføre grunnlovsbrudd. Det kan spesielt sondres mellom spørsmål om enkelthendelsers eller handlingers grunnlovsmessighet, og spørsmål om normers grunnlovsmessighet. Problemstillingen i avhandlingen favner alle de nevnte situasjonene. Det er likevel ikke alle typer grunnlovsbrudd som er like relevante i samtlige av avhandlingens kapitler. Et søksmål med krav om fastsettellesdom for at en norm er grunnlovsstridig, reiser særlig spørsmål om konkretisering av søksmålgjenstanden. Spørsmål om normers grunnlovsmessighet behandles derfor hovedsakelig i kapittel 5. Søksmål om enkelthendelser eller handlingers grunnlovsmessighet vil i mindre grad reise spørsmål om konkretisering av søksmålgjenstanden, og behandles derfor hovedsakelig i kapittel 3 og 4. Det understrekes likevel at det kan være en glidende overgang mellom situasjoner der enkelthendelser eller handlinger er grunnlovsstridige, og situasjoner der normer er grunnlovsstridige. For eksempel vil en regel ofte stamme fra et vedtak. På den måten er regelen også et resultat av en handling. Det kan derfor forekomme drøftelser der skillet mellom enkelthendelser eller handlinger, og normer, er mindre.

³⁴ Også i litteraturen har konkretiseringskravet blitt behandlet som selvstendig tema under omtalen av kravene til søksmålgjenstand, se blant andre Robberstad (2018) s. 98–101 og Skoghøy (2017) s. 396–403.

2 Tvisteloven § 1-3

2.1 Introduksjon

Tvisteloven § 1-3 utgjør utgangspunktet for fremstillingen. Det er derfor hensiktsmessig med en mer generell redegjørelse for bestemmelsen. I kapittel 2 redegjøres det for ordlyden og de enkelte vilkårene i tvisteloven § 1-3. Spørsmålene om søksmålgjenstand er mest sentralt for avhandlingens tema, og omtales derfor i størst grad også i den generelle fremstillingen i dette kapitlet.

2.2 Ordlyden og prosessforutsetningen

Tvisteloven § 1-3 lyder slik:

§ 1-3. Søksmålgjenstand, partstilknytning og søksmålsituasjon

(1) Det kan reises sak for domstolene om rettskrav.

(2) Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.

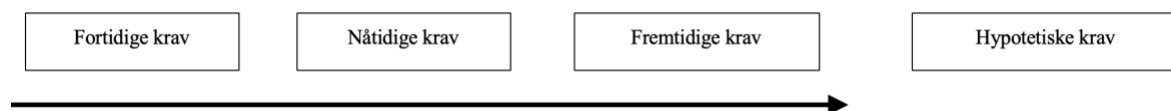
Første ledd oppstiller kravene for søksmålgjenstand. Dette er et spørsmål om hvilke *typer krav* det kan reises søksmål om: Det må dreie seg om et «rettskrav». Annet ledd første punktum oppstiller krav til søksmålssituasjonen og partstilknytning. Dette er spørsmålet om *når* søksmål kan reises og *hvem* søksmål kan reises av og mot: Saksøker må ha et «reelt behov» for avgjørelse, og søksmålet må anlegges mot den eller de saksøker har et reelt behov for avklaring «i forhold til [sic]». ³⁵ Etter annet ledd annet punktum skal vilkårene om når søksmålet reises,

³⁵ Tilnærmingen om at tvisteloven § 1-3 inneholder tre hovedvilkår er i tråd med bestemmelsens overskrift, og er forutsatt i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 365. Oppfatningen er dessuten vanlig i juridisk teori, for eksempel Backer (2015) s. 201, Hov (2017) kapittel 7, 8 og 9, Schei m.fl. (2013) s. 14 og Vangsnes (2018) s. 59.

og hvem det reises mot, vurderes ut fra kravets «aktualitet» og «partenes tilknytning» til kravet. Stikkordsmessig omtales gjerne vilkårene som *rettskrav*, *aktualitet* og *tilknytning*.³⁶ Rettskravsvilkåret behandles nærmere under, i punkt 2.3. Kravene til aktualitet og tilknytning omtales i de neste avsnittene.

For kravet om aktualitet, er ordlyden som utgangspunkt forstått som at det må foreligge en reell og aktuell rettsuvisshet.³⁷ En sentral del av vurderingen er hvilken rettsvirkning en dom i saksøkers favør vil få. Dersom kravet er så lite aktuelt at en eventuell dom i saken ikke ville fått noen rettslig eller faktisk betydning for saksøker, har ikke saksøker et reelt behov for at domstolen tar stilling til kravet. Aktualitetskravet trekker derfor særlig et skille mellom fortidige, nåtidige, fremtidige og hypotetiske krav. Vilkåret fremstår som en rasjonell avgrensning av søksmålsadgangen, både i lys av hensynet til den som får et søksmål rettet mot seg, og i lys av hensynet til domstolens arbeidsbelastning.³⁸

Hypotetiske krav kan også behandles som et spørsmål om søksmåls*gjenstand* under tvisteloven § 1-3 første ledd. En slik rubrisering kan forklares ved at et hypotetisk krav kan oppfattes abstrakt, fordi kravets hypotetiske karakter gjør det vanskelig å vite hvilket faktum kravet bygger på dersom kravet oppstår. Jeg mener hypotetiske krav bør behandles som et spørsmål om aktualitet fordi ordet «hypotetisk» er et ord som gjerne brukes om noe som *kan* skje, og dermed inneholder et slags tidsperspektiv. Dette kan illustreres med en tidslinje:



Det hypotetiske kravet ligger utenfor tidslinjen fordi det er snakk om et krav som *kan oppstå*, på et uvisst fremtidig tidspunkt. Det nært beslektede fremtidige kravet, er innenfor tidslinjen fordi man vet at dette kravet *kommer til å oppstå* (her blir det en flytende overgang til hypotetiske krav, avhengig av hvor (u)sikkert det er at kravet oppstår). Dersom det hypotetiske kravet oppstår (eller med en viss sikkerhet kommer til å oppstå), blir kravet nåtidig (eventuelt fremtidig). Da kan ikke kravet lenger avvises, med mindre det *også* er abstrakt. Hypotetiske krav

³⁶ Se blant andre Vangsnes (2018) s. 59.

³⁷ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 365 og for eksempel Rt. 2012 s. 1253 U avsnitt 27.

³⁸ Hensynene var sentrale i Tvistemålsutvalget begrunnelse for begrensningene i søksmålsadgangen, se NOU 2001: 32 s. 189 med senere støtte fra departementet i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 137.

behandles derfor ikke i kapittel 5 om konkretisering av søksmålgjenstanden, selv om de abstrakte kravene som behandles *også* kan tenkes å være hypotetiske.

For tilknytningskravet er utgangspunktet at den som reiser saken må ha en slik tilknytning til kravet at en dom i saken får en rettslig eller faktisk betydning for vedkommende. Som eksempler på hva som ligger i kjernen av bestemmelsen kan nevnes at man i privatrettslige forhold normalt kan reise søksmål om egne rettigheter og plikter, mens man som utgangspunkt ikke kan reise søksmål om andre rettssubjekters rettigheter eller plikter.³⁹ Et viktig unntak fra hovedregelen er organisasjoners søksmålsadgang som uttrykkes ved at organisasjoner kan reise søksmål om «forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta» jf. tvisteloven § 1-4 første ledd. Formuleringen «[d]en som reiser saken, må påvise et reelt behov [...] i forhold til saksøkte» i annet ledd første punktum, og flertallsformen «partenes» i annet ledd annet punktum, gjør det klart at både saksøker og saksøkte må ha en tilstrekkelig tilknytning til kravet (aktiv og passiv søksmålskompetanse).⁴⁰

Vilkårene i tvisteloven § 1-3 er kumulative, slik at alle vilkårene må være innfridd før en sak realitetsbehandles av en domstol.⁴¹ Motsetningsvis må saken avvises dersom ikke alle vilkårene er innfridd. Paragraf § 1-3 oppstiller med andre ord *prosessforutsetninger* tilknyttet søksmålgjenstanden, søksmålsituasjon og partstilknytning.⁴² Det er nødvendig og velbegrunnet at prosesslovgivningen oppstiller visse skranke for hvilke saker man kan kreve domstolens avgjørelse for. Både samfunnet og saksøkte har interesse av å unngå unødvendige søksmål. I tvistelovens forarbeider uttales det at begrensningene er nødvendig for å «unngå at

³⁹ Jf. for eksempel Rt. 1991 s. 325 U hvor sak om naborettslige spørsmål ble avvist fordi saksøker ikke var eier av eiendommen, eller Rt. 1994 s. 524 U hvor saksøker ble nektet å anlegge søksmål om morens husleieforhold. For offentligrettslige forhold gjelder lempeligere krav til partstilknytning, se nærmere redegjørelse i Skoghøy (2017) s. 453 flg.

⁴⁰ Om terminologien aktiv og passiv søksmålskompetanse, se for eksempel Hov (2017) s. 114 flg og 124 flg.

⁴¹ Det er klart forutsatt i ordlyden at vilkårene er kumulative. Se også Rt. 2008 s. 513 A avsnitt 33 hvor vilkårene i tvistemålsloven § 54 omtales som kumulative.

⁴² Prosessforutsetning brukes her som betegnelse på vilkår for at saken kan fremmes. Om begrepsbruken se for eksempel Hov (2017) s. 58–59, Robberstad (2018) s. 73 og Skoghøy (2017) s. 227–228. At § 1-3 utgjør en prosessforutsetning ble lagt til grunn i NOU 2001: 32 s. 190, og senere i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s 139.

domstolene må ta stilling til saker som de ikke er egnet til å løse, og av hensyn til saksøkte».⁴³ Som nevnt, begrunner også «hensynet til domstolenes arbeidsbelastning» skranker i søksmålsadgangen.⁴⁴

Selv om vilkårene i tvisteloven § 1-3 som utgangspunkt er kumulative, fremgår det av ordlyden i annet ledd annet punktum at det skal gjøres en «samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det». I tvistelovens forarbeider er det også tatt til orde for at det er en flytende overgang mellom vilkårene, og, som jeg kommer tilbake til i punkt 2.4, at det i grensetilfeller kan foretas en bredere rimelighetsvurdering.⁴⁵

2.3 Rettskrav

Det kan reises søksmål om «rettskrav» jf. tvisteloven § 1-3 første ledd. Det er naturlig å forstå ordlyden *rettskrav* som at domstolen bare kan behandle krav som springer ut av en rett. Sagt på en annen måte: Det kan reises søksmål om et *krav* som er underlagt *rettslig* regulering.⁴⁶ En slik forståelse av ordlyden samsvarer også godt med departementets begrunnelse for prosessforutsetningene i tvisteloven § 1-3, nemlig å «unngå at domstolene må ta stilling til saker som de ikke er egnet til å løse».⁴⁷ Domstolen er et tvisteløsningsorgan bestående av jurister, som anvender juss for å løse konflikter. Det er derfor naturlig å begrense domstolens arbeid til å gjelde tvisteløsning basert på rettsregler. Interessetvister, etiske spørsmål og ikke-juridiske faglige vurderinger faller utenfor domstolens arbeidsområde.⁴⁸ Krav som baserer seg på den

⁴³ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 137 hvor departementet redegjør for, og tilslutter seg, Tvistemålsutvalgets vurdering.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 137.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 364 med henvisning til NOU 2001: 32 s. 652.

⁴⁶ Jf. blant annet Rt. 2010 s. 880 U avsnitt 15.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 137.

⁴⁸ Dette er ikke til hinder for at ikke-rettslige vurderinger kan inngå som en del av en rettslig vurdering jf. for eksempel lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling § 29-2 som oppstiller en vurdering av visuelle kvaliteter.

typen problemstillinger må derfor falle utenfor rekkevidden av rettskravsvilkåret i tvisteloven § 1-3 første ledd.

Ordlyden *rettskrav* understreker ikke bare at det må være snakk om et rettslig regulert krav, men reiser også spørsmål om hva et krav er. Språklig tilsier ordlyden at det er tale om noe man kan kreve eller gjøre krav på. Betegnelsen «krav» kan være dårlig egnet til å gi uttrykk for en adgang til å reise fastsettelsessøksmål: I et fastsettelsessøksmål vil det være snakk om å få konstatert en rettighet, uten at man retter et krav, i form av for eksempel et ønske om en ytelse eller handling, mot noen. Som nevnt i punkt 1.3.3, brukte tvistemålsloven ordlyden «rettsforhold» og «rettighet». Etter min mening er språkbruken i tvistemålsloven bedre egnet til å gi uttrykk for en adgang til å kreve fastsettelsesdom.⁴⁹ Rettskravsvilkåret er imidlertid sammensatt av ordene rett og krav. De to delene må selvsagt sees i sammenheng. Ordlyden kan derfor forstås som at kravet kan gjelde retten *i seg selv*. Med en slik tilnærming er avstanden til ordbruken i tvistemålsloven § 54 straks mindre. Dette er i tråd med forarbeidenes forutsetning om at tvisteloven § 1-3 skal tre i stedet for både § 53 og § 54 i tvistemålsloven.⁵⁰

Som nevnt over i punkt 2.2, inneholder tvisteloven § 1-3 annet ledd krav til *hvem* søksmålet rettes mot (den personelle dimensjonen). Selv om den personelle dimensjonen ikke er en del av rettskravsvilkåret i tvisteloven § 1-3 første ledd, må det forutsettes at søksmålet rettes mot en motpart. Rettskravet adresseres med andre ord til et bestemt rettssubjekt som, dersom kravet fører frem, vil ha *plikt* til å imøtekomme kravet eller innfri rettigheten. Forutsetningsvis må derfor rettskravsvilkåret favne både rettigheter og plikter, herunder også spørsmål om hvilke rettigheter eller plikter noen *ikke* har. Nært beslektet med en rettighet, er en kompetanse. Dersom man har kompetanse til å gjøre noe, har man også rett til å gjøre det, og motsatt.⁵¹

Rettskravsvilkåret i § 1-3 første ledd må også sees i lys av bestemmelsens funksjon, som er å regulere hvilke krav som kan behandles av en domstol. Som nevnt, er et viktig formål med

⁴⁹ I samme retning Hov (2017) s. 85.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 363.

⁵¹ I samme retning Hov (2017) s. 85–86.

prosessforutsetningene i § 1-3 at domstolen ikke skal måtte avgjøre saker den er uegnet til å behandle.⁵² Et minstekrav for at det skal være snakk om et rettskrav, må derfor være at partene kan oppnå dom i saken.⁵³ På samme måten må en eventuell dom i saken ha en viss betydning for sakens parter. Dersom en dom for et krav ikke er egnet til å påvirke partene som reiser kravet, bør heller ikke kravet kunne gjøres til gjenstand for søksmål. Tankemåten ivaretar også viktige formål med prosessforutsetningene i tvisteloven § 1-3: hensynet til domstolens arbeidsbelastning og hensynet til at partene ikke skal utsettes for unødige søksmål.⁵⁴ Som nevnt i punkt 2.2, er virkningen av en dom også relevant i relasjon til kravet om aktualitet og tilknytning. Dersom partene ikke kan få dom i saken som påvirker deres rettsstilling fordi kravet ikke er aktuelt, eller fordi partene ikke har tilknytning til kravet, er det et spørsmål om vilkårene i tvisteloven § 1-3 annet ledd. Temaet i dette avsnittet er situasjoner der det ikke kan avsies dom med betydning for partene på grunn av *kravets art*, uavhengig av kravets tidsmessige aktualitet eller partenes tilknytning. En slik situasjon vil etter min mening utgjøre et spørsmål om søksmålgjenstand.

I praksis og teori har det i tillegg vært lagt til grunn at det må dreie seg om et *konkret* krav for å kunne gjøres til gjenstand for søksmål.⁵⁵ Med «konkret krav» siktes det til at kravet må konkretiseres, gjerne ved at rettsspørsmålet tilknyttes et bestemt faktisk forhold. Domstolen kan som utgangspunkt ikke ta stilling til helt generelle rettsspørsmål. I tvistelovens forarbeider ble den gang gjeldende rett (rettstilstanden etter tvistemålsloven) omtalt som at det forelå en

⁵² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 137.

⁵³ Se Rt. 2003 s. 1630 A om midlertidig forføyning for at en grunneier skulle avstå fra hogst (de alminnelige søksmålsbetingelsene gjelder også for sikring av krav ved midlertidig forføyning jf. tvisteloven § 33-1 tredje ledd og § 33-2). Høyesterett la det til grunn som et minstekrav for realitetsbehandling at det er «mulig å få dom for kravet» (avsnitt 43).

⁵⁴ NOU 2001: 32 s. 189 med senere støtte fra departementet i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005). Se også Rt. 2001 s. 1123 A på s. 1132.

⁵⁵ For eksempel Rt. 1984 s. 1488 U (Burhøns 1) om abstrakt legalitetsprøving av forvaltningsforskrift, og Rt. 1998 s. 87 U om abstrakt legalitetsprøving av formell lov. Fra litteraturen blant andre Aasland (1967) s. 183, Alten (1954) s. 74 og Skoghøy (2001) s. 293 flg., fra nyere tid Robberstad (2018) s. 98–99, Skoghøy (2017) s. 396 flg. Vangsnes (2018) s. 63. Se nærmere om utviklingen av konkretiseringskravet i punkt 2.5.

doktrine mot abstrakte søksmål.⁵⁶ Samlet sett må det sies å være bred konsensus om at et rettskrav, i hvert fall i en viss utstrekning, må konkretiseres.

2.4 Den rettslige standarden i tvisteloven § 1-3

Redegjørelsen i punkt 2.3 viser blant annet at man fra den naturlige språklige forståelsen av ordlyden «rettskrav» kan lese hva som ligger i bestemmelsens kjerne, og finne de klare ytterpunktene for hva som kan gjøres til gjenstand for søksmål. Ordlyden er likevel så generelt utformet at den gir liten veiledning når grensetilfellene skal fastlegges.⁵⁷ Det er derfor nødvendig med bidrag fra andre rettskilder, herunder den omfangsrike rettspraksisen, når det nærmere innholdet i rettskravsvilkåret skal kartlegges.⁵⁸ Tvistemålsutvalget drøftet hvorvidt de grunnleggende søksmålsvilkårene bør utformes som tilskårne regler. Utvalgets oppfatning, som senere fikk støtte av departementet, var at tilskårne regler ikke innehar den nødvendige elastisiteten, og at det derfor er ønskelig å videreføre den mer generelle lovgivningsteknikken som lå til grunn for tvistemålsloven § 54. Utvalget peker også på at forutberegnelighetsgevinsten som normalt følger presise og tilskårne regler, kan gå tapt i den store regelmengden som er nødvendig for å håndtere de utallige typetilfeller som kan bli gjort til gjenstand for søksmål.⁵⁹ I proposisjonen understreker departementet at tvisteloven § 1-3 «knesetter [...] en rettslig standard».⁶⁰ Spørsmålet i dette delkapittelet er hva det innebærer at tvisteloven § 1-3 er en rettslig standard.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 142.

⁵⁷ Den har «en klar ordkjerne og en uklar randsoner», se Monsen (2012) s. 116.

⁵⁸ Tilsvarende Schei m.fl. (2013) s. 15.

⁵⁹ NOU 2001: 32 s. 190–191. Utvalget benytter formuleringen «videreføre søksmålsvilkårene i en slik *standardisert form*» (min kursivering). Jeg forstår bruken av ordet «form» som at det siktes til lovgivningsteknikk fremfor en videreføring av tvistemålslovens ordlyd. Se også Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 140.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 142 og 363.

Tvistelovens forarbeider gir lite konkret veiledning om hva som egentlig menes med en rettslig standard, ut over at «[a]vgjørelsen av om søksmålet skal tillates fremmet [...] må bero på en helhetsvurdering» og at søksmålsbetingelsene «er utformet – og ment praktisert – slik at den nærmere forståelsen av bestemmelsen vil kunne endre seg over tid».⁶¹ Ser man hen til teorien, understreker Ragnar Knoph, at rettslige standarder henviser «til en kjent, utenforliggende målestokk».⁶² Mer metaforisk snakker Nils Nygaard om «eit ‘hylster’ som må fyllast med stoff som lova sjølv ikkje har».⁶³ Synne Sæther Mæhle beskriver rettslige standarder som regler «som er gitt for å kunne utvikles i takt med samfunnet», og understreker at «lovgiver bevisst vil overlata deler av utformingen av rettsreglene til domstolene».⁶⁴ Jens Edvin A. Skoghøy skriver at den rettslige standarden i tvisteloven § 1-3 «innebærer at domstolen har ansvar for å tilpasse søksmålsbetingelsene til samfunnsutvikling og den til enhver tid rådende oppfatningen om hva hensynet til rettssikker og hensiktsmessig saksbehandling tilsier».⁶⁵ Slik jeg forstår de nevnte teoretikerne, er en rettslig standard en bestemmelse som utfylles av målestokker utenfor den aktuelle loven. En rettslig standard er altså ikke bare en bestemmelse som endres med tiden, selv om standarden gjerne medfører at bestemmelsen over tid endrer seg. Den nevnte målestokken vil ofte være moralske normer, men rettslige standarder kan også utfylles av andre relevante målestokker.⁶⁶

For å finne betydningen av tvisteloven § 1-3 som en rettslig standard, må man etter mitt syn se hen til at en befinner seg på sivilprosessens område. Sivilprosessens oppgave er, grovt forenklet, å oppstille rammer for fremgangsmåten når de materielle reglene skal anvendes av

⁶¹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 364.

⁶² Knoph (1948) s. 3.

⁶³ Nygaard (2004) s. 190–191.

⁶⁴ Bernt og Mæhle (2007) s. 336.

⁶⁵ Skoghøy (2017) s. 379.

⁶⁶ Knoph (1948) s. 4

en domstol.⁶⁷ Reglene i sivilprosessen må passe samme med et enormt antall materielle regler.⁶⁸ Dersom prosessretten skal følge samfunnets utvikling, må «samfunnsutvikling» forstås så vidt at det også omfatter utvikling i det materielle regelverket. Et utgangspunkt kan da være at hva som er å anse som et rettskrav i tvistlovens forstand, må fastlegges ut fra hva det til enhver tid kan reises krav om etter de materielle reglene.

Hva som skal kunne gjøres til gjenstand for søksmål er en fundamental og grunnleggende del av prosessretten, og utgjør, sammen med de øvrige vilkårene i tvisteloven § 1-3, en «inngangsport» for domstolsbehandling. Det er således viktig at den prosessuelle reglen utformes på en måte som gjør prosessretten i stand til å tilpasse seg utviklingen i den materielle jussen, og samfunnet for øvrig.⁶⁹ Utformingen av rettskravsvilkåret som en rettslig standard virker derfor ikke bare som et tilsiktet lovteknisk grep, men også et veloverveid og naturlig valg fra lovgivers side for å oppnå en nødvendig dynamikk i prosessretten.

I spesialmerknadene til § 1-3 legger departementet til grunn at det i tvilstilfeller er «avgjørende om det er *naturlig og rimelig* at tvisten skal kunne bringes inn for domstolene».⁷⁰ Det må antas at det er en sammenheng mellom denne skjønnsmarginen og den rettslige standarden: Den rettslige standarden åpner for en dynamisk utvikling av bestemmelsen. Søksmål som tidligere har ført til avvisning, vil etter omstendighetene kunne fremmes, og vil trolig utgjøre de grensetilfellene hvor rimelighetsvurderingen blir avgjørende. Man kan derfor si at den skjønsmessige vurderingen av om det er naturlig og rimelig å fremme et søksmål, er et *middel* for å nå målet om en slik fleksibel søksmålsadgang som den rettslige standarden forutsettes.

Spørsmålet blir da hva som skal vektlegges i vurderingen av om det er naturlig og rimelig at saken fremmes. Verken Tvistemålsutvalget eller departementet redegjør nærmere for hvilke

⁶⁷ Backer, (2015) s. 19 og Hov (2017) s. 25.

⁶⁸ Det bemerkes at «materielle regler» brukes i relativt vid forstand i denne sammenhengen, og sikter til regler som danner grunnlag for realitetsavgjørelsen i en sak. Se for eksempel skillet som markeres i HR-2018-1907-A avsnitt 46.

⁶⁹ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 140 hvor departementet uttaler at «[f]ordelen ved en slik lovteknisk regulering er at den legger til rette for en videre utvikling og konkretisering gjennom rettspraksis, blant annet ut fra endrede samfunnsforhold og når det kommer opp nye typetilfeller som vanskelig kan overskues på forhånd».

⁷⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 364 (min kursivering).

elementer som skal inngå i en slik vurdering. En rimelighetsvurdering kan oppfattes som at det åpnes for bruk av reelle hensyn, og åpner etter min mening for en relativt vid vurdering. En vurdering av hva som er naturlig, kan ha nær sammenheng med det nevnte tidselementet i den rettslige standarden: En skal kunne reise søksmål om de krav det *med tiden* er *naturlig* at domstolen behandler. Men vurderingen av hva som er naturlig kan også fungere som en skranke: Man skal ikke kunne reise søksmål om krav det er unaturlig å belaste domstolen med. En slik skranke er også helt i tråd med en av forarbeidenes begrunnelser for å ha regler som begrenser hvilke saker det kan anlegges søksmål om: Domstolen ikke skal måtte avgjøre saker den er uegnet til å ta stilling til.⁷¹

At det i grensetilfeller må være avgjørende om det er «naturlig og rimelig» at saken fremmes, har også vært uttrykt i rettspraksis. I Rt. 1979 s. 468 U var en beslutning om eksklusjon fra foreningen Norsk Balalaikaorkester angrepet ved søksmål. Adgangen til å angripe foreningsbeslutninger ved søksmål har vært noe usikker.⁷² Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at det i grensetilfeller måtte være avgjørende om det var «naturlig og rimelig» å fremme søksmålet.⁷³ Saken kunne imidlertid ikke fremmes fordi foreningen Norsk Balalaikaorkester bar preg privat hobbyvirksomhet. Foreningens avgjørelser var av ren privat og sosial karakter, og det var ikke snakk om et rettsforhold. Det må derfor antas at foreningens virksomhet lå utenfor hva det er *naturlig* å reise søksmål om.

I Rt. 1986 s. 308 U kom utvalget til motsatt konklusjon. Denne gangen gjaldt saken et eksklusjonsvedtak fra Bergen Motorbåtforening. Også i denne saken understrekes det som avgjørende hvorvidt det er «naturlig og rimelig» at søksmålet fremmes.⁷⁴ Saken ble fremmet med henvisning til foreningsmedlemmenes økonomiske interesser.⁷⁵ Eksklusjonsvedtaket var et rettskrav fordi foreningens virksomhet hadde økonomiske konsekvenser for medlemmene, og det var derfor, slik jeg forstår avgjørelsen, *rimelig* å fremme søksmålet.

⁷¹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 137.

⁷² Woxholth (2008) s. 512.

⁷³ På s. 470.

⁷⁴ På s. 310.

⁷⁵ På s. 310.

De nevnte sakene om eksklusjonsvedtak dreier seg om grensetilfeller som avgjøres etter en vurdering av om det er naturlig og rimelig at saken fremmes. Jeg forstår avgjørelsene slik at hovedproblemet er at det dreier seg om krav fundert på regler som ligger i grenseland mellom rettslige reguleringer og forhold som utelukkende tilhører privatsfæren. Ved krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven, er det ikke tvilsomt at det materiellrettslige kravet bygger på rettslige reguleringer. Avgjørelsene om eksklusjonsvedtak skiller seg derfor fra avhandlingens problemstilling på dette punktet, men er likevel interessante som eksempel på hvordan domstolen løser prosessuelle grensetilfeller. Hensynene bak avgjørelsene, at det må vektlegges om det er rimelig og naturlig at søksmålet fremmes og at partenes behov for dom er et relevant element i denne vurderingen, er derfor interessant også ved krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven.

I tvistelovens forarbeider understreker både Tvistemålsutvalget og departementet at formålsbestemmelsen i § 1-1 oppregner de viktigste vurderingshensynene, særlig i forbindelse med tvistelovens mange skjønnsmessige vurderinger.⁷⁶ Det kan derfor ikke være tvilsomt at elementene i tvisteloven § 1-1 er særlig relevante i den skjønnsmessige vurderingen av hvilke saker som naturlig og rimelig bør fremmes etter tvisteloven § 1-3. Av § 1-1 første ledd annet punktum fremgår det at «[l]oven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene». Jeg forstår ordlyden som at bestemmelsen har to dimensjoner: en individuell dimensjon, og en samfunnsmessig dimensjon. Felles for dimensjonene er at det er *behovet* for avklaring som er avgjørende. I vurderingen av om et grensetilfelle bør fremmes fordi det er naturlig og rimelig at saken prøves for en domstol, må det derfor kunne vektlegges hvilket behov partene eller samfunnet har for domstolsbehandling.

Et eksempel på at behovet for domstolsbehandling kan være av betydning, finnes i Rt. 1996 s. 282 U. Saken gjaldt bevilling for ølsalg. De saksøkende partene (fire kjøpmenn) mistet sin bevilling da en lovendring bestemte at øl med en viss alkoholstyrke bare kunne selges av Vinmonopolet. Søksmålet var reist mot staten, med krav om fastsettelsesdom for at bevilling ikke kunne nektes med hjemmel i lovendringen, fordi denne var i strid med regler fra EØS-

⁷⁶ NOU 2001: 32 s. 649 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 363.

retten. Kjæremålsutvalget fremhevet at kjøpmennene «må kunne få prøvet for domstolene om det er lovlig å nekte dem å selge øl i klasse 3» og at det er «viktig at de prosessuelle krav for fremme av søksmål stilles slik at det ikke gjøres unødig vanskelig å få prøvet om norsk regelverk eller norske forvaltningsvedtak samsvarer med EØS-regler». ⁷⁷ Utvalget avviste imidlertid saken med henvisning til at kjøpmennene måtte søke om bevilling, for så å angripe et eventuelt avslag ved søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtaket. Ved gyldighetssøksmålet «vil domstolen [...] måtte ta stilling til lovligheten av [Vinmonopolets enerett]». ⁷⁸ Jeg forstår Kjæremålsutvalget som at avvisningen, i hovedsak, bygger på at kjøpmennene ikke kunne reise sak om manglende bevilling før de hadde søkt, og eventuelt fått avslag. Kjøpmennene måtte få en mulighet til å prøve for domstolen om det er lovlig (i tråd med EØS-regelverket) å nekte dem å selge øl i klasse 3, og de prosessuelle reglene må ikke utformes slik at dette gjøres unødig vanskelig. Men i den konkrete saken var det mer *hensiktsmessige* å angripe et eventuelt avslag fra forvaltningen. Før forvaltningsvedtaket var fattet, forelå det med andre ord ikke noe *behov* for fastsettelsesdom for at lovendringen var i strid med EØS-regelverket. ⁷⁹

Anken i Rt. 1996 s. 282 U ble avvist fordi utvalget mente det ikke forelå noe behov for domstolsprøving, men utvalget uttalte også at saken måtte avvises fordi den det var snakk om et «abstrakt lovtolkningsspørsmål». ⁸⁰ Her er det etter min mening naturlig å forstå retten som at det ikke forelå behov for domstolsprøving fordi det ville være mer hensiktsmessig å prøve spørsmålet ved et konkret ugyldighetssøksmål mot det fremtidige forvaltningsvedtaket, enn å prøve spørsmålet ved en mer abstrakt regelkontroll. Spørsmålet om abstrakte krav behandles i kapittel 5. Avgjørelsen trekkes inn her for å illustrere betydningen av partenes behov for domstolsprøving, ikke i relasjon til abstrakte krav.

I de generelle drøftelsene av søksmålsbetingelsene i tvistelovens forarbeider la Tvistemålsutvalget, med senere støtte fra departementet, til grunn at betingelsene måtte utformes på en måte som sikret prøving av et krav i en hensiktsmessig *form*. ⁸¹ Synspunktet fra 1996-avgjørelsen, om at hensiktsmessig prøving og behov for domstolens avgjørelse må

⁷⁷ På s. 287.

⁷⁸ På s. 287.

⁷⁹ I samme retning slik jeg forstår Skoghøy, (2017) s. 401.

⁸⁰ På s. 287.

⁸¹ NOU 2001: 32 s. 189 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s 137.

vektlegges i vurderingen av søksmålsadgangen, må derfor ha en mer generell rekkevidde. Hvorvidt partene har *behov* for fastsettelsesdom og hvorvidt fastsettelsesdom er den *mest hensiktsmessige formen* for prøving, kan i enkelte tilfeller være sammenfallende. Dersom fastsettelsesdom er den mest hensiktsmessige måten å prøve et spørsmål på, vil andre prøvingsalternativer forutsetningsvis være mindre hensiktsmessige og partene vil derfor som regel også ha behov for fastsettelsesdom. Vurderingen av om det er *rimelig* og *naturlig* at saken fremmes, som et fastsettelsessøksmål, må derfor i stor grad bero på om partene har behov for slik dom.

Rt. 2003 s. 1630 A gjaldt krav om midlertidig forføyning. De alminnelige søksmålsbetingelsene gjelder også for sikring av krav ved midlertidig forføyning jf. tvisteloven § 33-1 tredje ledd og § 33-2.⁸² Drøftelsene fra 2003-avgjørelsen har derfor overføringsverdi til avhandlingens tema. Norges Naturvernforbund begjærte midlertidig forføyning med krav om at en skogeier måtte avstå fra hogst i et område registrert som verneverdig barskog. På tidspunktet begjæringen om midlertidig forføyning ble reist, forelå det ikke forvaltningsvedtak om vern. Høyesterett la til grunn at den «klare hovedregel må være at det er en offentlig oppgave å påse at slike rettigheter etterleves», og at det i avgjørelsen av om rettslig interesse foreligger, må gjøres en «skjønnsmessig helhetsvurdering, der det legges vekt på om saksøkeren har rimelig grunn til å kreve at spørsmålet blir prøvet for domstolene».⁸³ Siden det etter den gang gjeldende rett var snakk om et krav som vanligvis ikke kunne håndheves av private rettssubjekter, sto man overfor et grensetilfelle hvor rimelighetsvurderingen ble avgjørende. Høyesterett slo fast at en adgang til å la private rettssubjekter reise søksmål om offentligrettslige interesser er betenkelig i lys av saksøktes interesse av å unngå søksmål rettet mot seg, og at det heller ikke forelå noe forvaltningsvedtak som kunne danne naturlig utgangspunkt for avgjørelsen.⁸⁴ Saksøktes interesse av å unngå søksmål, vil som regel være et relevant hensyn i spørsmålet om terskelen for å anlegge søksmål.⁸⁵ Jeg forstår derfor Høyesterett som at det foretas en *avveining* med det

⁸² Se også Rt. 1993 s. 785 U.

⁸³ Avsnitt 45.

⁸⁴ Avsnitt 45.

⁸⁵ NOU 2001: 32 s. 189.

generelle hensynet til å unngå unødige søksmål på den ene siden, og saksøkers interesse, eller *behov*, for å prøve saken på den andre siden.

Både Rt. 1996 s. 282 U og Rt. 2003 s. 1630 A reiser også spørsmål om søksmålssituasjonen, da det i begge tilfellene er snakk om forvaltningsvedtak som ikke er fattet. Høyesteretts drøftelser er likevel interessante og illustrerende for spørsmålet om hvilket behov partene har for en bestemt type dom. Resultatet i avgjørelsene kan imidlertid være påvirket av en sammensatt vurdering, der også søksmålssituasjonen spiller en viktig rolle.

Med bakgrunn i det som nå er sagt, må det legges til grunn at rettskravsvilkåret er en rettslig standard som åpner for en skjønnsmessig vurdering av hva som er rimelig og naturlig at gjøres til gjenstand for søksmål. Et utgangspunkt kan være at den rettslige standarden tilpasser seg de krav som kan reises med hjemmel i den materielle jussen, og her må det vektlegges om den materielle jussen gir partene eller samfunnet et behov for domstolens avgjørelse. Dette er imidlertid bare utgangspunktet. At inngangsporten for domstolsbehandling inneholder en rettslig standard innebærer i prinsippet at lovgiver gir domstolen en delegasjon til å definere eget virkeområde, og dermed i stor grad også egen rolle, i samfunnet. En slik delegasjon kan selvsagt ikke gjelde ubetinget. Selv om rettslige standarder er vilkår som må utfylles ved hjelp av en skjønnspregnet vurdering av størrelser utenfor den aktuelle loven, må den rettslige standarden også oppstille grensene for vurderingen.⁸⁶ Det er for eksempel ikke tvilsomt at Grunnloven inneholder regler som materielt sett kan begrunne et krav. Dette innebærer imidlertid ikke automatisk at det kan reises fastsettelsessøksmål for brudd på reglene i Grunnloven. Spørsmålet om hvor langt den rettslige standarden i tvisteloven § 1-3 rekker, blir derfor også et spørsmål om hvilke hensyn som begrenser bestemmelsens rekkevidde.

2.5 Utviklingstrekk i søksmålsbetingelsene

For å bedre kunne forstå betydningen av den rettslige standarden i tvisteloven § 1-3, redegjøres det i dette punktet for hvordan kravene til søksmålsgjenstand har utviklet seg med tiden. Etter tvistemålsloven ble adgangen til fastsettelsesdom regulert av § 54, med ordlyden: «Har

⁸⁶ Se Nygaard, (2004) s. 191 hvor den rettslige standarden omtales som en rettesnor når bestemmelsen skal tolkes i lys av kilder utenfor loven. Se også Robberstad (2016b) s. 254–255 som, slik jeg forstår henne, gir uttrykk for at prosesslovgivningen ikke bør praktiseres fritt etter dommerens eget hode.

saksøkeren en retslig interesse av, at det blir fastsat ved dom, at et retsforhold eller en rettighet er til eller ikke er til [...] kan han reise søksmaal med paastand om fastsættelsesdom». Kravene til søksmålgjenstand etter tvistemålsloven § 54 uttrykkes med vilkårene «retsforhold» og «rettighet». På samme måte som i tvisteloven § 1-3 første ledd, er ordlyden vidt og generelt utformet. I tvistelovens forarbeider uttaler departementet at «[k]jennetegnet ved [rettstilstanden etter tvistemålsloven] [...] er at den i stor grad er domstolsskapt».⁸⁷ Allerede i 1967 uttalte Gunnar Aasland at innholdet i tvistemålsloven § 54 «kan endres med skiftende tiders behov og instilling».⁸⁸ Det er altså ikke noe nytt at lovgiver utformer vilkårene for søksmålgjenstanden i korte og generelle ord, og overlater den nærmere fastleggingen av rettstilstanden til domstolen.

Den romslige utformingen av vilkårene har med årene medført at kravene til søksmålgjenstand har gjennomgått relativt store endringer.⁸⁹ Som eksempel kan det sees tilbake til 1954, da E. Alten reservasjonsløst la til grunn at det var uaktuelt å fremme abstrakte søksmål. Med henvisning til praksis fra Høyesterett skrev Alten at «søksmålet alltid må gjelde et *konkret rettsforhold*. Et søksmål som bare går ut på å få avgjort et lovfortolknings spørsmål eller annet *abstrakt rettsspørsmål*, må ex officio avvises».⁹⁰ I 1984 reiste Inge Lorange Backer spørsmål om hensiktsmessigheten ved å operere med en klar regel mot abstrakte søksmål, når han uttrykte at man i vurderingen av om kravet må avvises «også [må] ta hensyn til om saksøker kan oppnå en rimelig avklaring av rettsspørsmålet på annet vis».⁹¹ På 80- og 90-tallet kom de såkalte Burhønssakene.⁹² Alle sakene omhandlet gyldigheten av en forskrift om hold av verpehøner i bur. Rt. 1984 s. 1488 U (Burhøns 1) og Rt. 1995 s. 1823 U (Burhøns 3) ble avvist fordi kravet om søksmålgjenstand i tvistemålsloven § 54 ikke var oppfylt.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 140.

⁸⁸ Aasland (1967) s. 181.

⁸⁹ Schei m.fl. (2013) s. 15.

⁹⁰ Alten (1954) s. 74 (forfatterens kursivering).

⁹¹ Backer (1984) s. 47.

⁹² Burhønssakene inkluderer tre kjennelser fra Høyesteretts kjæremålsutvalg: Rt. 1984 s. 1488 U (Burhøns 1), Rt. 1987 s. 538 U (Burhøns 2) og Rt. 1995 s. 1823 U (Burhøns 3).

I Burhøns 1 anla Norges Dyrebeskyttelsesforbund søksmål mot staten (ved Landbruksdepartementet) med påstand om at en forskrift om hold av verpehøner i bur var ugyldig fordi den var i strid med gjeldende dyrevernlov. Søksmålet ble avvist med henvisning til at det «bare [er] rettsforhold eller rettigheter som kan være gjenstand for fastsettelsesdom» og at «[d]et har vært antatt at domstolene ikke kan avsi dom om den generelle gyldighet eller abstrakte rekkevidde av en lovbestemmelse».⁹³ Som konsekvens av at saken ble avvist, reiste Norges Dyrebeskyttelsesforbund ny sak, Rt. 1987 s. 538 U (Burhøns 2), hvor forbundet trakk en (tilfeldig) utvalgt hønebonde inn i saken. Kjæremålsutvalget tillot saken fremmet, begrunnet i at «[s]øksmål med påstand om at den virksomhet en person driver i henhold til offentlig tillatelse er ulovlig og kreves bragt til opphør, må kunne reises mot den person som driver den påståtte lovstridige virksomhet».⁹⁴ I den siste dommen i rekken, Burhøns 3, anla Dyrebeskyttelsen Norge⁹⁵ nytt søksmål mot staten ved Landbruksdepartementet. Denne gangen med påstand om at Landbruksdepartementet ikke hadde kompetanse til å fatte en bestemt forskrift fordi forskriften var i strid med dyrevernloven. Også dette ble avvist fordi kravet til søksmålgjenstand ikke var oppfylt. I Burhøns 3 ble det imidlertid tatt ut dissens. Dissenterende dommer kommer til samme resultat som flertallet, men problematiserte rettstilstanden i sin begrunnelse i det han skrev at:

Selv om jeg innser vekten av de reelle hensyn utvalgets øvrige dommere fremhever i vår sak, er jeg i atskillig tvil om denne rettsoppfatningen bør opprettholdes. Den vil trolig i enkelte tilfelle kunne stille seg hindrende i veien for legalitetsprøving av forskrifter, og iallfall vil den kunne tvinge prøvingen inn i mindre hensiktsmessige former. Jeg er likevel kommet til at jeg i denne sak ikke vil distansere meg fra den tidligere avgjørelse.⁹⁶

⁹³ Rt. 1984 s. 1488 U på s. 1490.

⁹⁴ På s. 544.

⁹⁵ Tidligere Norges Dyrebeskyttelsesforbund (frem til 1992).

⁹⁶ Rt. 1995 s. 1823 U på s. 1827 og 1828 (min kursivering).

Dissenterende dommer tar til orde for at rettsstilstanden kanskje ikke (lenger) er holdbar. Dommeren føler seg imidlertid bundet av prejudikatsvirkningen av tidligere praksis.

Burhønssakene, særlig de to første avgjørelsene, har i ettertid vært gjenstand for tydelig kritikk i juridisk teori.⁹⁷ Burhønssakene ble også trukket frem som uheldige i tvistelovens forarbeider, hvor departementet, med henvisning til mindretallet i Burhøns 3, legger til grunn at kravet til søksmålgjenstand bør oppmykes for abstrakt legalitetsprøving av forskrifter.⁹⁸

I Rt. 2006 s. 1042 U fremmet Kjæremålsutvalget en sak om fjerning av et veiskilt som forbød saksøkers ferdsel med hest på veien. Saken ble avgjort etter tvistemålsloven § 54, og kravet fremmes til tross for at en eventuell fjerning av skiltet ville få virkning av generell rekkevidde (for alle som til enhver tid skulle ferdes på veien). Utvalget ser ut til å legge betydelig vekt på uttalelsene i tvistelovens forarbeider (som på tidspunktet var vedtatt, men ikke trådt i kraft), og forskutterer dermed løsningen Tvistemålsutvalget så for seg.⁹⁹ Avgjørelsen er derfor et eksempel på hvordan fleksibiliteten i kravet til søksmålgjenstanden brukes for å imøtekomme utvikling i rettsstilstanden.

Et annet eksempel på utvikling av rettsstilstanden finnes i de to eldre avgjørelsene Rt. 1929 s. 184 A og Rt. 1931 s. 882 A. 1929-saken gjaldt spørsmål om saksøkers arbeid på trikken i Oslo var *rettstridig*. 1931-saken gjaldt spørsmål om en kommune var *berettiget* til å kutte saksøkers strøm. Begge sakene ble avvist begrunnet i at rettmessigheten av et forhold ikke kan gjøres til selvstendig gjenstand for søksmål. Standpunktet om at man ikke kan kreve dom for at et forhold er rettstridig, har i teorien vært begrunnet med at slik dom ikke har tilstrekkelig virkning for partene.¹⁰⁰ Oppfatningen har blitt kritisert, blant annet av Skoghøy som mener dom for at en handling er rettsstridig har den umiddelbare virkningen at handlingen ikke kan gjennomføres.¹⁰¹

⁹⁷ Backer (1990) s. 191–201, senere støtte fra Hov (2017) s. 90 note 104.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 142.

⁹⁹ Avsnitt 21 og 22.

¹⁰⁰ For eksempel Aasland (1967) s. 187.

¹⁰¹ Skoghøy (2017) s. 403.

Rt. 1969 s. 1181 A gjaldt en major i Hæren som, etter å ha blitt beordret til tjeneste, anla søksmål mot staten med krav om dom for at beordringen var uberettiget. Høyesterett avsa realitetsdom (i statens favør), uten at det ble reist spørsmål om kravet kunne gjøres til gjenstand for søksmål. Selv om Høyesterett ikke tar eksplisitt stilling til spørsmålet om søksmålgjenstand, medfører realitetsbehandlingen av saken et implisitt avvik fra sakene fra 1929 og 1931. I Rt. 2001 s. 1505 A gikk Høyesterett mer eksplisitt til verks. Saken gjaldt krav om dom for at avvisning av et anbud var urettmessig. Førstevoterende uttalte at «[j]eg finner det klart at påstanden om at det var urettmessig å avvise anbudet, angår et rettsforhold». Avgjørelsene fra 1969 og 2001 viser en liberalisering av adgangen til fastsettelsesdom for at noen er uberettiget til noe (kompetanseforhold) og at noe er urettmessig. I tvistelovens forarbeider, som ble skrevet på tidspunktet omkring avsigelsen av 2001-avgjørelsen, ble det lagt til grunn at det skal være adgang til å reise slike søksmål.¹⁰² Med det som nå er sagt, må det legges til grunn at læren fra 1929- og 1931-sakene er forlatt.

Eksempelene over viser at kravet til søksmålgjenstanden er under stadig forandring. Mye tyder på at det ikke er ønskelig med firkantede regler om hvilke saker som skal fremmes eller avvises, men at saksøkers behov for å få avklart et spørsmål må være det sentrale.¹⁰³ Etter min mening kan det legges til grunn at grensene for hva som kan gjøres til gjenstand for søksmål har utviklet seg i liberaliserende retning.¹⁰⁴ Dette er naturlig. Samfunnet blir stadig mer gjennomregulert. Antall rettsregler, og dertil hørende behov for avklaring, er økende.¹⁰⁵ Det kan derfor ikke komme overraskende at kravene for hva som kan gjøres til gjenstand for søksmål utvides i tråd med samfunnets økende behov for rettslig avklaring.

¹⁰² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 364–365. Det finnes imidlertid ikke spor forarbeidsuttalelsene i avgjørelsen, eller omvendt, i motsetning til 2006-avgjørelsen som omtales over.

¹⁰³ I samme retning Skoghøy (2008) s. 46 der det uttrykkes at et viktig formål med tvisteloven er å gjøre rettsavklaringen enklere.

¹⁰⁴ I samme retning Schei m.fl. (2013) s. 15 og Skoghøy (2008) s. og 46.

¹⁰⁵ Som eksempel på utviklingen de siste drøyt 100 årene består 1900-utgaven av lovsamlingen Norges Lover av ca. 1200 sider. 2018-utgaven av samme bok består til sammenlikning av over 4200 sider. Bare siden vedtakelsen av tvisteloven i 2005 har lovsamlingen vokst med over 700 sider. I tillegg kommer økende regulering gjennom direktiver og forordninger fra EU, samt regulering ved forvaltningsforskrift.

3 Fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven som rettskrav etter tvisteloven § 1-3

3.1 Introduksjon

Målsetningen i kapittel 3 er å behandle spørsmålet om krav hvorvidt fastsettelsesdom for brudd på de utvalgte bestemmelsene i Grunnloven er et rettskrav etter tvisteloven § 1-3 første ledd. I punkt 3.2 gjøres en viktig presisering av problemstillingen som skal behandles i kapittel 3. Deretter, i punkt 3.3, drøftes det hvilke hensyn som kan begrunne en adgang til fastsettelsesdom for brudd på de utvalgte grunnlovsbestemmelsene. I punkt 3.4, redegjøres det for en bredere helhetsvurdering av adgangen til fastsettelsesdom for brudd på de utvalgte grunnlovsbestemmelsene, i lys av drøftelsene i punkt 3.3.

3.2 Fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven – krav om dom for en rettslig begrunnelse?

For å presisere problemstillingen om adgangen til fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven, kan det sees hen til krav om andre typer fastsettelsesdom der Grunnloven involveres. Som nevnt i punkt 2.5, må det ansees som gjeldende rett at det kan kreves fastsettelsesdom for at noe er rettsstridig. Et krav om fastsettelsesdom for at en handling eller hendelse strider mot Grunnloven, har klare likheter med et søksmål om at handlingen eller hendelsen er *rettsstridig* eller *ulovlig*: Når en tilstand strider mot Grunnloven, er tilstanden ulovlig. Et søksmål om at noe er rettsstridig kan utformes på mange måter;¹⁰⁶ essensen er at kravet går ut på få erklært en gitt tilstand i konflikt med et rettsgrunnlag. Den nøyaktige ordbruken i partenes påstander er av mindre betydning. Eksempelvis mener Peder Ås at en bestemt hendelse har krenket hans privatliv, og reiser fastsettelsessøksmål med påstand om at hendelsen strider mot Grunnloven § 102. Dersom en omformulerer scenarioet og sier at Peder Ås reiser fastsettelsessøksmål om

¹⁰⁶ I samme retning Backer (2015) s. 212.

at hendelsen er rettsstridig, for så å begrunne påstanden med at hendelsen er i strid med Grunnloven § 102, omhandler søksmålet tilsynelatende det samme. Den vesentlige forskjellen er at man i den førstnevnte påstanden ber om fastsettelsesdom for at hendelsen *strider mot Grunnloven*, ikke bare at hendelsen er *rettsstridig*. Grunnlovsbruddet blir dermed selvstendig gjenstand for søksmål. Dersom domstolen tar stilling til grunnlovsspørsmålet i et søksmål om at en hendelse er rettsstridig, vil grunnlovsstriden gjerne utgjøre den *rettslige begrunnelsen* for rettsstriden. Et krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven, er med andre ord et krav om at domstolen skriver den rettslige begrunnelsen for rettsstriden i domsslutningen. I de neste avsnittene trekkes det frem noen konkrete eksempler, som illustrerer hvorfor fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven kan oppfattes som dom for en begrunnelse for et krav. Som de første eksemplene vil vise, kan problemstillingen også illustreres ved krav om fastsettelsesdom for ugyldighet.

Dersom et forvaltningsvedtak strider mot Grunnloven, vil grunnlovsstriden kunne medføre at vedtaket er ugyldig.¹⁰⁷ Krav om fastsettelsesdom for at forvaltningsvedtaket er ugyldig (fordi det strider mot Grunnloven) er et alminnelig ugyldighetssøksmål. Krav om fastsettelsesdom for at forvaltningsvedtaket *strider mot Grunnloven*, blir da et krav om dom for en *ugyldighetsgrunn*. Et eksempel fra tingrettspraksis kan være illustrerende: I det såkalte Klimasøksmålet reiste interesseorganisasjonene Foreningen Greenpeace Norden og Natur og Ungdom søksmål mot staten ved Olje- og energidepartementet med krav om fastsettelsesdom for at et konsesjonsvedtak om oljeutvinning i Barentshavet var ugyldig.¹⁰⁸ Som begrunnelse for ugyldigheten, ble vedtaket påstått å stride mot Grunnloven § 112. Dersom påstanden i stedet hadde gått ut på at konsesjonsvedtaket var grunnlovsstridig, ville det vært nedlagt påstand om begrunnelsen for ugyldighet. Søksmålet ville da gått ut på å få dom for en ugyldighetsgrunn.

Et annet eksempel er Rt. 2015 s. 93 A (Mariasaken). Saken gjaldt gyldigheten av et utvisningsvedtak. En av påstandene gikk ut på at vedtaket var ugyldig, blant annet begrunnet i

¹⁰⁷ Eckhoff og Smith (2018) s. 464.

¹⁰⁸ Dommen fra Oslo tingrett (TOSLO-2016-166674) er anket til Borgarting lagmannsrett og berammet til 5. november 2019.

at vedtaket krenket retten til familieliv etter EMK artikkel 8.¹⁰⁹ Om utvisningsvedtaket hadde vært angrepet med påstand om at vedtaket strider mot Grunnloven § 102, kunne det også her vært snakk om krav om dom for en ugyldighetsgrunn.

Tilsvarende problemstilling oppstår ved søksmål om brudd på Grunnloven § 115. Regelen oppstiller krav til kvalifisert flertall ved inngåelse av enkelte folkerettslige avtaler, og oppstiller dessuten grenser for avtalens innhold. Dersom det inngås en folkerettslig avtale i strid med § 115, kan en se for seg et søksmål med krav om at stortingsvedtaket er ugyldig.¹¹⁰ Et krav om fastsettelsesdom for at stortingsvedtaket strider mot Grunnloven, blir da et krav om dom for en ugyldighetsgrunn.

For alle eksemplene ovenfor, oppstår samme problem dersom det nedlegges påstand om at noe strider mot Grunnloven: det kreves fastsettelsesdom for begrunnelsen for et rettskrav. Høyesterett har tidligere lagt til grunn at det ikke kan kreves dom for at noe strider mot en bestemt regel, fordi dette bare vil utgjøre begrunnelsen for det egentlige kravet. Rt. 1994 s. 1244 A (Kvinnefengselsaken) gjaldt en nederlandsk kvinne som reiste søksmål mot staten, fordi hun mente hennes rettigheter etter EMK artikkel 3 og SP artikkel 10 var krenket i forbindelse med fengsling i Norge. Det ble det nedlagt til sammen fem påstander, som alle var utformet med formuleringen «[forholdet er eller var] i strid med EMRK art. [henvisning til bestemt artikkel]». ¹¹¹ I saken ble det altså nedlagt påstand om at en gitt hendelse var i strid med en bestemt regel i EMK. Det var også nedlagt påstand om oppreisningserstatning. Kravet om fastsettelsesdom for brudd på EMK ble avvist, og førstevoterende viste blant annet til at

¹⁰⁹ Det var også nedlagt påstand med krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 4.

¹¹⁰ Den prosessuelle adgangen til søksmål om gyldigheten av et stortingsvedtak, kan i seg selv være tvilsom (avhengig av vedtaket). Spørsmålet faller utenfor denne avhandlingen, og brukes bare for å eksemplifisere forholdet mellom et krav om ugyldighet og et krav om fastsettelsesdom for ugyldighetsgrunnen.

¹¹¹ På s. 1244.

«[f]astsettelsespåstandene [...] ikke [gjelder] selvstendige rettsforhold, men *delspørsmål* av betydning for avgjørelsen av de fremsatte erstatnings- og oppreisningskrav».¹¹²

Høyesterett har imidlertid ikke alltid vært konsekvent: I Rt. 1938 s. 897 A var spørsmålet om fremstilling av individuelt tilpassede klær var å anse som skredderhåndverk i strid med dagjeldende håndverkslov. Oslo byrett avsa dom med følgende slutning: «Det ansees for å være *i strid med lov om håndverksnæring*, at A/S Norske Konfektionsfabrikker, Herrekonfektion, foretar prøvning (tilpasning) på kunden under fremstilling av klær».¹¹³ Avgjørelsen ble anket til Høyesterett, som realitetsbehandlet saken og avsa fullstendig frifinnelsesdom i favør av fabrikkens virksomhet var rettsstridig eller ulovlig, uten at grunnlaget for rettsstriden fremgikk av domsslutningen. Domsslutningen fra Oslo byrett fremstår da som en dom for *begrunnelsen* for at fabrikkens virksomhet er ulovlig. De prosessuelle spørsmålene var imidlertid ikke berørt av partene, og førstevoterende bemerket bare kort at «det anlagte fastsettelsessøksmålet antas å ha tilstrekkelig prosessuell hjemmel i tvistemålsloven § 54».¹¹⁴ Det må derfor legges til grunn at Høyesterett mente krav om at en virksomhet er i strid med en bestemt lov, kunne gjøres til gjenstand for fastsettelsessøksmål i den aktuelle saken.

I 1938-sakens korte omtale av søksmålsbetingelsene ble det vist til Rt. 1914 s. 419 A. 1914-avgjørelsen gjelder imidlertid partenes tilknytning til kravet, ikke søksmålgjenstanden. Det kan således se ut til at Høyesterett avstår fra å behandle spørsmålet om søksmålgjenstand i 1938-avgjørelsen. Dommen kan derfor ansees som det Backer omtaler som «implisitte» avgjørelser.¹¹⁵ Dette kan ikke være til hinder for at avgjørelsen har rettskildemessig betydning. Retten har en *ex officio* plikt til å vurdere de grunnleggende søksmålsvilkårene.¹¹⁶ Det må derfor forutsettes at spørsmålet er vurdert, men, som Høyesterett selv skriver, at det «ikke [er] grunn til å gå nærmere inn

¹¹² Se s. 1249 (min kursivering). Kvinnefengselsaken kan neppe lenger betraktes som gjeldende rett for spørsmålene om fastsettelsesdom for brudd på EMK (se punkt 4.2), men trekkes inn her for å illustrere at et krav om fastsettelsesdom for brudd på en regel etter omstendighetene kan være å anse som krav om dom for begrunnelsen for et rettskrav.

¹¹³ På s. 897 (min kursivering).

¹¹⁴ På s. 898.

¹¹⁵ Backer (2015) s. 51.

¹¹⁶ Se for eksempel Rt. 2014 s. 956 U avsnitt 25.

derpå» fordi «spørsmålet ikke er berørt av partene».¹¹⁷ Det kan heller ikke være av betydning at Høyesterett avsier frifinnelsesdom, og dermed unngår å skrive en domsslutning hvor henvisning til formell lov inngår. Spørsmålet om hvorvidt de grunnleggende søksmålsvilkårene er innfridd eller ikke, må avgjøres før og uavhengig av realitetsspørsmålet i saken.¹¹⁸

Som eksemplene over viser, kan krav om fastsettelsesdom for grunnlovsbrudd oppfattes som krav om dom for begrunnelsen for et rettskrav. I punkt 2.5 ble det nevnt at tidligere innvendinger mot dom for rettsstrid dreide seg om tvil rundt avgjørelsens *rettsvirkning*. Selv om denne oppfatningen er forlatt for krav om dom for rettsstrid, blir spørsmålet om rettsvirkning igjen aktuelt dersom det kreves dom for begrunnelsen for et rettskrav. Det vil ofte være liten forskjell mellom dom for rettsstrid, og dom hvor også begrunnelsen for rettsstriden skrives inn i domsslutningen. Det samme gjelder forholdet mellom dom for ugyldighet, og dom der ugyldighetsgrunnen fremgår av domsslutningen. I alle tilfellene avklares rettsstilstanden mellom partene. På den andre siden står domstolen, innenfor rammene av partenes krav og påstander, fritt når det gjelder sakens rettslige sider.¹¹⁹ Krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven kan da være eneste muligheten partene har for å sikre at domstolen behandler grunnlovsspørsmålet. Det kan heller ikke ankes over prejudisielle forhold jf. motsetningsvis tvisteloven § 29-1. Å gjøre grunnlovsstriden til selvstendig søksmålsgjenstand, er derfor eneste måten partene kan sikre seg flerinstanssprøving av grunnlovsspørsmålet. Samtidig er det en klar og bevisst forutsetning i prosessretten at domstolen skal råde over det rettslige,¹²⁰ og det kan være betenkelig å åpne for søksmål som utfordrer dette utgangspunktet. En kan spørre seg hvilket behov partene har for å få grunnlovsbruddet inn i domsslutning, når rettsstilstanden mellom dem uansett avklares. I det videre vil jeg derfor drøfte under hvilke omstendigheter partene har behov for å kreve fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven.

¹¹⁷ På s. 898.

¹¹⁸ For eksempel Mæland (2013) s. 92.

¹¹⁹ Jf. tvisteloven § 11-3.

¹²⁰ NOU 2001: 32 s. 705 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 405.

3.3 Partenes behov for fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven

3.3.1 Introduksjon – behovsprøving

Som drøftelsene i punkt 2.4 viser, har behovet for avgjørelse vært et viktig element når Høyesterett har tatt stilling til hvilke krav det er rimelig og naturlig at gjøres til gjenstand for søksmål. Ifølge tvisteloven § 1-1, kan både samfunnets og partenes behov for avgjørelse være av betydning. I det videre vil det derfor undersøkes hvilke omstendigheter som kan medføre et behov for fastsettelsesdom for brudd på de utvalgte reglene i Grunnloven. Det må presiseres at når det her snakkes om behov for fastsettelsesdom, er det ikke et spørsmål om manglende behov for dom fordi det ikke er en aktuell rettsuvisshet mellom partene (søksmålssituasjonen), for eksempel fordi kravet er fremtidig eller fortidig. Det er heller ikke snakk om manglende behov fordi partene ikke er nært nok tilknyttet kravet. Dette til tross for at tvisteloven § 1-3 annet ledd bruker ordlyden «behov». Temaet i det videre er en «behovsprøving» i forbindelse med rettskravsvilkåret i § 1-3 første ledd. Høyesteretts ankeutvalg åpnet blant annet i HR-2018-1463-U for en liknende vurdering ved å uttrykke at «[b]ehovet for å få avgjort det kravet som er fremmet, vil være et viktig moment både etter første og andre ledd».¹²¹ Spørsmålet i det videre er hvilke omstendigheter som kan medføre at *kravets art* skaper behov for fastsettelsesdom, eventuelt om kravets art medfører at det ikke finnes slikt behov. Som drøftelsene i punkt 3.3.3 og 3.3.4 vil vise, kan elementer relatert til søksmålssituasjon og partstilknytning likevel være relevante fordi disse kan bidra til å skape behov for at søksmålet løses ved fastsettelsesdom.

3.3.2 Behov for fastsettelsesdom grunnet kravets prinsipielle og samfunnsmessige betydning

I punkt 2.4 ble det redegjort for at tvisteloven § 1-1 gir grunnlag for å vektlegge *samfunnets* behov for avklaring av et rettsspørsmål, og det ligger som en forutsetning for den rettslige standarden i tvisteloven § 1-3 at domstolen har ansvar for å tilpasse prosessretten etter

¹²¹ Avsnitt 23. Se også Schei m.fl. (2013) s. 15.

samfunnets utvikling og behov. I Justiskomiteens innstilling til tvisteloven ble det, i forbindelse med drøftelsen av de grunnleggende søksmålsvilkårene, fremhevet at det måtte være et «visst rom for å senke terskelen, særlig med sikte på spørsmål av *prinsipiell* rekkevidde».¹²² I dette punktet vil jeg gå nærmere inn på om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven kan ha en prinsipiell og symbolsk betydning, og i hvilken grad en slik betydning kan medføre at partene eller samfunnet har et avklaringsbehov som gjør det er naturlig og rimelig at søksmålet fremmes. Fremstillingen vil i særlig grad legge vekt på det samfunnsmessige avklaringsbehovet.

I Rt. 1990 s. 874 A (Fusadommen) ser Høyesterett ut til å vektlegge samfunnsmessige avklaringsbehov. Saken gjaldt spørsmål om retten til helsehjelp for en kvinne med nedsatt funksjonsevne. Kvinnen døde før saken ble fremmet til behandling i Høyesterett, og hennes arvinger fortsatte saken. I forbindelse med spørsmålet om rettslige interesse uttalte retten at «[s]aken reiser [...] viktige rettsspørsmål for store grupper funksjonshemmede», og at «[s]elv om således de ankende parters [den avdødes arvinger] interesse svikter, finner jeg at det bør legges avgjørende vekt på Norges Handikapforbunds interesse i å se Høyesteretts avgjørelse i saken».¹²³ Norges Handikapforbund var ikke part i saken, men opptrådte som parthjelp. Saken ble altså fremmet fordi den reiste viktige prinsipielle spørsmål, som Norges Handikapforbund hadde interesse av å få avklart. Sondringen Høyesterett gjør mellom den rettslige interessen hos arvingene og Norges Handikapforbund, er et spørsmål om kravets aktualitet og partenes tilknytning til dette; ikke et spørsmål om hvorvidt kravet kan gjøres til gjenstand for søksmål. Etter mitt syn må liknende betraktninger likevel gjøre seg gjeldende også i vurderingen av søksmålgjenstand. I samme retning uttaler Skoghøy at det «må være en forutsetning for å akseptere [...] fastsettelsessøksmål [for brudd på Grunnloven] at det er tale om et prinsipielt rettsspørsmål av stor samfunnsmessig betydning».¹²⁴ I vurderingen av om spørsmål om brudd

¹²² Innst. O. nr. 110 (2004–2005) s. 29 (min kursivering).

¹²³ På s. 879.

¹²⁴ Skoghøy (2017) s. 407. Skoghøy skiller riktignok mellom Grunnlovens menneskerettigheter og andre grunnlovsbestemmelser. Adgangen til fastsettelsesdom for førstnevnte rettighetstype betinges slik jeg forstår Skoghøy ikke av spørsmålets prinsipielle og samfunnsmessige betydning.

på Grunnloven kan gjøres til gjenstand for fastsettelsessøksmål, må det derfor være grunnlag for å vektlegge den samfunnsmessige betydningen av en slik dom.

Om man legger til grunn at samfunnets avklaringsbehov kan vektlegges, blir spørsmålet hva som menes med at samfunnet har et avklaringsbehov. Det kan neppe kreves at saken har betydning for *hele* samfunnet. Som eksempelet med Fusadommen viser, er det også relevant å vektlegge hvorvidt saken har betydning for en *større gruppe*. Tankemåten likner den man finner i tvistelovens regler om ankesiling for anker til Høyesterett. Av tvisteloven § 30-4 første ledd fremgår det at samtykke til anke kan gis «når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak». Ordlyden «betydning utenfor den foreliggende sak» må forstås som at spørsmålet har betydning for andre enn sakens parter. Dersom saken har betydning for *hele* samfunnet, har den klart betydning utenfor foreliggende sak. Men også en mindre gruppe, som ikke er part i saken, kan falle inn under ordlyden. I tvistelovens forarbeider understreker departementet at vilkåret om «betydning utenfor den foreliggende sak» er et vilkår om at «saken må [...] ha prinsipiell betydning».¹²⁵ Ved ankesilingsspørsmålet kan dermed sakens prinsipielle betydning vektlegges. Sammenhengen mellom ordlyden i § 30-4 førte ledd og sakens prinsipielle betydning er ikke overraskende: Direkte berørte er gjerne part i saken. Dersom en sak har betydning for andre enn partene, er det derfor typisk snakk om prinsipiell betydning. En tilsvarende sammenheng må finnes mellom saker av prinsipiell betydning, og ordlyden i tvisteloven § 1-1 om av «samfunnets behov for å få [...] avklart rettsreglene». Samfunnet vil sjeldent være direkte berørt av et spørsmål. Den samfunnsmessige betydningen av et spørsmål vil derfor ofte knytte seg til sakens prinsipielle betydning.

Det ligger i en grunnlovs natur at brudd på denne reiser prinsipielle spørsmål med betydning for samfunnet. For det første har Grunnloven en overordnet rang (lex superior); reglene i Grunnloven er hierarkisk på toppen av rettskildebildet (konstitusjonell rang). Videre, og dette elementet har selvsagt nær sammenheng med Grunnlovens konstitusjonelle rang, inneholder Grunnloven regler som typisk er ansett som særlig viktige. Viktige regler grunnlovsfestes gjerne nettopp for å gi reglene en overordnet posisjon. I tillegg må regler i Grunnloven endres etter vedtakelsesprosedyren i Grunnloven § 121, hvilket gir reglene et særlig vern mot

¹²⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 480.

(kortvarige) politiske impulser. Disse elementene gjør det naturlig å betrakte reglene i Grunnloven som viktige regler, både rent formelt, men også på et verdimeslig og ideologisk plan. Det er derfor ikke unaturlig at reglene i Grunnloven får en viss *symbolverdi*.

Som eksempel kan Grunnloven § 102 om retten til privat- og familieliv brukes. Bestemmelsen regulerer grunnleggende rettigheter til personlig integritet, og knesetter med dette en sentral rettighet. Dersom staten bryter slike fundamentale rettigheter, kan det ikke være tvilsomt at et søksmål om krenkelsen, blant annet på grunn av krenkelsens symbolske betydning, er av prinsipiell karakter. I Rt. 1978 s. 1571 U behandlet Kjæremålsutvalget et krav om fastsettelsesdom for at en tvangsinnleggelse var uberettiget. Saken ble reist 17 år etter at tvangsinnleggelsen hadde opphørt. I spørsmålet om hvorvidt søksmålet kunne fremmes etter tvistemålsloven § 54, uttalte utvalget at det i en sak som gjelder «offentligrettslig tvangsinngrep i den *personlige integritet*, kan det være grunn til ikke å stille særlig strenge krav for fremme av fastsettelsessøksmål».¹²⁶ Inngrep i noens privat- og familieliv, av en slik karakter at det oppstår fare for krenkelse av Grunnloven § 102, utgjør et inngrep i den personlige integritet. At terskelen for å anlegge fastsettelsessøksmål skal være lavere ved inngrep i den personlige integritet, kan derfor tale for å fremme krav om fastsettelsesdom for brudd på § 102. Hvorvidt et brudd på Grunnloven § 102 reiser spørsmål av stor interesse for *samfunnet* er imidlertid mer tvilsomt. Brudd på en rett til personlig integritet vil i første rekke være av interesse for den som krenkes. På den andre siden kan det være i samfunnets interesse å trekke opp grensene for hva som tillates og ikke i relasjon til § 102. En avgjørelse om retten til privat- og familieliv kan derfor, etter omstendighetene, kunne ha en verdifull prejudikatsvirkning av samfunnsmessig betydning.

Paragraf 112 gjelder vern om miljø og klima, og er svært ulik § 102. Bestemmelsen skiller seg ikke bare ut fordi den verner miljøet, i stedet for individet direkte. Etter ordlyden i første ledd annet punktum skal «[n]aturens ressurser [...] disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterslekten». Her gir ordlyden anvisning på en omfattende rekkevidde, som også ser ut til å gi vern til fremtidige generasjoner.¹²⁷ Det ligger

¹²⁶ På s. 1573 (min kursivering).

¹²⁷ Også lagt til grunn til dokument 16 s. 47.

også i miljø- og klimavernets natur at en krenkelse kan ramme en stor gruppe mennesker. I motsetning til retten til privat- og familieliv, der en krenkelse typisk rammer en begrenset gruppe enkeltindivider, vil skade på miljøet berøre større grupper. En mulig krenkelse av vernet om klima og miljø, vil derfor være av stor interesse for en bredere gruppe mennesker, både prinsipielt, men også mer direkte.¹²⁸ Som tidligere nevnt, ble det i Fusadommen vektlagt at Norges Handikapforbunds hadde interesse av å avklare en sak med prinsipiell betydning for deres medlemmer.¹²⁹ Til sammenlikning kan det ikke være tvilsomt at et brudd på Grunnloven § 112 vil være av interesse for en betydelig, trolig større, gruppe mennesker enn det som var tilfellet i Fusadommen. Grunnlovens § 112 vil med andre ord lettere reise spørsmål av prinsipiell samfunnsmessig betydning. Det kan derfor ikke utelukkes at brudd på § 112 vil ha en slik prinsipiell betydning at samfunnet har et behov for å sikre at domstolen tar stilling til grunnlovsspørsmålet. I så fall vil det være naturlig og rimelig å tillate krav om fastsettelsesdom.

Grunnloven § 115 inneholder grenser for hvilke folkerettslige avtaler Stortinget kan tillate at Norge knytter seg til. Blant annet inneholder bestemmelsen grenser for myndighetsoverføring.¹³⁰ Et søksmål om § 115 kan derfor gjelde spørsmål om overføring av norsk suverenitet. Som illustrasjon kan det vises til den såkalte «Maastricht-saken» fra dansk Højesteret.¹³¹ Saken gjaldt krav om dom for at loven som inkorporerer EU-traktaten i dansk rett var i strid med den danske Grundloven § 20 (en bestemmelse med klare likhetstrekk til vår egen Grunnlovs § 115),¹³² fordi det var snakk om en for betydelig myndighetsoverføring. I forbindelse med søksmålsadgangen, uttalte Højesteret at det måtte vektlegges at tilknytning til EU-traktaten «indebærer overførsel af lovgivningskompetence inden for en række almene og

¹²⁸ Skader på miljøet vil også kunne berøre store menneskegrupper direkte. Se dokument 16 s. 244 hvor utvalget diskuterer klimaets vern under konvensjonenes beskyttelse av individets privat- og familieliv, og s. 245 hvor det blant annet uttales at «det må reises spørsmål om ikke retten til et sunt miljø er minst like viktig for individets eksistens og livsutfoldelse som de øvrige menneskerettigheter»

¹²⁹ Rt. 1990 s. 874 A på s. 879.

¹³⁰ For nærmere omtale se Smith (2017) s. 148 flg.

¹³¹ UfR 1996. 1300 H.D.

¹³² Smith (2017) s. 152.

væsentlige livsområder og derfor i sig selv er af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighet».¹³³ Maastricht-saken omtales nærmere i punkt 5.3.4, men også i dette delkapittelet er saken egnet som eksempel på at Grunnlovens regler om myndighetsoverføring kan gjelde spørsmål av stor betydning for store deler av samfunnet. Dersom Stortinget ønsker å overføre myndighet i større grad enn hva Grunnloven § 115 åpner for, må dette gjøres ved grunnlovsendring etter § 121. I likhet med § 115, oppstiller også § 121 et krav om to tredjedels flertall. Paragraf 121 krever imidlertid to tredjedels flertall ved to stortingsperioder. Kravet om kvalifisert flertall utgjør i praksis et mindretallsvern, og for endring av Grunnloven skal mindretallets interesser sikres over to stortingsperioder. Myndighetsfraskrivelse i strid med § 115 utgjør derfor en omgåelse av det utvidede mindretallsvernet i § 121, og reiser spørsmål ved den demokratiske legitimiteten bak Stortingets avgjørelser. Den vesentlige betydningen denne typen spørsmål kan ha for befolkningen, kan etter mitt syn medføre et samfunnsmessig behov for at domstolen tar stilling til grunnlovsspørsmålet. Etter omstendighetene kan det derfor være rimelig og naturlig å fremme krav om fastsettelsesdom.¹³⁴

Som man ser av drøftelsene over, kan det vanskelig besvares generelt hvorvidt samfunnets avklaringsbehov gir et krav slik prinsipiell karakter at det er rimelig og naturlig å fremme saken. Dels er dette et resultat av regelmangfoldet i Grunnloven: Reglene i Grunnloven er av vidt forskjellig karakter, og enkelte regler kan lettere tenkes å reise spørsmål med stor prinsipiell samfunnsinteresse. Retten til privat- og familieliv vil for eksempel primært ramme partene, mens anvendelse av reglene om Stortingets kompetanse til å inngå folkerettslige avtaler lettere rammer større deler av samfunnet. Dels er dette også en følge av at det må foretas en konkret vurdering av saken: Selv om Grunnloven generelt inneholder regler som kan å ha en viss symbolsk betydning, betyr ikke det at enhver sak der Grunnloven er involvert reiser samfunnsviktige og prinsipielle spørsmål. Det er ingen automatikk i at søksmål med krav om

¹³³ På s. 1302.

¹³⁴ Se NOU 2001: 32 s. 192, Schei m.fl. (2013) s. 24–25 og Skoghøy (2017) s. 406–407 hvor det tas til orde for at saker tilsvarende Maastricht-saken bør behandles på samme måte i norsk rett. Se nærmere i punkt 5.3.4.

fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven § 115 reiser prinsipielle spørsmål, selv om det ligger i bestemmelsens natur å reise problemstillinger som store deler av befolkningen har et ønske og behov for avklaring av. Samtidig vil som nevnt en avgjørelse om retten til privat og familieliv, etter omstendighetene, kunne ha en verdifull prejudikatsvirkning av samfunnsmessig betydning.¹³⁵ Med henblikk til det som ble sagt i punkt 3.2, om at grunnlovsbruddet utgjør begrunnelsen for et krav, viser etter mitt syn drøftelsene i dette delkapittelet at den samfunnsmessige betydningen av et grunnlovsbrudd kan medføre behov for å sikre at domstolen tar stilling til grunnlovsspørsmålet. Det kan også tenkes at domsslutningen i seg selv har en viss symbolverdi dersom grunnlovsbruddet nevnes eksplisitt. Kravets samfunnsmessige betydning kan derfor, etter omstendighetene, bidra til at det er rimelig og naturlig å fremme krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven. Men dette må bero på en konkret vurdering.

3.3.3 Behov for fastsettelsesdom grunnet organisasjoners søksmålsadgang

Spørsmålet i dette delkapittelet er om tilknytningskravet for organisasjoner kan medføre et behov for å gjøre spørsmål om grunnlovsbrudd til gjenstand for fastsettelsessøksmål. Tvisteloven § 1-3 annet ledd inneholder et vilkår om partenes tilknytning til kravet. Kjernen av tilknytningsvilkåret i privatrettslige forhold er at det kan reises søksmål om et rettskrav som angår egen rettsstilling.¹³⁶ Av Tvisteloven § 1-4 første ledd fremgår det at «[f]oreninger og stiftelser kan reise søksmål i eget navn om forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta, når vilkårene ellers i § 1-3 er oppfylt». Ordlyden innebærer en lemping av tilknytningskravet i forhold til vilkåret etter § 1-3 annet ledd: Organisasjoner kan, i tillegg til å reise søksmål om rettskrav som angår egen rettstilstand, også

¹³⁵ Se Rt. 1994 s. 1244 A (Kvinnefengselsaken) hvor det på s. 1252 legges til grunn at avgjørelsens prejudikatsverdi kan tillegges vekt i spørsmålet om rettslig interesse.

¹³⁶ Se punkt 2.2.

reise søksmål om rettskrav det er naturlig at organisasjonen ivaretar i lys av sitt formål og naturlige virkeområde.¹³⁷

Tvisteloven § 1-4 gjelder for «foreninger og stiftelser». Andre typer organisasjoner, for eksempel aksjeselskap, kan ikke reise søksmål i medhold av bestemmelsen.¹³⁸ De «forhold» organisasjoner kan reise søksmål om, defineres ut ifra hvilke formål og naturlig virkeområde organisasjonen har. Foreninger og stiftelser er typisk interesseorganisasjoner som har til formål å verne, fronte eller ivareta bestemte interesser; gjerne allmenne og ideelle interesser. Dette gjenspeiles i tvistelovens forarbeider der departementet uttrykker at foreninger og stiftelser «framtrer som viktige bærere av allmenne eller ideelle interesser i det sivile samfunn».¹³⁹ Et av formålene med den utvidede søksmålsadgangen i § 1-4 er med andre ord foreninger og stiftelser sin adgang til å reise søksmål om de allmenne interessene organisasjonene fremmer.¹⁴⁰ Som drøftelsene i punkt 3.3.2 viser, er reglene i Grunnloven særlig viktige, og er typisk av en art som gjør at brudd på reglene har en prinsipiell og samfunnsmessig betydning. Det kan derfor tenkes at spørsmål om brudd på Grunnloven reises av organisasjoner som ivaretar interesser av ideell og allmenn betydning.

Selv om § 1-4 gir en utvidet søksmålsadgang for organisasjoner som gjerne ivaretar interesser av prinsipiell og samfunnsmessig betydning, gir ordlyden ingen anvisning på hvilke typer søksmål som kan reises. I stedet vises det tilbake til § 1-3 ved ordlyden «når vilkårene ellers i § 1-3 er oppfylt». Dette er også naturlig da § 1-4 lempet tilknytningskravet, ikke kravet til søksmålsgjenstand. Det er derfor ikke gitt at bestemmelsen gir organisasjoner rett til å reise fastsettelsessøksmål. Det kan likevel tenkes at krav om fastsettelsesdom er mest *hensiktsmessig*, og at det derfor er naturlig og rimelig at et slikt krav fremmes. Dette vil i det videre illustreres ved å trekke inn de utvalgte reglene i Grunnloven.

Som nevnt i punkt 3.3.2, vil en krenkelse av retten til privat- og familieliv i Grunnloven § 102 primært ramme det individet som er utsatt for en krenkelse. En krenkelse av § 102 kan likevel

¹³⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 366.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 366.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 366.

¹⁴⁰ I samme retning Backer (2015) s. 235.

være innenfor interesseområdet til en organisasjon, for eksempel en stiftelse som fremmer vern av menneskerettighetene. I så fall kan et søksmål hvor den potensielle krenkelsen prøves, være innenfor organisasjonens formål og virkeområde. Dersom organisasjonen skal prøve spørsmålet om krenkelse ved et krav om fullbyrdelsesdom, må individet krenkelsen retter seg mot gjøres til part i saken. I motsatt fall blir ikke avgjørelsen rettskraftig overfor vedkommende jf. tvisteloven § 19-15 første ledd første punktum. En fullbyrdelsesdom hvor den krenkede ikke er part vil derfor i realiteten være helt uten rettsvirkninger, og organisasjonen har neppe et reelt behov for avgjørelse etter tvisteloven § 1-3 annet ledd. Dersom organisasjonen ikke kan kreve fastsettelsesdom i disse tilfellene, vil organisasjonens adgang til å reise søksmål for å ivareta sine interesseområder betinges av et tvunget prosessfelleskap med den krenkede. Dette vil utgjøre en betydelig innsnevring av organisasjoners søksmålsrett. Det er vanskelig å se hvordan en slik rettstilstand kan være i tråd med formålet i tvisteloven § 1-4. Det er også lite hensiktsmessig å legge opp til en prosessordning der flest mulig må ta del i et søksmål. Dels fordi prosessordningen ikke bør være tid- og kostnadsforøkende, og dels for å unngå at flere parter enn nødvendig må gjennomgå de belastningene det medfører å ta del i et søksmål.¹⁴¹

Et annet aspekt er at den typen organisasjoner tvisteloven § 1-4 retter seg mot, i praksis gjerne påtar seg søksmålsbyrden for saker om ideelle interesser. Tvistemålsutvalget formulerer som nevnt dette aspektet som at organisasjonene er «viktige bærere av allmenne eller ideelle interesser».¹⁴² En kan da spørre seg om prosessordningen bør legges opp på en måte som gjenspeiler organisasjonens formål på best mulig måte. Som eksempel kan saker om vern av miljøet trekkes frem. I forbindelse med Tvistemålsutvalgets drøftelser av organisasjoners søksmålsrett, tok utvalget opp to saker, som begge ble reist av miljøorganisasjoner. Rt. 1980 S. 569 A (Altakjennelsen), hvor Norges Naturvernforbund anla søksmål om gyldigheten av samtykke til statsregulering av Alta-Kautokeino-vassdraget, og Rt. 1992 s. 1618 A hvor

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 137 om saksøktes interesse av å unngå unødige søksmål, og s. 364 hvor det uttrykkes at det ikke er ønskelig å presse prøvingen inn i uhensiktsmessige former. Departementet knytter sistnevnte uttalelse til Rt. 1987 s. 538 U (Burhøns 2), der en privat part ble trukket inn i søksmålet (riktignok i forbindelse med abstrakt legalitetsprøving av forvaltningsforskrift).

¹⁴² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 366.

Framtiden i våre hender og Naturskyddsföreningen i Strømstad anla søksmål om forurensning av vannmiljø. Når tvisteloven § 1-4 ble vedtatt for å videreføre den rettsstilstanden som var skapt av domstolene, blant annet som konsekvens av miljøorganisasjonenes behov for å reise søksmål om sine interesser,¹⁴³ må det være klart at miljø saker er en sakstype Tvistemålsutvalget så for seg at bestemmelsen kunne favne. Dersom en miljøorganisasjon skal reise søksmål om rettighetene i Grunnloven § 112, kan det derfor være mest hensiktsmessig at saken reises som fastsettelsessøksmål for brudd på Grunnloven. Gitt at organisasjonens formål er å, på generelt grunnlag, fremme hensynet til miljøet, kan det være lite formålstjenlig for organisasjonen å angripe enkeltsaker ved fullbyrdelsessøksmål eller ved snevre fastsettelsessøksmål for eksempel om ugyldigheten av et forvaltningsvedtak. Det kan være vel så ønskelig for organisasjonen å erklære en handling eller avgjørelse som stridende mot Grunnloven § 112, da dette best vil gjenspeile organisasjonens virkeområde. Når departementet utvider organisasjoners søksmålsadgang, blant annet fordi disse er viktige bærere av allmenne og ideelle interesser, fremstår det lite konsekvent om organisasjonen ikke skal kunne anlegge søksmålet på en måte som gjenspeiler dens virkeområde best mulig.

Som drøftelsene over viser, er det uheldig dersom kravet til søksmålgjenstand i tvisteloven § 1-3 første ledd praktiseres slik at organisasjoners søksmålsadgang skaper en uhensiktsmessig prosessordning (for eksempel ved at flere parter enn nødvendig tvinges inn i et søksmål). Faren for en uhensiktsmessig og prosesskapende praksis, kan etter mitt syn i seg selv tale for at det er rimelig og naturlig å tillate krav om fastsettelsesdom. Kravet til søksmålgjenstand bør heller ikke praktiseres slik at det uthuler det som er ment å være en lemping av tilknytningskravet for organisasjoner. Når det først vedtas lempeligere krav for hva foreninger og stiftelser, som typisk har som formål å ivareta ideelle interesser, kan reise søksmål om, virker det underlig om regelen tolkes så snevert at organisasjonene ikke kan kreve den typen dom som best mulig gjenspeiler dens formål og virkeområde. Som nevnt i punkt 3.2, kan krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven være eneste mulighet for å sikre at domstolen tar stilling til grunnlovsspørsmålet. Krav om fastsettelsesdom kan derfor være eneste måten en organisasjon kan sikres at domstolen prøver de interessene organisasjonen ivaretar. Det kan med dette ikke utelukkes at

¹⁴³ I samme retning Backer (2015) s. 236.

organisasjoners søksmålsadgang i § 1-4 påvirker tolkning av kravet til søksmålgjenstand i § 1-3, slik at det er rimelig og naturlig å fremme krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven.

3.3.4 Behov for fastsettelsesdom grunnet manglende aktualitet for andre typer rettskrav

Ovenfor ble tilknytningskravets betydning for behovet for fastsettelsesdom drøftet. Temaet for dette delkapittelet, er hvilken betydning kravet om aktualitet, jf. tvisteloven § 1-3 annet ledd, kan ha for behovet for fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven. Aktualitetskravet innebærer normalt at det må foreligge en rettsuvisshet mellom partene, og at denne må være av aktuell betydning. Det trekkes blant annet et skille mellom *fortidige* og *fremtidige* krav, og i enkelte tilfeller også *hypotetiske* krav.¹⁴⁴ Spørsmålet blir derfor om det kan være naturlig og rimelig å gjøre grunnlovsbruddet til søksmålgjenstand, fordi aktualitetskravet stenger for andre typer krav.

For å presisere problemstillingen i avsnittet over, kan det sees hen til forvaltningsrettslige ugyldighetssøksmål. Domstolens prøving av et forvaltningsvedtaks gyldighet, tar utgangspunkt i en konkret vurdering av det bestemte forvaltningsvedtaket som prøves. Dersom vedtaket ikke er fattet, er innholdet ukjent. Da vil ikke aktualitetskravet for ugyldighetssøksmål være innfridd, fordi kravet er fremtidig eller hypotetisk. Om saksøker vil prøve lovligheten av forvaltningsorgans myndighet til å fatte vedtak, før vedtaket er fattet, må dette gjøres ved søksmål om forvaltningsorganets kompetanse.

Som eksempel kan det vises til Rt. 1957 s. 860 A (Reinbeitedommen). Saken gjaldt spørsmål om hvorvidt Landbruksdepartementet var berettiget til å gi svenske flyttsamer tillatelse til reindrift i Norge, utover det som var fastsatt i bestemte konvensjoner mellom Norge og Sverige.

¹⁴⁴ Se punkt 2.2.

Det var tidligere gitt slik tillatelse i årene 1946–1950. På tidspunktet da saken ble reist, forelå imidlertid ingen tillatelse. Førstevoterende uttalte at:

[E]tter det standpunkt reindriftsmyndighetene har inntatt og fremdeles inntar, mener jeg at de ankende parter har en rettslig interesse i å få fastslått at Landbruksdepartementet i forhold til dem ikke er berettiget til å gi svenske flyttsamer tillatelse til vinterbeite.¹⁴⁵

Reinbeitedommen er et eksempel på at et spørsmål om utøvelse av offentlig myndighet kan prøves på annen måte enn ved ugyldighetssøksmål, for eksempel dersom ugyldighetssøksmål ikke er mulig fordi vedtaket ikke er fattet.¹⁴⁶ At det er snakk om lovligheten av et fremtidig vedtak (forvaltningsorganets kompetanse i fremtidige avgjørelser), gjør med andre ord at det må åpnes for å angripe spørsmålet med andre midler enn ugyldighetssøksmål.

Tilsvarende problem kan gjøre seg gjeldende i relasjon til Grunnloven: Situasjonen kan for eksempel være at Stortinget, i medhold av Grunnloven § 115, planlegger å fatte vedtak om inngåelse av en folkerettslig avtale. Et privat rettssubjekt, for eksempel en interesseorganisasjon, mener den planlagte avtalen strider mot begrensningene i § 115. Det er ikke aktuelt å angripe stortingsvedtakets gyldighet før vedtaket foreligger. Det kan likevel være hensiktsmessig med en rask avklaring av spørsmål om hvorvidt vedtaket kan treffes innenfor rammene av § 115. Dersom uriktig bruk av § 115 kan medføre at stortingsvedtaket kjennes ugyldig i etterkant, virker det unødvendig konfliktskapende å vente på at vedtaket fattes, for så å anlegge ugyldighetssøksmål. Da risikerer man at saksøker (eller andre) innretter seg etter vedtaket. Dersom Stortinget inngår folkerettslige avtaler i strid med Grunnloven, kan det dessuten oppstå vanskelige folkerettslige spørsmål.

Også Grunnloven § 112 kan tjene som eksempel. En kan se for seg en situasjon som likner faktum i den nevnte Reinbeitedommen: Et myndighetsorgan har tidligere gitt tillatelser til en

¹⁴⁵ På s. 862.

¹⁴⁶ I samme retning Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 145 hvor det uttales at søksmål om forvaltningsvedtak «i visse tilfeller [vil] ta form av spørsmål om forvaltningen har kompetanse til i framtiden å treffe et vedtak som vil berøre saksøkeren» (min kursivering).

bestemt virksomhet. Tillatelsene er ikke lenger gjeldende, det er ikke gitt nye, og det foreligger heller ikke konkrete planer om å gi nye tillatelser. Samtidig er det ingenting som tyder på at myndighetsorganet har endret syn på adgangen til å gi nye tillatelser. Kan saksøker reise søksmål med krav om fastsettelsesdom for at en eventuell fremtidig tillatelse strider mot Grunnloven § 112? I dette eksempelet vil ikke bare saksøker, og eventuelle andre rettssubjekter som driver eller ønsker å drive den aktuelle virksomheten, ha behov for avklaring. Som nevnt i punkt 3.3.2, vil også større deler av samfunnet ha behov for avklaring av om den grunnlovfestede retten til miljøvern krenkes ved nye tillatelser.

I avsnittene over drøftes det hvordan søksmål om fremtidige situasjoner kan skape behov for fastsettelsesdom. Også søksmål om fortidige forhold kan tenkes å medføre et slikt behov. I begge eksemplene over kan det også tenkes at søksmål reises fordi det allerede er foretatt en grunnlovsstridig handling, og at saksøker ved søksmålet ønsker å unngå at dette skjer igjen. Det er således snakk om en blanding av fremtidige og fortidige situasjoner, slik tilfellet særlig er i eksempelet med Grunnloven § 112, og slik faktum var i Reinbeitedommen. I begge tilfellene er det snakk om en tillatelse som tidligere er gitt, men som ikke lenger er gjeldende og som saksøker ønsker å forhindre at gis på nytt. En fortidig hendelse brukes som eksempel på hvilke fremtidige hendelser som ønskes unngått.

Et tredje eksempel knytter seg til retten til privat- og familieliv i Grunnloven § 102. En kan se for seg at et myndighetsorgan fatter vedtak om utsending av asylsøkere. En interesseorganisasjon kan ha ønske om å prøve grunnlovsmessigheten av fremtidige vedtak, før disse fattes. Et slikt ønske kan virke velbegrunnet. At utsendingsvedtaket fattes har for eksempel den virkingen at den vedtaket gjelder risikerer å bli deportert fra landet. Om organisasjonen skal prøve vedtakene før disse foreligger, står man nettopp i en situasjon der fortidige hendelser brukes som eksempel på fremtidige hendelser som ønskes unngått.

I lys av de ovennevnte eksemplene ser man at det kan oppstå situasjoner der behovet for rettslig avklaring er betydelig, samtidig som vilkåret om aktualitet neppe er innfridd for andre typer søksmål enn krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven. Det foreligger for eksempel ikke (lenger) et vedtak som kan angripes ved ugyldighetssøksmål. Og det foregår ingen pågående handling som det ved dom kan kreves at opphører. Slike situasjoner kan imidlertid tenkes løst ved å gjøre grunnlovsbruddet til selvstendig søksmålsgjenstand. Det kan derfor

fremstå som naturlig og rimelig at søksmålet fremmes som fastsettelsessøksmål for brudd på Grunnloven, fremfor å avvente til en eventuell fremtidig situasjon der aktualitetsvilkåret er innfridd for andre typer søksmål.

3.3.5 Hvordan domstolens adgang til å prøve Grunnloven påvirker behovet for fastsettelsesdom

Domstolen har en Grunnlovfestet prøvingsrett, og plikt, jf. Grunnloven § 89. I rettspraksis er det imidlertid tatt til orde for at intensiteten av prøvingsretten (prøvingsintensiteten) er ulik for ulike grunnlovsbestemmelser. Spørsmålet i dette delkapittelet er om prøvingsretten påvirker behovet for fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven.

Grunnloven § 89 lyder: «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». Først og fremst må det bemerkes at bestemmelsen ikke gir anvisning på at domstolen må foreta prøvingen i en bestemt form. Man kan derfor ikke lese noen rett til fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven ut av ordlyden i § 89.

I praksis fra Høyesterett differensieres det mellom ulike bestemmelser i Grunnloven, når det gjelder domstolens prøvingsintensitet. I Rt. 1952 s. 1089 P (Hvalavgiftdommen) behandlet Høyesterett en sak om hvorvidt avgift på hvalolje var grunnlovsstridig. Førstevoterende uttalte at:

[D]et konstitusjonelle spørsmål som domstolene her skal ta standpunkt til, er et spørsmål om grensen for Stortingets adgang til å delegere sin myndighet til andre statsorganer. Selv om dette spørsmål også har en side som vender mot borgerne, er det etter min oppfatning større grunn for domstolene til å utvise varsomhet med å sette seg ut over lovgivningens skjønn i et slikt tilfelle enn når det gjelder spørsmålet om en lov er i strid med en grunnlovsbestemmelse som direkte tar sikte på å være til vern for borgerne.¹⁴⁷

¹⁴⁷ På s. 1098.

Synspunktet fra Hvalavgiftdommen ble fulgt opp i Rt. 1976 s. 1 P (Kløftadommen), der saken gjaldt erstatning ved ekspropriasjon til offentlig vei. Her uttalte Høyesterett at det er

forskjellige oppfatninger av hvor meget det skal til for at domstolene skal sette en lov til side som grunnlovsstridig [...] 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 [sic] 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 [...] at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn.¹⁴⁸

De to plenumsdommene viser at Høyesterett selv mener egen kompetanse til å prøve grunnlovsspørsmål er svært begrenset for visse typer regler i Grunnloven. Avgjørelsene er i etterkant fulgt opp av Høyesterett i en rekke plenumssaker.¹⁴⁹ Det fører for langt å konkludere i det statsrettslige spørsmålet om prøvingsintensitet og Grunnlovens gjennomslagskraft i denne avhandlingen. Målet er å undersøke om prøvingsintensiteten kan påvirke partenes behov for fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven.

Plenumsdommene gir inntrykk av at Høyesterett har utvist varsomhet ved prøving av Stortingets eget syn på Grunnlovens regler om statsmaktens arbeids- og kompetanseområde. Det kan ikke være tvilsomt at Grunnloven § 115 regulerer «statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse», og i mindre (direkte) grad regulerer «enkeltpersons personlige frihet eller sikkerhet». Dersom Høyesterett, grunnet regelens art, vegrer seg for å prøve Stortingets eget syn på bruken av § 115, vil partenes utbytte av en dom i saken reduseres i takt med den avtagende prøvingsintensiteten. En kan se for seg at man på et tidspunkt når et

¹⁴⁸ På s. 5.

¹⁴⁹ Se blant annet Rt. 1996 s. 1415 P på s. 1429, Rt. 1997 s. 1821 P på s. 1831, Rt. 2007 s. 1281 P avsnitt 73–75, Rt. 2010 s. 143 P avsnitt 138, Rt. 2010 s. 535 P avsnitt 146–147, Rt. 2010 s. 1445 P avsnitt 89–91. Se nærmere omtale av de tre avgjørelsene fra 2010 i Andenæs og Fliflet (2017) s. 443–444.

«bunnpunkt», der prøvingsintensiteten er så lav at det i realiteten ikke er snakk om noen prøving av betydning. Det kan vanskelig tenkes at partene har behov for å få fremmet krav om fastsettelsesdom for brudd på en grunnlovsregel domstolen uansett avstår fra å realitetsprøve. Synspunktet har likhetstrekk med rettstilstanden for rettslig prøving av forvaltningsvedtak, der spørsmål om forvaltningsskjønn (i betydningen av skjønn domstolen ikke kan prøve)¹⁵⁰ ikke kan gjøres til gjenstand for søksmål.¹⁵¹

Om prøving av Grunnloven peker imidlertid Eivind Smith på at det er «uklart hvor langt slike utsagn [fra Kløftadommen] er dekkende for rettstilstanden».¹⁵² Smith viser til Rt. 1987 s. 473 A, om tilsidesettelse av en lovbestemmelse som grep inn i et kongelig prerogativ i Grunnloven, og Rt. 2010 s. 535 P, hvor Høyesterett (i premissene) erklærte en lovbestemmelse i strid med Grunnloven § 106 i en konkret sak.¹⁵³ De to dommene fra 1987 og 2010 viser at man ikke ubetinget kan legge til grunn at domstolen vil avstå fra å prøve Grunnlovens regler om statsorganenes arbeids- og kompetanseområde. Dette er etter mitt syn ikke uforenelig med Kløftadommen og Hvalavgiftdommen, fordi Høyesterett ikke uttrykker seg reservasjonsløst om prøvingsretten i disse sakene.¹⁵⁴ I Kløftadommen uttaler førstevoterende, om Grunnlovens bestemmelser om statsorganenes arbeids- og kompetanseområde, at dersom «prøvelsesretten [skal] ha noen realitet, må domstolene benytte den der de finner det *hevet over rimelig tvil* at

¹⁵⁰ Eckhoff og Smith (2018) s. 373–376.

¹⁵¹ For eksempel Rt. 1980 s. 569 A (Altakjennelsen) der Høyesterett behandlet krav om gyldigheten av forvaltningsvedtak om statsregulering av Alta-Kautokeino-vassdraget, og uttalte at det ikke var adgang til å reise søksmål utelukkende fordi saksøker var «uenig i vedtaket» (på s. 575).

¹⁵² Smith (2017) s. 273. Se også Smith (1993) s. 328 hvor det påpekes at inndelingen i Kløfta-dommen vanskelig kan forankres i grunnloven selv. I samme retning Tverberg (2012) s. 186.

¹⁵³ Rt. 1987 s. 473 A gjaldt spørsmål om hvorvidt kongelig resolusjon om innføring av ny liturgi var i strid med datidens lov 29. april 1953 nr. 1 om Den norske kirkes ordning. Rt. 2010 s. 535 P gjaldt spørsmål om hvorvidt styringen av en statseid formuesmasse var i strid med Grunnloven § 106, som frem til grunnlovsrevisjonen i 2014 gjaldt sikring av det benefiserte gods til nærmere angitte formål.

¹⁵⁴ I Hvalavgiftdommen uttaler Høyesterett på s. 1098 at det må «utvise[s] varsomhet» omkring prøvingsretten. I samme retning uttales det i Kløfta-dommen på s. 5 at Stortingets syn må respekteres i «vid utstrekning».

loven vil føre til resultater som er i strid med grunnloven».¹⁵⁵ Uttalelsen kan forstås som at Høyesterett fastlegger en viss *terskel* for når Grunnlovens regler om statsorganenes arbeids- og kompetanseområde kan prøves.¹⁵⁶ Prøving av disse reglene er således ikke prinsipielt uaktuelt, men avhenger av at det er hevet over rimelig tvil at Grunnloven krenkes. Synspunktet har igjen paralleller til forvaltningsretten, denne gangen til læren om domstolens adgang til å tilsidesette forvaltningsvedtak dersom forvaltningens skjønnsutøvelse er kvalifisert urimelig.¹⁵⁷ Dersom domstolen *har* en prøvingsrett, men denne i enkelte tilfeller er begrenset til mer kvalifiserte brudd på Grunnloven, kan det vanskelig forsvares at søksmålet avvises prosessuelt, hvert fall dersom partene pretenderer at grunnlovsbruddet er hevet over rimelig tvil.¹⁵⁸

For retten til privat- og familieliv i Grunnloven § 102, kan det ikke være tilsvarende tvilsomt at domstolen har prøvingsrett. Bestemmelsen gjelder vern av enkeltmenneskers personlige integritet, og det følger derfor direkte av de nevnte resonnementene i Hvalavgiftdommen og Kløftadommen at domstolens prøvingsrett bør være mer intens. I kjennelsen fra Høyesterett i plenum, inntatt i Rt. 1997 s. 1821 P, la dessuten Høyesterett til grunn at Grunnloven § 100 om ytringsfriheten «hører til blant de grunnlovsbestemmelser som er satt til vern av enkeltmenneskers personlige frihet og sikkerhet», og at domstolskontrollen her vil være «særlig sterk».¹⁵⁹ Det er derfor grunn til å tro at § 102 om retten til privat- og familieliv står i en annen stilling enn § 115, når det gjelder domstolens prøvingsrett.

Miljøbestemmelsen i Grunnloven § 112 har en mer uklar posisjon. I juridisk teori er det uenigheter om hvorvidt bestemmelsen gir uttrykk for materielle rettigheter, eller (delvis) må ansees som en politisk programerklæring.¹⁶⁰ Som nevnt fører det for langt å gå grundig inn i

¹⁵⁵ På s. 6 (min kursivering).

¹⁵⁶ I samme retning slik jeg forstår Andenæs og Fliflet (2017) s. 431 og Smith (2017) på s. 286.

¹⁵⁷ Eckhoff og Smith (2018) s. 402.

¹⁵⁸ Partenes pretensjoner er avgjørende i spørsmålet om de alminnelige søksmålsbetingelsene jf. for eksempel Rt. 2005 s. 999 U avsnitt 20, Rt. 2006 s. 209 U avsnitt 15 og Rt. 2012 s. 1586 U avsnitt 34.

¹⁵⁹ På s. 1831.

¹⁶⁰ Se på den ene siden Thengs (2017) s. 42 som tar til orde for at Grunnloven § 112 er en rettighetsbestemmelse. På den andre siden se Smith (2017) s. 320 som mener rettigheten i så stor grad griper inn i politikken at den ikke kan tas på ordet.

spørsmålet om prøvingsintensiteten av Grunnloven her. Jeg nøyer meg derfor med å bemerke at det er lite som taler for at partene har behov for fastsettelsesdom for de delene av bestemmelsen som eventuelt bare er uttrykk for politiske veivalg domstolen uansett ikke vil prøve.

Som drøftelsene over viser, kan domstolens adgang til å prøve en grunnlovsregel påvirke hvilket resultat partene kan oppnå. Dersom domstolen ikke er villig til å prøve en bestemt grunnlovsbestemmelse, vil ikke partene oppnå prøving av bestemmelsen. Dette gjelder uavhengig av hvordan søksmålet utformes. Da er det liten grunn til å imøtekomme partene i ønske om en dom som skal sikre at domstolen tar stilling til grunnlovsspørsmålet. På den andre siden gir høyesterettspraksis inntrykk av at domstolens prøvingsintensitet også styres av hvorvidt det er snakk om et åpenbart grunnlovsbrudd eller ikke. I så fall vil ikke lav prøvingsintensitet kunne begrunne manglende behov for fastsettelsesdom, dersom partene pretenderer kvalifisert brudd på Grunnloven.

3.4 Helhetsvurdering av behovet for fastsettelsesdom

Som drøftelsene har vist, må det foretas en form for behovsprøving når spørsmålet om hvilke krav som skal gjøres til gjenstand for søksmål, skal avgjøres. Drøftelsene i punkt 3.3.2 til 3.3.5 viser at den samfunnsmessige betydningen av Grunnloven, domstolens adgang til å prøve grunnlovsbrudd samt kravets aktualitet og tilknytning kan ha betydning i spørsmålet om hvorvidt det er rimelig og naturlig å fremme krav om fastsettelsesdom. Alle de nevnte momentene er, etter omstendighetene, relevante i vurderingen og kan tale for at spørsmål om brudd på Grunnloven kan gjøres til gjenstand for fastsettelsessøksmål.

Det er imidlertid vanskelig å oppstille klare konklusjoner om vekten av de ulike elementene, og dermed også under hvilke omstendigheter elementene kan medføre at krav om fastsettelsesdom må fremmes. Om det foreligger et behov for fastsettelsesdom, og om behovet er tilstrekkelig sterkt til at det er rimelig og naturlig at saken fremmes, bør bero på en bredere vurdering der flere av de nevnte elementene kan innvirke på konklusjonen. For punkt 3.3.3 og 3.3.4, der kravene til aktualitet og tilknytning trekkes inn, bemerkes det at det ikke kan utløses behov for fastsettelsesdom alene fordi vilkårene i tvisteloven § 1-3 annet ledd ikke er innfridd for andre typer krav. En slik løsning undergraver store deler av formålet med at vilkårene i § 1-

3 er kumulative. Det vesentlige er om det er behov for avgjørelse i saken. Dersom det er slikt behov, og fastsettelsesdom utgjør eneste måten å prøve spørsmålet på, er dette etter mitt syn et sterkt argument for at det er rimelig og naturlig at saken fremmes. Det betyr likevel ikke at det utelukkes at krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven også kan fremmes i andre tilfeller, særlig der samfunnet har sterke interesser i at søksmålet reises på en måte som garanterer prøving av grunnlovsspørsmålet.

4 Sammenhengen mellom Grunnloven og menneskerettighetskonvensjonene

4.1 Introduksjon

Spørsmålet om hvorvidt det er adgang til å kreve fastsettelsesdom for brudd på en menneskerettighetskonvensjon har fått atskilling mer oppmerksomhet enn tilsvarende spørsmål for brudd på Grunnloven. Grunnlovens kapittel E har tittelen «Menneskerettigheter», og inneholder en rekke regler som er sterkt inspirert av, og har klare likhetstrekk med, de konvensjonsfestede menneskerettighetene.¹⁶¹ Videre fremgår det av Grunnloven § 92 at «[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter».¹⁶² Paragraf 92 oppstiller med dette en sikreplikt, som etter sin ordlyd gjelder både menneskerettighetene i Grunnloven og de konvensjonsfestede rettighetene. Både likhetstrekkene og sikreplikten gjør det interessant å se på hvilke hensyn som begrunner rettstilstanden for krav om fastsettelsesdom for brudd på en menneskerettighetskonvensjon, for så å undersøke om disse hensynene har en overføringsverdi til reglene i Grunnloven.¹⁶³ Først redegjøres det derfor kort for hvordan Høyesterett har vurdert krav om fastsettelsesdom for brudd på menneskerettighetskonvensjoner, særlig EMK og SP. Deretter undersøkes hvordan Høyesterett begrunner standpunktene i sakene om menneskerettighetskonvensjoner, for så å drøfte en eventuell overføringsverdi til spørsmålet om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven. Utgangspunktet om at tvisteloven § 1-3 første ledd utgjør det primære rettsgrunnlaget for hvilke krav som kan gjøres til gjenstand for søksmål, gjelder også her. Drøftelsene i kapittel 4 vil derfor gjøres med sikte på å kartlegge hvilke hensyn som inngår i vurderingen av § 1-3 første

¹⁶¹ Se dokument 16, for eksempel s. 13–14 hvor menneskerettighetskonvensjonene omtales som en del av utgangspunktet for grunnlovsrevisjonen.

¹⁶² Min kursivering.

¹⁶³ Ambisjonen er ikke å gjøre en fullstendig gjennomgang av spørsmålene tilknyttet krav om fastsettelsesdom for brudd på menneskerettighetskonvensjonene, men å undersøke spørsmålene i den grad det er hensiktsmessig for å belyse oppgavens tema om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven. For en nærmere redegjørelse for adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK, se Uri (2016).

ledd når Høyesterett tar stilling til adgangen til fastsettelsesdom for et konvensjonsbrudd, og deretter om de samme hensynene er relevante ved fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven. Som nevnt i punkt 1.4, er det kun Grunnloven § 102 og § 112 som behandles i kapittel 4.

4.2 Adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP

I dette delkapittelet er målsetningen å redegjøre kort for adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP. En av de første gangene spørsmålet kom på spissen var i Rt. 1994 s. 1244 A (Kvinnefengselsaken). Saken gjaldt en nederlandsk kvinne som anla søksmål mot staten fordi hun mente hennes rettigheter etter EMK artikkel 3 og SP artikkel 10 var krenket i forbindelse med fengsling i Norge. I tillegg til krav om oppreisning, ble det reist krav om fastsettelsesdom for at hendelser i forbindelse med fengslingen var «i strid med» EMK artikkel 3 og SP artikkel 10.¹⁶⁴ Høyesterett la til grunn at «[u]tgangspunktet er at det som det kan kreves dom for, er virkningene av at det foreligger rettsstrid»¹⁶⁵ (krav om oppreisning), og at «utgangspunktet [derfor må] være at den kjærende part ikke kan kreve fremmet et fastsettelsessøksmål».¹⁶⁶

I saken var det også anført at EMK artikkel 13, som oppstiller en rett til «an effective remedy» (et effektivt rettsmiddel), ga grunnlag for fastsettelsessøksmål. Førstevoterende la til grunn at konvensjonskrenkelsen ville prøves i tilstrekkelig grad i forbindelse med oppreisningskravet. Ifølge Høyesterett i Kvinnefengselsaken, oppstiller altså ikke konvensjonen noe krav om særskilt type dom, så lenge konvensjonskrenkelsen prøves. Det ble også lagt til grunn at en eventuell «moralsk oppreisning» ved å få konvensjonsbruddet konstatert i domsslutning ikke kunne begrunne en adgang til fastsettelsesdom.¹⁶⁷ Resultatet i Kvinnefengselsaken var derfor

¹⁶⁴ På s. 1244.

¹⁶⁵ På s. 1249.

¹⁶⁶ På s. 1250.

¹⁶⁷ På s. 1250.

at verken tvisteloven § 54, eller retten til et effektivt rettsmiddel i EMK artikkel 13, medførte at krav om fastsettelsesdom for konvensjonskrenkelsene måtte fremmes.

I Rt. 2003 s. 301 A gjaldt saken rettslig prøving av vedtak om undersøkelsessak etter barnevernloven § 4-3. Det var nedlagt påstand med krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK artikkel 8, som på dette tidspunktet var inkorporert ved menneskerettighetsloven § 2.¹⁶⁸ Høyesterett la først til grunn at tvistemålsloven § 54 ikke ga grunnlag for fastsettelsesdom.¹⁶⁹ Retten gikk deretter videre til spørsmålet om EMK artikkel 13 ga slikt grunnlag. Her snur Høyesterett i forhold til standpunktet i Kvinnefengselsaken, og uttaler at: «Etter artikkel 13 må spørsmålet om artikkel 8 er krenket, kunne betraktes som et rettsforhold og gjøres til gjenstand for et fastsettelsessøksmål».¹⁷⁰ Saken ble imidlertid avvist med henvisning til den EMK-rettslige prosessuelle skranken om avvisning av saker som er «manifestly ill-founded».¹⁷¹

Synspunktene i 2003-avgjørelsen er fulgt opp en rekke ganger i senere praksis, blant annet i Rt. 2011 s. 1666 A hvor det legges til grunn som «sikker rett at det kan reises *fastsettelsessøksmål* med krav om dom for at det foreligger brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon», og av Høyesterett i plenum i Rt. 2012 s. 2039 P.¹⁷² Jeg legger til grunn som gjeldende rett at det etter omstendighetene kan kreves fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP. I det videre undersøkes derfor hvordan Høyesterett begrunner sitt standpunkt i saker om fastsettelsesdom for brudd på en menneskerettighetskonvensjon.

¹⁶⁸ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

¹⁶⁹ Avsnitt 32.

¹⁷⁰ Avsnitt 39.

¹⁷¹ Avsnitt 40. I praksis fra EMD (Den europeiske menneskerettighetsdomstolen) er retten til et effektivt rettsmiddel etter EMK art. 13 begrenset til å gjelde saker med «an arguable claim» (en prosedabel påstand), og det er lagt til grunn at denne begrensningen må sees i lys av terskelen for at EMD selv kan avvise en klage som åpenbart grunnløs etter EMK art. 35. Se *Boyle og Rice mot Storbritania* [J] no. 9659/82 og 9658/82 premiss 54 og *Powell og Rayner mot Storbritania* [J] no. 9310/81 premiss 33. Fra senere tid *Petropavlovskis mot Latvia* [J] 44230/06 premiss 92.

¹⁷² Rt. 2011 s. 1666 A avsnitt 32 og Rt. 2012 s. 2039 P avsnitt 66. Se også Rt. 2005 s. 534 U avsnitt 27, Rt. 2009 s. 477 U avsnitt 21, Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 42 og Rt. 2015 s. 921 A avsnitt 82, HR-2016-2178-U avsnitt 13.

4.3 Begrunnelsen bak adgangen til fastsettelsesdom for brudd på en menneskerettighetskonvensjon

Før man kan besvare om det er en sammenheng mellom adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP på den ene siden og Grunnloven på den andre siden, må det undersøkes hvilke hensyn som ligger til grunn for Høyesteretts standpunkt i EMK- og SP-sakene. Flere av avgjørelsene som gjelder krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP refererer til konvensjonenes bestemmelser om rett til et effektivt rettsmiddel, jf. henholdsvis EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3. Samtidig gir flere av sakene inntrykk av at fastsettelsesdom kan kreves i medhold av intern norsk rett. Et viktig spørsmål er derfor hvilken rolle konvensjonenes egne prosessuelle krav har i adgangen til fastsettelsesdom for brudd på en menneskerettighetskonvensjon.

I Rt. 2003 s. 301 A uttalte førstevoterende at «[j]eg forstår [...] [saksøkte] slik at det erkjennes at de grunner som ville lede til avvisning [...] etter tvistemålsloven § 54, ikke er holdbare etter EMK artikkel 13. Jeg er enig i dette».¹⁷³ Etter min mening gir Høyesterett klart uttrykk for at krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK tillates fordi retten mener EMK artikkel 13 krever dette. Videre skriver førstvoterende at «[d]en tvil om adgangen til å kreve dom for konvensjonsstrid som forelå i Rt-1994-1244, kvinnefengselsaken, må ansees avklart i og med vedtagelsen av menneskerettighetsloven og dens forrangsbestemmelse i § 3».¹⁷⁴ Bestemmelsen det vises til i menneskerettighetsloven § 3 gjelder etter sin ordlyd «ved motstrid» (motstridsklausul). Dersom noe «ansees avklart» etter vedtakelsen av en motstridsklausul, må det foreligge en regelkonflikt. Man må altså forstå Høyesterett slik at EMK artikkel 13, *i motsetning til* tvistemålsloven § 54, åpner for å kreve fastsettelsesdom for brudd på EMK.

I Rt. 2009 s. 477 U ser Høyesteretts ankeutvalg ut til å ha et annet syn. Saken gjaldt krav om fastsettelsesdom for at staten hadde brutt EMK og SP i forbindelse med oljeutvinning på norsk sokkel. Først legger retten til grunn at «verken EMK artikkel 13 eller SP artikkel 2 krever at

¹⁷³ Avsnitt 39.

¹⁷⁴ Avsnitt 39.

spørsmål om konvensjonsbrudd i den foreliggende sak behandles ved særskilt fastsettelsesdom»,¹⁷⁵ og fortsetter med at spørsmålet er om de ankende parter kunne kreve fastsettelsesdom «i medhold av intern norsk rett».¹⁷⁶ Ankeutvalget drøfter søksmålsbetingelsene i tvistemålsloven § 54 samlet under betegnelsen «rettslig interesse», og slår uten nærmere begrunnelse fast at «krav om dom for at bestemte handlinger er i strid med angitte bestemmelser i EMK eller SP kan være et rettsforhold etter tvistemålsloven § 54».¹⁷⁷ Deretter går retten over til spørsmålet om søksmålssituasjon. Formuleringen «kan være et rettsforhold» er forbeholden, og kan forstås som at spørsmål om konvensjonsbrudd ikke kan gjøres til gjenstand for fastsettelsessøksmål i alle tilfeller. I neste setning følger retten likevel opp med at «[s]pørsmålet i den foreliggende sak er *imidlertid* om det har betydning for partenes rettsstilling å få en uttrykkelig dom for spørsmålet om konvensjonsstrid».¹⁷⁸ Uttalelsen kan gi inntrykk av at retten ønsker å foreta en konstatering av at spørsmålet om søksmålsgjenstand ikke er problematisk i den aktuelle saken. Det er vanskelig å si noe sikkert om intensjonsdybden i rettens utsagn, særlig fordi retten ser ut til å behandle alle søksmålsbetingelsene under samlebetegnelsen «rettslig interesse». Etter mitt syn tyder likevel den kortfattede og konstaterende behandlingen av spørsmålet om søksmålsgjenstand på at ankeutvalget i det minste ikke finner det særlig tvilsomt at det kan kreves fastsettelsesdom i den aktuelle saken, til tross for at et slikt krav ikke kan utledes fra konvensjonenes rett til et effektivt rettsmiddel. I så fall er det nærliggende å forstå ankeutvalget slik spørsmål om brudd på EMK og SP kan gjøres til gjenstand for fastsettelsessøksmål etter norsk rett, utover de kravene som følger av konvensjonene.

Rt. 2009 s. 477 U ble avgjort av Høyesteretts ankeutvalg, og kan forstås som at den fraviker avdelingsavgjørelsen i Rt. 2003 s. 301 A. Avdelingsdommen var riktig nok ikke enstemmig, men dissensen gikk ut på betydningen av

¹⁷⁵ Avsnitt 17. Standpunktet ser ut til å være i tråd med EMDs dom *Vilvarajah and Others mot Storbritania* [J] no. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 og 13448/87 premiss 122 hvor retten uttaler at: «Article 13 [...] does not go so far as to require any particular form of remedy».

¹⁷⁶ Avsnitt 19.

¹⁷⁷ Avsnitt 21.

¹⁷⁸ Avsnitt 21 (min kursivering).

den EMK-rettslige prosessuelle skranken om krav som er «manifestly ill-founded». Dissensen var således ikke relevant for spørsmålet i 2009-avgjørelsen. Ankeutvalget avsa sin avgjørelse kun seks år etter avgjørelsen i 2003, slik at sistnevnte neppe kan betraktes som utdatert. På den andre siden var man, blant annet i lys av Kvinnefengselsaken, inne i en periode med utvikling på det aktuelle rettsområdet, og 2003-avgjørelsens unge alder medfører også at rettstilstanden etter denne i mindre grad var fastnet. I tillegg skjer liberaliseringen i favør av borgeren. Samlet sett oppfatter jeg derfor ikke avviket utpreget problematisk, selv om det gjøres av Høyesteretts ankeutvalg.¹⁷⁹

Spørsmålet om fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP ble i tvistelovens forarbeider behandlet av både Tvistemålsutvalget og departementet. Tvistemålsutvalget la til grunn at EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 ikke oppstiller noe krav om fastsettelsesdom dersom konvensjonskrenkelsen avgjøres prejudisielt i forbindelse med et annet krav.¹⁸⁰ Utvalget finner imidlertid at det ikke er hensiktsmessig å bygge på en minimumsoppfyllelse av konvensjonene, og at dersom man først tillater fastsettelsesdom der ugyldighets- eller erstatningssøksmål er uegnet, er det «lite konsekvent, og unødig formelt, å stenge for at spørsmålet om krenkelse også avgjøres i domsslutningen der det i tillegg er krevd dom for ugyldighet eller er krevd erstatning».¹⁸¹ Jeg forstår utvalget her som at det er ønskelig med en «enten-eller-løsning», slik at adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP gjelder uavhengig av om man også kan kreve dom for ugyldighet eller erstatning. Det er selvsagt ønskelig at regelverket utformes enklest mulig, men det er etter mitt syn ikke gitt at utvalgets løsning er den enkleste. Dersom det åpnes for at krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP må tillates ut over konvensjonenes minimumskrav, åpnes det for en løsning der domsslutningen ofte vil være todelt. Én domsslutning vil gå på krav om fastsettelsesdom, og én domsslutning vil gå på krav om virkningen av menneskerettighetsbruddet (for eksempel oppreisning). En slik løsning virker ikke spesielt hensiktsmessig sammenliknet med en løsning der det avsies én domsslutning, enten fastsettelsesdom eller en dom for virkningen av konvensjonsbruddet, basert på hva konvensjonens minstekrav nødvendiggjør i den enkelte sak. Man må imidlertid forstå

¹⁷⁹ Se nærmere om prejudikatsfravik i Eckhoff (2001) s. 182 flg. og Skoghøy (2015b) s. 269–290.

¹⁸⁰ NOU 2001: 32 s. 161 og 200. Se også EMDs dom *Vilvarajah and Others mot Storbritania* [J] no. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 og 13448/87 premiss 122 se note 175.

¹⁸¹ NOU 2001: 32 s. 201.

Tvistemålsutvalget slik at det tas til orde for en adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP, ut over konvensjonenes minstekrav. Dette blir enda tydeligere når utvalget videre uttaler at det har en «selvstendig og ikke helt uvesentlig symbolsk verdi at konstateringen av [konvensjons]krenkelse uansett kommer til uttrykk i domsslutningen».¹⁸² Det kan altså se ut som at utvalget beveger seg bort fra det tidligere standpunktet i Rt. 1994 s. 1244 A (Kvinnefengselsaken) om at «moralsk oppreisning» ikke kan begrunne en søksmålsadgang.¹⁸³ Departementet er imidlertid mer moderat i sine uttalelser om at det «ikke bør stilles noe krav om at forholdet til den aktuelle menneskerettskonvensjon kommer til uttrykk i domsslutningen selv, så lenge det blir tatt stilling til det i domsgrunnene».¹⁸⁴ Det kan derfor virke som om departementet ikke tilslutter seg utvalgets standpunkt fullt ut.

I Rt. 2011 s. 1666 A behandler Høyesterett igjen spørsmål om fastsettelsesdom for brudd på EMK. Denne gangen gjaldt saken spørsmål om staten brøt saksbehandlingsregler i forbindelse med innleggelse av en person til tvungen observasjon. Som nevnt ovenfor i punkt 4.2, slo Høyesterett kort fast at det er «sikker rett» at det er adgang til fastsettelsesdom for brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon.¹⁸⁵ I saken var det utelukkende nedlagt påstand med krav om fastsettelsesdom. Andre typer krav var ikke tema.

I Rt. 2012 s. 2039 P behandlet Høyesterett en sak om et avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag for en familie fra Bosnia-Hercegovina som hadde fått barn i Norge. Det var reist krav om at avslagsvedtaket var ugyldig. I tillegg var det reist krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK og BK i forbindelse med uttransportering av familien.¹⁸⁶ Høyesterett legger raskt til grunn at det er prosessuell adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK.¹⁸⁷ Spørsmålet om adgangen til fastsettelsesdom for brudd på BK er imidlertid mer omstendelig behandlet. BK

¹⁸² NOU 2001: 32 s. 201.

¹⁸³ På s. 1250.

¹⁸⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 154.

¹⁸⁵ Avsnitt 32.

¹⁸⁶ Convention on the Rights of the Child, New York, 20. november 1989.

¹⁸⁷ Avsnitt 66.

inneholder ingen krav til et effektivt rettsmiddel tilsvarende det man finner i EMK og SP. Høyesteretts flertall viser til tvistelovens forarbeider, og legger til grunn at «det er retten til et effektivt rettsmiddel og hensynet til subsidiaritetsprinsippet som har begrunnet adgangen til å kreve særskilt fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP».¹⁸⁸ Krav om fastsettelsesdom for brudd på BK ble derfor avvist. Forutsetningsvis er det altså konvensjonenes rett til et effektivt rettsmiddel og subsidiaritetsprinsippet, ikke norske prosessregler i seg selv, som ligger til grunn for adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP.

Subsidiaritetsprinsippet er prinsippet om at EMK primært skal sikres av medlemsstaten. EMD skal fungere som et subsidiært rettsmiddel der nasjonale rettsmidler ikke er tilstrekkelig for å sikre konvensjonsrettighetene.¹⁸⁹ Subsidiaritetsprinsippet er derfor primært av interesse for EMK. Det er vanskelig å se at prinsippet kan ha sentral betydning for adgangen til fastsettelsesdom for brudd på SP. At EMK og SP likevel sidestilles i drøftelsene i plenumsavgjørelsen, tyder på at konvensjonenes rett til effektivt rettsmiddel er det mest sentrale hensynet i flertallets vurdering.

Annenvoterende tar imidlertid til orde for at det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på BK. Det vises i denne sammenheng til Rt. 2011 s. 1666 A hvor Høyesterett legger til grunn at det er adgang til fastsettelsesdom for brudd på en «inkorporert menneskerettskonvensjon».¹⁹⁰ I 2011-dommen inntas ingen reservasjon som tilsier at konvensjonen må inneholde en rett til et effektivt rettsmiddel, så lenge konvensjonen er inkorporert. BK er inkorporert i norsk rett jf. menneskerettighetsloven § 2. Det er derfor nærliggende å forstå flertallet i Rt. 2011 s. 1666 A og mindretallet i Rt. 2012 s. 2039 P slik at adgangen til fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd ikke betinges en konvensjonsfestet rett til et effektivt rettsmiddel.

Hva gjelder flertallsvotumet kan det stilles spørsmål ved at Høyesterett avviser krav om fastsettelsesdom for brudd på BK grunnet manglende rett til effektivt rettsmiddel, og samtidig tillater fastsettelsesdom for brudd på EMK parallelt med et krav om ugyldighet. Spørsmålet om brudd på EMK ville trolig blitt prejudisielt avgjort i forbindelse med ugyldighetskravet.

¹⁸⁸ Avsnitt 99.

¹⁸⁹ Bertelsen (2011) s. 342.

¹⁹⁰ Avsnitt 32.

Adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK der spørsmålet avgjøres prejudisielt ved ugyldighetssøksmål er tvilsom nettopp på grunn av de elementene som drøfter her: Det er uklart om adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK er et resultat av norsk rett i seg selv, eller et resultat av konvensjonens rett til et effektivt rettsmiddel. Som nevnt, ble det lagt til grunn av Tvistemålsutvalget at konvensjonens regler ikke oppstiller krav til særskilt type dom, så lenge den påståtte krenkelsen underlegges en prøving.¹⁹¹ Flertallet i plenumsavgjørelsen bruker disse forarbeidsuttalelsene aktivt i drøftelsen av adgangen til fastsettelsesdom for brudd på BK. I plenumsdommen kan det derfor virke som om adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK går ut over minstestandarden etter konvensjonen. I så fall er det betenkelig å gjøre forskjell på EMK og BK.

En av de senere sakene om fastsettelsesdom for brudd på EMK, er Rt. 2015 s. 93 A (Mariasaken). En kenyansk kvinne som mottok avslag på søknad om familiejenforening med sin fem år gamle norske datter, anla søksmål med påstand om at vedtaket om avslag var ugyldig. Samtidig ble det nedlagt påstand om at vedtaket var «i strid med» EMK artikkel 8.¹⁹² Staten anførte at kravet om fastsettelsesdom måtte avvises, da forholdet uansett ble prejudisielt avgjort ved ugyldighetsspørsmålet. Høyesterett var ikke enig i dette. Det ble vist til 2011-dommen samt plenumsdommen fra 2012, og lagt til grunn at krav om fastsettelsesdom kunne gjøres til gjenstand for søksmål. Den ovennevnte uenigheten mellom departementet og Tvistemålsutvalget, om hvorvidt adgangen til fastsettelsesdom avhenger av om konvensjonskrenkelsen avgjøres på annet vis, behandles imidlertid ikke av Høyesterett.¹⁹³ Uenigheten behandles heller ikke i de to avgjørelsene, fra henholdsvis 2011 og 2012, det vises til i Mariasaken.

I HR-2016-2178-U kommer ankeutvalget til et liknende resultat som i Mariasaken. Saken gjaldt erstatning grunnet urettmessig tilbakeholdelse ved legeundersøkelse. I tillegg var det nedlagt

¹⁹¹ NOU 2001: 32 s. 161 og 200. Oppfatningen ser ut til å være i tråd med praksis fra EMD, se note 175.

¹⁹² Avsnitt 23.

¹⁹³ Mariasaken har av den grunn blitt kritisert i teorien, se Robberstad (2016a) s. 57–61, særlig s. 59–60. Etter mitt syn, er kritikken berettiget.

påstand med krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK. Utvalget la raskt til grunn at spørsmål om brudd på EMK kan gjøres til gjenstand for fastsettelsessøksmål, og understreket at det avgjørende for om søksmålet fremmes er vilkårene i tvisteloven § 1-3 annet ledd. Her må man forstå Høyesteretts ankeutvalg som at krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK er et rettskrav, uten ytterligere betingelser. Videre uttaler utvalget at kravet om fastsettelsesdom kan reises parallelt med kravet om ugyldighet fordi dette «bidrar til å reparere menneskerettskrenkelsen».¹⁹⁴

Gjennomgangen over viser at det er uklart om adgangen til fastsettelsessøksmål for en inkorporert menneskerettighetskonvensjon er et resultat av konvensjonenes prosessuelle krav, eller intern norsk rett. Mye tyder likevel på at den internnorske rettstilstanden har beveget seg i liberaliserende retning, og at det er en adgang til fastsettelsesdom ut over konvensjonenes minstekrav til effektivt rettsmiddel. Utviklingen ser i hovedsak ut til å dreie seg om at Høyesterett, med støtte fra Tvistemålsutvalget, mener fastsettelsesdom for en menneskerettighetskrenkelse har en slik symbolsk verdi at dommen kan bidra til å reparere konvensjonskrenkelsen. Symbolverdien og reparasjonsvirkningen av en fastsettelsesdom inngår med andre ord som et relevant hensyn i tolkningen av hva som kan gjøres til gjenstand for søksmål etter tvisteloven § 1-3 første ledd.

4.4 Overføringsverdien til menneskerettighetene i Grunnloven

4.4.1 Introduksjon

Drøftelsene i punkt 4.3 viste at den symbolske verdien og reparerende virkningen av en avgjørelse er relevante hensyn når adgangen til fastsettelsesdom for brudd på en menneskerettighetskonvensjon skal vurderes. Spørsmålet under punkt 4.4.2, blir derfor om tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende ved brudd på Grunnlovens menneskerettigheter. Grunnet den ovennevnte usikkerheten rundt betydningen av konvensjonenes prosessuelle krav,

¹⁹⁴ Avsnitt 16.

vil jeg i punkt 4.4.3 drøfte om Grunnloven oppstiller en rett til et effektivt rettsmiddel, og hvordan en slikt rett eventuelt påvirker adgangen til fastsettelsesdom.

4.4.2 Symbolverdi og reparasjonseffekt av en fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven

For å kunne sammenlikne symbolverdien og reparasjonseffekten av en dom for grunnlovsbrudd med en dom for konvensjonsbrudd, må det først undersøkes hva som medfører at dom for konvensjonsbruddet har en symbolsk og reparerende virkning. De konvensjonsfestede menneskerettighetene inneholder blant annet regler om enkeltindividets *grunnleggende rettigheter*.¹⁹⁵ Menneskerettighetene kan derfor, på grunn av sin art, ha en særlig symbolsk betydning. Dessuten kan motstridsklausulen i menneskerettighetsloven § 3 være en indikasjon på at menneskerettighetskonvensjonene er ansett for å være særlig viktige regler. Reglene i menneskerettighetskonvensjonene kan derfor ha symbolsk betydning både på grunn av reglens art, og mer formelt fordi reglene som utgangspunkt skal prioriteres foran annen motstridende formell lov.

Dersom man legger til grunn at brudd på en menneskerettighetskonvensjon har symbolsk betydning på grunn av regelens art, taler gode grunner for at det samme gjelder for menneskerettighetene i Grunnloven: Også menneskerettighetene i Grunnloven inneholder regler om enkeltindividets grunnleggende rettigheter.¹⁹⁶ Dessuten må synspunktet om at formelle uttrykk for regelens viktighet kan medføre en symbolverdi, også gjelde for Grunnloven. Som nevnt i punkt 3.3.2, medfører Grunnlovens overordnede posisjon i rettssystemet at reglene må ansees særlig viktige. I motsetning til menneskerettighetskonvensjonene som, til tross for motstridsklausulen, må ansees som formell

¹⁹⁵ I NOU 1993: 18 (forarbeidene til menneskerettighetsloven) på s. 20 beskriver utvalget menneskerettigheter som «grunnleggende krav til individets stilling».

¹⁹⁶ Dokument 16 s. 43 med videre henvisning til NOU 1993: 18.

lov, har Grunnloven en overordnet *rang*.¹⁹⁷ Dette fremstår også uttrykkelig som en del av Menneskerettighetsutvalgets motivasjon for å utvide menneskerettighetskatalogen i Grunnloven: Utvalget fremhever blant annet at grunnlovsfestingen av menneskerettighetene vil medføre at reglene vernes av saksbehandlingsreglene for grunnlovsendring jf. Grunnloven § 121, og dermed vanskeligere kan undergraves av politiske impulser.¹⁹⁸ Det er altså liten tvil om at det formelle vernet som skapes ved å grunnlovsfeste en regel, var et viktig hensyn bak grunnlovsrevisjonen. Tatt i betraktning den formelle og symbolske verdien menneskerettighetene i Grunnloven synes å ha, har det formodningen mot seg å legge til grunn at det ikke har en selvstendig symbolverdi for saksøker å få avgjort av en domstol om reglene er brutt. Dersom Høyesterett og Tvistemålsutvalget mener krav om fastsettelsesdom for brudd på en menneskerettighetskonvensjon bør fremmes grunnet den symbolske verdien en slik dom kan ha, er det vanskelig å se hvorfor det samme ikke må gjelde for krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnlovens menneskerettigheter.

Materielt sett er mange av reglene også svært like. Som eksempel kan Grunnloven § 102, om retten til privat- og familieliv, brukes. Regelen har sterke likhetstrekk med, og er tydelig inspirert av, EMK artikkel 8.¹⁹⁹ Likhetstrekket mellom reglene medfører alene at det har formodningen mot seg å legge opp til en ulik prosessuell behandling.²⁰⁰ En sentral forskjell mellom bestemmelsene er at Grunnloven § 102, i motsetning til EMK artikkel 8, er en regel av konstitusjonell rang. Et brudd på Grunnloven § 102 må da ha en minst like sterk symbolvirkning som et brudd på EMK artikkel 8. Grunnloven § 102 (og EMK artikkel 8) inneholder regler som skal verne enkeltpersoners personlige integritet mot overgrep fra staten. En dom der domstolen

¹⁹⁷ En regels hierarkiske rang, bestemmes av kompetansenormen regelen vedtas etter. Menneskerettighetsloven er vedtatt etter prosedyrene i Grunnloven §§ 76–79 og har formell lovs rang, i motsetning til grunnlovsbestemmelsene som gjennom prosedyrene i Grunnloven § 121 får grunnlovs rang. En motstridsklausul endrer ikke dette. Se Arnesen og Stenvik (2015) s. 55–56 (forfatterne bruker betegnelsen «trinnhøyde» på samme måte som jeg bruker hierarkisk rang).

¹⁹⁸ Dokument 16 s. 48.

¹⁹⁹ Aall (2018) s. 214, i samme retning Smith (2017) s. 330.

²⁰⁰ I samme retning Bårdsen (2015a) avsnitt 21.

fastslår krenkelsen i domsslutningen kan ha den virkningen at de krenkede partene føler seg hørt; de får et plaster på såret ved at myndighetene, ved domstolen, innrømmer krenkelsen. Det er nærliggende at det også er denne typen symbolvirkning Høyesteretts ankeutvalg sikter til når det i HR-2016-2178-U uttales at en fastsettelsesdom kan bidra til å reparere en krenkelse.²⁰¹ Det er vanskelig å se gode grunner for at Grunnloven § 102 skal komme i en annen posisjon enn EMK artikkel 8 på dette punktet. Begge reglene gjelder en krenkelse av individets personlige integritet. En fastsettelsesdom der domstolen slår fast hvilke feil staten har gjort, vil ha en vel så stor symbolsk betydning, og i vel så stor grad kunne reparere en krenkelse, dersom det er Grunnloven § 102 som er krenket. Når de hensyn som begrunner adgangen til fastsettelsesdom for brudd på en konvensjonsregel, også er relevante for Grunnlovens menneskerettigheter, virker det lite konsekvent å ikke tillate krav om fastsettelsesdom for Grunnloven § 102. Dette vil medføre en underlig rettstilstand der partene tvinges til å ta i bruk en transnasjonal konvensjon i stedet for en tilsvarende norsk regel, til tross for at den norske regelen er av høyere rang og er vedtatt nettopp for å gi rettighetene et sterkere vern enn konvensjonens regler kan tilby.

Situasjonen kan imidlertid bli en annen for Grunnloven § 112. Bestemmelsen om miljøvern skiller seg sterkt fra andre menneskerettigheter, for eksempel § 102. Det finnes ingen klar parallell til § 112 i EMK eller SP. Regelen oppstiller heller ikke rettigheter hvor en krenkelse typisk rammer enkeltpersoners personlige integritet direkte. Som nevnt i punkt 3.3.2, kan fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven § 112 ha en sterk symbolvirkning, men en slik dom har neppe den samme reparerende effekten som for andre «personlige» menneskerettigheter. At myndighetene, ved domstolen, slår fast hvilke feil som har blitt gjort, har ingen moralsk reparasjonseffekt. Det er derfor vanskelig å gi hensynene bak adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP, en klar overføringsverdi til spørsmålet om adgangen til fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven § 112.

²⁰¹ Avsnitt 16.

4.4.3 Sikreplikten i Grunnloven – en rett til effektivt rettsmiddel?

Som nevnt, viser drøftelsene i punkt 4.3 at det er uklart hvilken rolle konvensjonenes rett til et effektivt rettsmiddel har i forbindelse med adgangen til fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd. Spørsmålet i dette delkapittelet er derfor om Grunnloven inneholder regler om rett til et effektivt rettsmiddel, og hvordan disse reglene eventuelt påvirker adgangen til fastsettelsesdom for brudd på Grunnlovens menneskerettigheter.

Menneskerettighetskonvensjonene inneholder nærmere regler om at konvensjonsstatene plikter å sikre menneskerettighetene på nasjonalt nivå. Sikreplikten har flere sider. For eksempel kan sikreplikten medføre at konvensjonsstaten må sørge for en tilstrekkelig lovgivning, herunder straffelovgivning, for blant annet å forebygge krenkelser av konvensjonen.²⁰² EMK artikkel 1, SP artikkel 2 nr. 1 og BK artikkel 2 knesetter sikreplikten. Som allerede nevnt, inneholder flere av konvensjonene også en rett til et effektivt rettsmiddel (i henholdsvis EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3, mens tilsvarende rett ikke finnes i BK). Retten til et effektivt rettsmiddel, er en form for prosessuell sikreplikt.²⁰³ I Grunnloven uttrykkes sikreplikten i § 92 hvor det fremgår at «[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov». Spørsmålet i det videre blir derfor hva sikreplikten i Grunnloven § 92 innebærer, herunder om den oppstiller prosessuelle krav som kan påvirke adgangen til fastsettelsesdom for brudd på bestemmelsene i Grunnloven kapittel E.

Ordlyden i Grunnloven § 92 gir ikke eksplisitt uttrykk for at bestemmelsen oppstiller noen prosessuell sikreplikt tilsvarende den man finner i EMK artikkel 13 og SP artikkel 2. Det er imidlertid nærliggende å forstå ordlydens flertallsform, «[s]tatens myndigheter», som at ansvaret for å sikre og respektere er bredt, herunder at domstolen omfattes. Å legge til grunn at pliktene etter Grunnloven § 92 tilligger domstolen er selvsagt ikke kontroversielt, og er helt i tråd med prøvingsretten i Grunnloven § 89 som understreker at «domstolene [har] rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot

²⁰² Aall (2018) s. 59.

²⁰³ Aall (2018) s. 87.

Grunnloven». Det kan derfor ikke være tvil om at plikten som ligger i Grunnloven § 92, etter omstendighetene, må ivaretas av domstolen.

Grunnloven § 92 har som nevnt ordlyden «respektere og sikre menneskerettighetene», og kan minne om sikreplikten i EMK artikkel 1 med ordlyden «secure [...] the rights and freedoms», og SP artikkel 2 med ordlyden «to respect and to ensure [...] the rights». Likhetstrekkene mellom sikreplikten i Grunnloven og sikreplikten i EMK og SP taler mot at Grunnloven § 92 også inneholder en form for rett til effektivt rettsmiddel; konvensjonene har jo nettopp en *særskilt* regel om dette, i tillegg til den alminnelige sikreplikten. På den andre siden kan det etter en språklig forståelse vanskelig sies at menneskerettighetene er sikret dersom statens myndigheter, for eksempel ved domstolen, ikke er villig til å prøve om rettighetene er opprettholdt i konkrete saker. Kort sagt virker det unaturlig å si at menneskerettighetene er sikret dersom det ikke gis anledning til et effektivt rettsmiddel ved eventuelle brudd.²⁰⁴

Som nevnt i punkt 4.3, har retten til et effektivt rettsmiddel i EMK artikkel 13 også en side til subsidiaritetsprinsippet. EMD er et subsidiært rettsmiddel: Brudd på EMK kan klages til EMD etter at nasjonale rettsmidler er uttømt, jf. EMK artikkel 35 nummer 1. Prosessordningen EMK bygger på, med en overnasjonal domstol som subsidierer nasjonale rettsmidler, kan ligge til grunn for et behov for en egen regel som sikrer effektiv nasjonal prøving. For reglene i Grunnloven er det Høyesterett som dømmer i siste instans jf. Grunnloven § 88 og § 90. Hensynet til subsidiaritetsprinsippet og prosessordningen med en overnasjonal domstol, nødvendiggjør derfor ikke særskilte regler om effektiv nasjonal prøving. At det av prosessuelle grunner ikke er behov for en særskilt regel om nasjonal prøvingsrett, kan ikke forstås som at det ikke gjelder noen rett til effektiv prøving av Grunnloven. At Grunnlovens kapittel E er en nasjonal regulering, taler derfor for at sikreplikten i § 92 kan tjene en liknende funksjon som konvensjonenes rett til et effektivt rettsmiddel.

²⁰⁴ I samme retning Skoghøy (2015a) s. 195 hvor han tar til orde for at Grunnloven § 92 gir en reparasjonsplikt. Se også Skoghøy (2017) s. 406 hvor det legges til grunn at det ikke lenger kan være tvil om adgangen til fastsettelsessøksmål for brudd på Grunnloven kapittel E etter vedtakelsen av § 92.

I forbindelse med grunnlovsrevisjonen drøftet Menneskerettighetsutvalget nødvendigheten av å vedta en egen regel om prosessuell sikreplikt, inspirert av konvensjonenes regler om retten til et effektivt rettsmiddel. Utvalget foreslo blant annet en bestemmelse med følgende ordlyd: «Det påligger statens myndigheter å sikre en effektiv prøving av menneskerettighetene for domstolene eller andre uavhengige organer».²⁰⁵ Utvalget viker imidlertid tilbake for å grunnlovsfeste en særskilt regel om effektivt rettsmiddel for fordi det er vanskelig å finne dekkende formuleringer for en slik regel. Det pekes særlig på at en vidtrekkende formulering av regelen vil kunne gi «urealistiske forventninger og grunnløse søksmål». Samtidig uttrykkes det at en snevrere formulering kan komme til å begrense domstolens eksisterende prøvingsrett, fordi retten til et effektivt rettsmiddel, i likhet med konvensjonsreglene, bør utformes slik at prøvingen ikke må utføres av en domstol.²⁰⁶ Her forstår jeg utvalget slik at retts tekniske hensyn gjør det vanskelig å grunnlovsfeste retten til effektivt rettsmiddel uten å risikere at domstolens prøvingsrett innsnevres, og at sistnevnte ikke er ønskelig. Oppsummerende legges det til grunn at det ikke er nødvendig å vedta en særskilt regel om rett til et effektivt rettsmiddel, fordi den generelle regelen om domstolsprøving i Grunnloven § 89 er tilstrekkelig.²⁰⁷ Det konkluderes altså med at det ikke er behov for en egen regel om retten til et effektivt rettsmiddel; ikke fordi det ikke er ønskelig med effektiv prøving av Grunnlovens menneskerettigheter, men fordi utvalget anser prøvingsadgangen tilfredsstillende ivaretatt ved andre regler.

I forbindelse med drøftelsene om retten til et effektivt rettsmiddel i Grunnloven, ser Menneskerettighetsutvalget også hen til rettstilstanden for fastsettelsesdom for brudd på menneskerettighetskonvensjonene. Med henvisning til tvistelovens forarbeider, uttales det at «rene fastsettelsessøksmål kan være aktuelle» og at «[t]vistelovens vilkår er at den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte, jf. tvisteloven § 1-3».²⁰⁸ Spørsmålet er behandlet av lagmannsretten: I LB-2016-8370 la Borgarting lagmannsrett,

²⁰⁵ Dokument 16 s. 85.

²⁰⁶ Dokument 16 s. 85–86. Om at retten til et effektivt rettsmiddel ikke innebærer krav om domstolsbehandling, se for eksempel EMDs avgjørelse *Golder mot Storbritania* [J] no. 4451/70 premiss 33 hvor det uttales at «Article 13 [...] speaks of an effective remedy before a ‘national authority’ [...] which may not be a ‘tribunal’ or ‘court’». Se også Aall (2018) s. 89.

²⁰⁷ Dokument 16 s. 86.

²⁰⁸ Dokument 16 s. 82.

med henvisning til den siterte delen av Menneskerettighetsutvalgets utredning, til grunn at det var adgang til fastsettelsesdom for brudd på deler av Grunnloven § 93 og § 94. Lagmannsretten ser ut til å legge betydelig vekt på at Grunnlovens menneskerettigheter bør ha samme prosessuelle stilling som konvensjonsrettighetene, for å oppnå harmoni i reglene om domstolsprøving. Avgjørelsen ble ikke anket til Høyesterett.

Etter min mening har det samlet sett formodningen mot seg å legge til grunn at prøvingsretten i Grunnloven § 89, sammenholdt med den generelle sikreplikten i Grunnloven § 92, skal gi et snevrere vern enn menneskerettighetskonvensjonenes rett til et effektivt rettsmiddel. Et slikt synspunkt er også forenlig med formålsbestemmelsen i Grunnloven § 2 hvor det i annet punktum slås fast at «[d]enne Grunnlov skal sikre [...] menneskerettighetene». Et overordnet mål med reglene i Grunnloven er med andre ord å sikre menneskerettighetene. Om domstolens prøvingsrett i § 89 skal bidra til å sikre Grunnlovens menneskerettigheter, slik både Grunnloven § 2 og § 92 foreskriver, må den praktiseres på en måte som gir partene et effektivt rettsmiddel mot brudd på rettighetene i kapittel E.

En fersk dom fra Høyesterett kan belyse spørsmålet om sikreplikten for Grunnlovens menneskerettigheter: I HR-2018-1909-A behandlet Høyesterett en sak om straff for voldtekt. Krav om oppreisningserstatning ble behandlet i samme sak. Den tiltalte ble dømt for grovt uaktsom voldtekt, men frikjent fra tiltalen om forsettlig voldtekt. En formulering i lagmannsrettens domsslutning om oppreisningsspørsmålet var egnet til å så tvil om hvorvidt den tiltalte var frikjent for den forsettlige delen av tiltalen. Tiltalte mente lagmannsrettens domsslutning krenket uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 annet ledd. Saken ble derfor anket, og det ble nedlagt påstand om oppheving av lagmannsrettens dom. Det ble ikke nedlagt påstand med krav om fastsettelsesdom for brudd på uskyldspresumsjonen i § 96 annet ledd. Høyesterett foretok en grundig drøftelse av uskyldspresumsjonen i Grunnloven, og la til grunn at denne var krenket.²⁰⁹ Retten la imidlertid til grunn at det ikke var nødvendig å oppheve lagmannsrettens dom fordi «resultatet ville ha blitt det samme ved en eventuell ny behandling

²⁰⁹ Avsnitt 66.

av spørsmålet».²¹⁰ Deretter uttalte Høyesterett at det var «riktig at krenkelsen og reparasjonen av denne fremgår av domsslutningen, selv om dette ikke tidligere har vært praksis i Høyesterett»,²¹¹ og avsa deretter dom med følgende domsslutning: «Lagmannsrettens domsgrunner for det sivile kravet krenker Grunnloven § 96 andre ledd. Krenkelsen anses reparert ved denne dom».

Avgjørelsen er en straffesak. Spørsmålet om hvorvidt uskyldspresumsjonen er brutt overfor tiltalte er imidlertid ikke et spørsmål om straff jf. straffeprosessloven § 1 jf. straffeloven § 29.²¹² Dette er et sivilt krav tiltalte har mot staten. Det kan derfor spørres hvorfor Høyesterett avgjør saken uten å trekke inn søksmålsbetingelsene i tvisteloven § 1-3. Av samme grunn kan det også stilles spørsmål ved hvorfor Høyesterett avsier dom for brudd på Grunnloven § 96, når partenes påstander ikke gir grunnlag for krav om slik dom. Etter sivilprosessens regler går retten her utenfor sin kompetanse etter tvisteloven § 11-2 første ledd som slår fast at retten «bare [kan] avgjøre de krav som er reist i saken» og at «[a]vgjørelsen må ligge innenfor rammen av de påstander partene har nedlagt». Når krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven ikke var tvistegjenstand i saken, må man forstå Høyesterett som at uskyldspresumsjonen er en rettergangsgaranti som domstolen kan (og skal) prøve *ex officio*. Domstolen må med andre ord ta stilling til spørsmålet, og konstatere en eventuell krenkelse, uavhengig av partenes påstander.

At domstolen har en *ex officio* rett og plikt å prøve om uskyldspresumsjonen er krenket, og avsi fastsettelsesdom for en eventuell krenkelse, forutsetter etter mitt syn en viss prosessuell sikreplikt. Det sentrale spørsmålet blir da hvor omfangsrik sikreplikt HR-2018-1909-A gir uttrykk for.

Det er nærliggende at avgjørelsen har prejudikatsverdi ved nye saker der det kreves fastsettelsesdom for brudd på uskyldspresumsjonen i Grunnloven. Uskyldspresumsjonen er en sentral rettergangsgaranti, og en rettighet som har stor betydning ved domstolsbehandling i straffesaker. Om det først skulle skje en krenkelse, er det derfor ikke unaturlig at denne skjer i forbindelse med en domstolsbehandling. Det virker av den grunn hensiktsmessig at domstolen

²¹⁰ Avsnitt 66.

²¹¹ Avsnitt 66.

²¹² Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

selv påser at regelen følges. Dersom regelen krenkes i en underinstans' domsslutning, slik tilfellet var i 2018-avgjørelsen, er det også lett å være enig med Høyesterett i at en fastsettelsesdom for krenkelsen er et effektivt reparasjonsmiddel: Når krenkelsen skjer ved domsslutning, virker det rimelig at krenkelsen rettes opp ved at overinstansen konstaterer feilen i ny domsslutning. Det kan også tenkes at saken har overføringsverdi til krav om fastsettelsesdom for andre rettergangsgarantier i Grunnloven. På samme måte som for uskyldspresumsjonen, vil også andre rettergangsgarantier typisk krenkes i forbindelse med en (manglende) rettergang, og da kan fastsettelsesdom for krenkelsen være et effektivt reparasjonsmiddel.

Det er imidlertid mer usikkert hvilken betydning saken har for krav om fastsettelsesdom for andre rettigheter i Grunnloven. Dersom det ikke er snakk om en rettergangsgaranti som domstolen av eget tiltak bør påse at følges, må partene selv nedlegge påstand med krav om dom for krenkelsen. Det avgjørende blir da om vilkårene i tvisteloven § 1-3, særlig første ledd, er innfridd. Tvisteloven § 1-3 er ikke tema i den nevnte saken. Det er derfor mer tvilsomt om 2018-saken har overføringsverdi til andre regler enn rettergangsgarantier. En overføringsverdi til Grunnloven § 102 eller § 112 kan det for eksempel neppe være snakk om, selv om dommen selvsagt ikke er til *hinder* for at Grunnlovens sikreplikt kan gjelde også for disse bestemmelsene.

4.5 Oppsummering

Drøftelsene i kapittel 4 viser at det er noe uklart om adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP er et resultat av norsk rett eller konvensjonenes krav til et effektivt rettsmiddel. På den ene siden virker det som Høyesterett er tilbøyelig til å tillate fastsettelsesdom ut over konvensjonenes krav. En slik adgang må naturligvis knytte seg til norsk rett. På den andre siden viser plenumsavgjørelsen inntatt i Rt. 2012 s. 2039 P, der fastsettelsesdom for brudd på BK avvises, at konvensjonenes rett til et effektivt rettsmiddel har betydning ved tolkningen av søksmålsbetingelsene i tvisteloven. En mulig forståelse av de ulike avgjørelsene er at Høyesterett strekker seg særlig langt dersom konvensjonen først krever et effektivt rettsmiddel: I de tilfellene konvensjonen inneholder regler om prosessuell sikreplikt, aksepteres krav om fastsettelsesdom, selv om konvensjonen ikke krever slik dom i den konkrete saken. På motsatt side: Dersom konvensjonen ikke inneholder krav til et effektivt rettsmiddel, aksepteres ikke

fastsettelsesdom for krenkelse i det hele tatt. En løsning der Høyesterett strekker seg lenger enn konvensjonen krever (dersom konvensjonen først oppstiller prosessuelle krav), kan ikke utelukkende være et resultat av konvensjonens regler. En slik «enten eller»-løsning må av den grunn også knytte seg til innholdet i norsk rett, og er i tråd med Tvistemålsutvalgets ønske om å unngå inkonsekvente og unødig formelle løsninger.²¹³

Samlet sett er det mye som tyder på at adgangen til fastsettelsesdom for brudd på en menneskerettighetskonvensjon er et resultat av norsk rett heller enn konvensjonens regler. I så fall bør Grunnlovens menneskerettigheter gis tilsvarende prosessuell stilling. Som nevnt i punkt 4.4.2, er det underlig om den internnorske regelen, av konstitusjonell rang, skal settes i en svakere prosessuell posisjon enn tilsvarende konvensjonsregler, dersom slik differensiering ikke kan begrunnes i regler eller hensyn som utledes fra konvensjonen.

Videre viser drøftelsene i punkt 4.4.3 at hensynet bak Grunnlovens og menneskerettighetskonvensjonenes regler om sikreplikt, taler for at sikreplikten i Grunnlovens også inneholder en rett til effektiv prøving av menneskerettighetene i kapittel E. Dette til tross for fraværet av en særskilt bestemmelse om dette. Forutsatt at adgangen til fastsettelsesdom for brudd på en menneskerettighetskonvensjon knyttes til konvensjonens prosessuelle krav, bør det samme gjelde for Grunnloven dersom også denne inneholder en rett til effektiv prøving. Ett av formålene med grunnlovsreformen i 2014 var å løfte viktige menneskerettigheter opp på Grunnlovs nivå, og dermed verne reglene mot kortvarige politiske impulser.²¹⁴ Da virker det lite konsekvent å gi Grunnlovens menneskerettigheter en svakere prosessuell stilling enn tilsvarende regler i menneskerettighetskonvensjonene. I så fall kan kortvarige politiske impulser undergrave den *reelle muligheten til å påberope seg*, for eksempel, retten til privat- og familieliv, ved å endre menneskerettighetsloven og dermed angripe EMK artikkel 8.

Grunnlovens kapittel E, om menneskerettigheter ble vedtatt i 2014, etter vedtakelsen av tvisteloven i 2005. Det var derfor ikke naturlig for Tvistemålsutvalget eller departementet å ta

²¹³ NOU 2001: 32 s. 201.

²¹⁴ Dokument 16 s. 48.

opp spørsmålet om fastsettelsesdom for brudd på Grunnlovens menneskerettigheter i forbindelse med lovarbeidet, selv om det gjøres en relativt grundig drøftelse av de liknende spørsmål i EMK og SP.²¹⁵ Det er nettopp i slike tilfeller, når de materielle reglene gjennomgår betydelige endringer, at den rettslige standarden i tvisteloven § 1-3 får en viktig rolle.

²¹⁵ NOU 2001: 32 s. 200–202.

5 Kravet om konkretisering av søksmålgjenstanden

5.1 Introduksjon

Saker for domstolen dreier seg typisk om to eller flere parters uenighet om rettsstillingen tilknyttet et konkret faktisk forhold. Som nevnt i punkt 2.3, er det vanlig å operere med visse krav til konkretisering av søksmålgjenstanden. Krav om dom for at et bestemt forvaltningsvedtak er ugyldig vil for eksempel være tilstrekkelig konkretisert. Derimot vil krav om dom for at en regulering, på generelt grunnlag, strider mot en annen regulering, lettere betraktes som et krav uten tilstrekkelig konkretisering. Som betegnelse på søksmål der søksmålgjenstanden ikke er tilstrekkelig konkretisert, har man gjerne snakket om «abstrakte» eller «generelle» søksmål. Det er ikke et klart skille mellom konkrete krav på den ene siden, og abstrakte eller generelle krav på den andre siden. Det kan være ulike grader konkretisering. Det avgjørende er om partenes påstander er konkretisert i slik grad at domstolen ikke tvinges til å avsi dom med en generell eller abstrakt domsslutning.²¹⁶ Som nevnt i punkt 2.3 og 2.5, har den rådende oppfatningen i teorien vært at helt abstrakte krav ikke kan gjøres til gjenstand for søksmål.²¹⁷ I tvistelovens forarbeider omtales den gang gjeldende rett (rettstilstanden etter tvistemålsloven) som en «doktrine» mot abstrakte søksmål.²¹⁸ Det må derfor være grunnlag for å si at det er bred konsensus om at helt abstrakte krav som hovedregel ikke kan gjøres til gjenstand for søksmål. Målsetningen med kapittel 5 er derfor å undersøke i hvilken grad et krav om brudd på Grunnloven må konkretiseres.

²¹⁶ Etter tvisteloven § 19-6 syvende ledd skal dommer og kjennelser inneholde en «slutning som nøyaktig angir resultatet». Slutningen må ligge innenfor rammene av sakens krav og partenes påstander jf. tvisteloven § 11-2.

²¹⁷ Fra nyere litteratur blant andre Robberstad (2018) s. 98–99, Skoghøy (2017) s. 396 flg. Vangsnes (2018) s. 63.

²¹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 142.

Det er hensiktsmessig å sette av et eget kapittel for å drøfte problemstillingen fordi spørsmålet om konkretisering av søksmålsgjenstanden er særlig relevant i relasjon til grunnlovsbrudd: Grunnlovens posisjon som hierarkisk overordnet andre rettskilder gjør at en kan se for seg krav om dom for at en bestemt regel, på generelt grunnlag, strider mot Grunnloven.²¹⁹ Som nevnt i punkt 1.4, kan det sondres mellom spørsmål om enkelthendelsers eller handlingers grunnlovsmessighet, og normers grunnlovsmessighet. I kapittel 5, vil spørsmålet om normers grunnlovsmessighet være mest sentralt.

Drøftelsene gjøres under forutsetning om at det er adgang til å kreve fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven. For å presisere ytterligere hvorfor konkretisering av søksmålsgjenstanden er en problemstilling, redegjøres det først for relevante innvendinger mot adgangen til dom for generelle eller abstrakte krav. Deretter drøftes det hvilke hensyn som kan begrunne at generelle eller abstrakte krav likevel fremmes, og hvordan disse hensynene påvirker spørsmålet om konkretisering av krav om fastsettelsesdom for brudd på de utvalgte bestemmelsene i Grunnloven.

5.2 Innvendinger mot abstrakt krav

5.2.1 Introduksjon

I punkt 5.2 belyses innvendinger mot at domstolen kan behandle abstrakte krav, og relevansen og vekten av disse i relasjon til avhandlingens tema. Målsetningen er ikke en uttømmende fremstilling av alle momenter med betydning for om domstolen kan behandle generelle rettsspørsmål. Fremstillingen behandler innvendinger som er relevante for spørsmålet konkretisering når grunnlovsbrudd gjøres til gjenstand for søksmål. To overordnede temaer er hvilke typer saker domstolen er *egnet* til å ta stilling til, og hvilken *rolle* domstolen har i samfunnet. Temaene behandles i henholdsvis punkt 5.2.2 og 5.2.3. De utvalgte bestemmelsene

²¹⁹ Se også Smith (2017) s. 282 hvor abstrakt grunnlovskontroll omtales som spørsmål om en bestemmelse «*i seg selv* er i strid med konstitusjonen» (forfatterens kursivering).

i Grunnloven brukes som eksempler der dette er hensiktsmessig i punkt 5.2, mens en mer konkret fremstilling av bestemmelsene hører under punkt 5.3.

5.2.2 Domstolens egnethet som innvending mot abstrakte krav

5.2.2.1 Domstolens behov for illustrasjonsmateriale

Spørsmålet i dette delkapittelet er om konkretisering av søksmålsgjenstanden er nødvendig fordi domstolen har behov for illustrasjonsmateriale når den tar stilling til et krav. Juss er sterkt tilknyttet de faktiske forholdene i et samfunn. Det kan være vanskelig å ta stilling til et rettsspørsmål uten å prøve vilkårene i det rettslige grunnlaget mot et bestemt faktum. Særlig dersom det er snakk om skjønsmessige vilkår, vil det være utfordrende å avgjøre rekkevidde av et rettslig grunnlag dersom man ikke kan subsumere dette med et faktum. En kan si at domstolen trenger en form for illustrasjonsmateriale, for å prøve om vilkårene i et rettslig grunnlag er innfridd eller ikke.²²⁰ Krav ikke er tilstrekkelig konkretisert, kan mangle det illustrasjonsmaterialet domstolen trenger for å ta stilling til saken.

Som nevnt i punkt 5.1, behandles særlig spørsmål vedrørende krav om at en generell regulering strider mot Grunnloven. Hvor stort behovet for illustrasjonsmateriale er, vil variere med hvilken regulering som påstås grunnlovsstridig. Som redegjørelsene i punkt 2.5 viste, er rettstilstanden omkring abstrakt legalitetsprøving av forvaltningsforskrifter mot formell lov i stor grad avklart. Forvaltningsforskrifter er generelle reguleringer vedtatt av forvaltningen, og har sterke likhetstrekk med formell lov.²²¹ For å illustrere variasjonen i domstolens behov for illustrasjonsmateriale, redegjøres det derfor først for domstolens behov for faktum ved abstrakt legalitetsprøving av forvaltningsforskrift. Deretter redegjøres det for domstolens behov for

²²⁰ I samme retning Eckhoff (2001) s. 201.

²²¹ Forvaltningsforskrifter gjelder «et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer» jf. lov 10. februar 1969 om behandlingsmåten i forvaltningssaker § 2 første ledd bokstav c.

faktum ved abstrakt legalitetsprøving av formell lov mot Grunnloven, med sikte på en sammenliknende drøftelse.

Spørsmålet om abstrakt prøving av forskrift kom opp i Burhønssakene.²²² Avgjørelsene er omtalt over i punkt 2.5. Jeg finner likevel grunn til en kort gjentakelse av saksforholdet her:

I Rt. 1984 s. 1488 U (Burhøns 1) anla Norges Dyrebeskyttelsesforbund søksmål mot staten (ved Landbruksdepartementet) med påstand om at en forskrift om hold av verpehøner i bur var ugyldig fordi den var i strid med gjeldende dyrevernlov. Søksmålet ble avvist med henvisning til at det «bare [er] rettsforhold eller rettigheter som kan være gjenstand for fastsettelsesdom» og at «[d]et har vært antatt at domstolene ikke kan avsi dom om den generelle gyldigheten eller abstrakte rekkevidden av en lovbestemmelse».²²³ Som konsekvens av at saken ble avvist, reiste Norges Dyrebeskyttelsesforbund ny sak, Rt. 1987 s. 538 U (Burhøns 2), hvor forbundet trakk en (tilfeldig) utvalgt hønsebonde inn i saken. Kjæremålsutvalget tillot saken fremmet, med begrunnelse i at «[s]øksmål med påstand om at den virksomhet en person driver i henhold til offentlige tillatelser er ulovlig og kreves brakt til opphør, må kunne reises mot den personen dom driver den påståtte lovstridige virksomhet».²²⁴ I den siste dommen i rekken, Rt. 1995 s. 1823 U (Burhøns 3), anla Dyrebeskyttelsen Norgenytt søksmål mot staten ved Landbruksdepartementet.²²⁵ Denne gangen gikk kravet ut på at staten ikke hadde kompetanse til å gi en bestemt forskrift, fordi denne var i strid med dyrevernloven. Også dette søksmålet ble avvist fordi kravet til søksmålgjenstand ikke var oppfylt.

Burhøns 1 og Burhøns 3 endte med avvisning fordi abstrakte krav ikke kunne være gjenstand for søksmål. I festskriftartikkelen med tittelen «Burhøns – en rettsfarse om avvisning?» retter Backer relativt sterk kritikk til de to første Burhønssakene.²²⁶ Han påpeker blant annet at avvisningen ikke kan begrunnes i at domstolen trenger et konkret faktum som illustrasjonsmateriale, fordi Burhønssakene gjaldt spørsmål om helt konkrete tallfestede vilkår.²²⁷ Backers kritikk virker treffende på dette punktet. Når regelen som er gjenstand for prøving, inneholder klare vilkår uten rom for bruk av skjønn, har det formodningen mot seg å

²²² Rt. 1984 s. 1488 U (Burhøns 1), Rt. 1987 s. 538 U (Burhøns 2) og Rt. 1995 s. 1823 U (Burhøns 3).

²²³ På s. 1490.

²²⁴ På s. 542.

²²⁵ Tidligere Norges Dyrebeskyttelsesforbund (frem til 1992).

²²⁶ Backer (1990) s. 191–201.

²²⁷ Backer (1990) s. 199.

legge til grunn at domstolen ikke har tilstrekkelig illustrasjonsmateriale til å prøve regelen. I tvistelovens forarbeider ble det tatt til orde for at abstrakt legalitetsprøving av forskrift bør tillates i videre utstrekning enn tidligere.²²⁸ Dersom man, på generelt grunnlag, skal tillate abstrakt legalitetsprøving av forskrifter, legges det forutsetningsvis til grunn at domstolen ikke har behov for et mer konkret faktum for å løse saken. Vedtakelsen av forskriften i seg selv er da tilstrekkelig illustrasjonsmateriale for å undersøke om vilkårene i en lov er brutt.²²⁹ Jeg har vanskelig for å se hvordan dette kan stille seg annerledes ved krav om at en forvaltningsforskrift, på generelt grunnlag, strider mot Grunnloven. Dersom vedtakelse av en forskrift utgjør tilstrekkelig illustrasjonsmateriale for at domstolen kan legalitetsprøve innholdet i den, bør det ikke spille noen rolle hvilken regel forskriften legalitetsprøves mot.

Et tilsvarende synspunkt ved prøving av formell lov opp mot Grunnloven, forutsetter at vedtakelse av loven, med dens vilkår og de motiver som ligger bak, er tilstrekkelig for å vurdere om loven står seg overfor Grunnloven. Dersom en lovbestemmelse inneholder klare vilkår, må dette tale for at vedtakelse av loven i seg selv er tilstrekkelig illustrasjonsmateriale. Det er mer problematisk dersom den aktuelle lovteksten inneholder skjønnsmessige vilkår. Vage og skjønnsmessige vilkår er ikke en uvanlig lovgivningsteknikk, og brukes ofte for å oppnå fleksibilitet i lovgivningen.²³⁰ Det er nettopp derfor forskrifter gjerne inneholder mer detaljerte regler.²³¹ Det er av den grunn mer tvilsomt om formell lov i seg selv gir domstolen det illustrasjonsmaterialet den trenger for å vurdere grunnlovsmessigheten.

Grunnloven § 112 kan illustrere problemet. Det vedtas for eksempel en lovbestemmelse som gir et forvaltningsorgan vid og skjønnsmessig kompetanse til å gi konsesjoner til miljøskadelig virksomhet. En miljøorganisasjon mener så at lovbestemmelsen åpner for konsesjoner som

²²⁸ NOU 2001: 32 s. 192 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 142.

²²⁹ I samme retning Skoghøy (2016) s. 79 og Skoghøy (2017) s. 398.

²³⁰ Slik tilfellet for eksempel er med tvisteloven § 1-3, se punkt 2.4.

²³¹ En forvaltningsforskrift vedtas etter reglene i forvaltningsloven, særlig kapittel 3 og 7, som er mer tidseffektive sammenliknet med saksbehandlingsreglene for formell lov jf. Grunnloven §§ 75-79. Om at forvaltningsforskrift gjerne inneholder detaljreguleringer, se Backer (2013a) s. 28 og Backer (2013b) s. 22. Se også Justisdepartementets lovavdelings veiledning «Lovteknikk og lovforberedelse - Veiledning om lov- og forskriftsarbeid» fra 2000 på s. 24.

krenker Grunnloven § 112. Siden lovbestemmelsen er skjønnsmessig, kan det være vanskelig for domstolen å avgjøre om den strider mot § 112. Domstolen må i så fall kartlegge den generelle rekkevidde av en skjønnsmessig lovbestemmelse, hvilket kan medføre betydelig utredningsarbeid. På den andre siden kan domstolen gjerne svare avkreftende på spørsmålet om grunnlovsstrid, dersom bestemmelsen åpner for skjønn: Domstolen må kunne forutsette at Grunnloven brukes i tolkningen av den skjønnsmessige lovbestemmelsen, slik at denne praktiseres i tråd med Grunnloven. Dersom forvaltningsorganet fatter vedtak i strid med Grunnloven, vil disse vedtakene kunne kjennes ugyldige. Men dette innebærer ikke at hjemmelsloven vedtakene er fattet etter, er grunnlovsstridig. Dess vagere et vilkår er, dess større er trolig tolkningsrommet når man skal avgjøre om vilkåret er i strid med Grunnloven. Det er derfor begrenset hvor skjønnsmessig en bestemmelse kan være utformet, og fortsatt være i strid med Grunnloven. Det er dermed ikke sikkert skjønnsmessige vilkår skaper særlige problemer relatert til domstolens behov for illustrasjonsmateriale.

Skillet mellom lovregelen og forskriftsregelen, ved spørsmålet om illustrasjonsmateriale, kan altså være mindre enn først antatt, også for lover med skjønnsmessige vilkår. Samtidig kan spørsmålet om formell lovs generelle grunnlovsmessighet, bero på en grundig analyse av et stort faktisk og rettslig materiale. Da blir domstolens behov for illustrasjonsmateriale i stor grad et spørsmål om domstolens evne til å drive utredning.

5.2.2.2 Domstolens evne og kapasitet til å utrede saken

Drøftelsene over viser at domstolens evne til å håndtere abstrakte krav, i stor grad vil avhenge av dens evne til å drive juridisk utredning. Spørsmålet i det videre blir derfor hvilken utredningsevne- og kapasitet domstolen har. Juridisk utredning av generelle spørsmål, er en arbeidsform med klare likhetstrekk til lovgivningsarbeid. Lovgiver har gjerne støtte fra utøvende makt (som ofte er initiativtaker til ny lovgivning), og tilhørende departementer. Selv om domstolen til en viss grad er i stand til å drive juridisk utredning,²³² må det være klart at utredningskapasiteten ikke er i nærheten av den man finner hos lovgiver.²³³ At domstolen ikke

²³² Høyesterett har eget utredningsapparat jf. lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene § 9. Se Schei (2015) s. 5.

²³³ I samme retning Eckhoff (2001) s. 201. Om lovgivers utredningsprosess se Backer (2013b) s. 32–42.

besitter det utredningsapparatet som trengs for å ta stilling til generelle rettsspørsmål, er derfor en innvending mot abstrakte krav.

Et motargument til at domstolens manglende utredningskapasitet er et problem, er at prosessordningen i Norge er lagt opp som en såkalt «partsprosess». Dette innebærer at partene i stor grad fritt styrer saken.²³⁴ Herunder har partene hovedansvaret for bevisførselen.²³⁵ Ordningen med at domstolen ikke har hovedansvaret for de faktiske sidene av saken, kan være en innvending mot at domstolen mangler utredningskapasitet, dette er jo nettopp partenes ansvar. Ved avgjørelsen av et abstrakt krav, er det imidlertid ikke noe konkret faktum som skal belyses. Alminnelig bevisførsel kan derfor være utilstrekkelig. Dersom domstolen skal ta stilling til abstrakte rettsspørsmål, har retten også behov faktiske opplysninger av empirisk eller statistisk art.²³⁶ Det fører for langt å gå nærmere inn på reglene om bevisførsel her. Slik jeg ser det må det likevel legges til grunn at den typen faktiske forhold retten har behov for dersom den skal ta stilling til abstrakte krav, medfører et betydelig behov for utredning; og dette gjelder selv om prosessordningen er lagt opp slik at partene har hovedansvaret for faktum.²³⁷

Problemet kan illustreres med tilsvarende eksempel som i delkapittelet ovenfor, om lovbestemmelsen som gir forvaltningsorganet kompetanse til å vedta konsesjoner. Dersom lovbestemmelsen skal angripes generelt, kan det tenkes at domstolen må kartlegge hvorvidt konsesjonsvedtakene påvirker miljøet i slik grad at det strider mot Grunnloven § 112. Det er

²³⁴ Backer (2015) s. 22.

²³⁵ Jf. tvisteloven § 11-2 annet ledd.

²³⁶ Empirisk og statistisk data er ofte del av lovgivers utredningsarbeid, for eksempel evalueringsrapporten etter prøveordning med rettsmekling som er å finne i NOU 2001: 32 s. 1133–1207, eller statistikken som er inntatt i NOU 2016: 24 på s. 731–738 i forbindelse med utarbeidelse av ny straffeprosesslov.

²³⁷ Som eksempel på utredningsbehovet, se den danske dommen UfR 1998. 800 H.D. Højesteret realitetsbehandlet et krav om at den danske loven som inkorporerer EU-traktatene i dansk rett, var i strid med den danske Grundloven. Saken endte med en over 70 sider lang dom med store mengder fakta, også av mer empirisk art. Sakens prosessuelle spørsmål, som ble avgjort av Højesteret i UfR 1996. 1300 H.D., er nærmere omtalt i punkt 5.3.4.

ikke vanskelig å se for seg at slik kartlegging forutsetter empiriske og statistisk data, herunder fakta tilknyttet klimapåvirkning, som klart er utenfor det domstolen vanligvis driver med.

Også sakens rettslige sider kan by på utfordringer ved abstrakte krav. Prosessordningen legger opp til at domstolen har hovedansvaret for det rettslige i saken jf. tvisteloven § 11-3. Etter første og annet punktum skal retten «av eget tiltak anvende gjeldende rettsregler», og skal «i samsvar med § 1-1 sørge for et betryggende avgjørelsesgrunnlag for rettsanvendelsen». At retten av eget tiltak plikter å sørge for rettsanvendelsen, innebærer at domstolen som utgangspunkt ikke kan pålegge partene å utrede sakens rettslige sider.²³⁸ Det vil riktignok være i partenes egen interesse å sørge for at sakens rettslige sider belyses. Domstolen har også en viss adgang til å bestemme at det skal føres bevis for rettsspørsmål jf. tvisteloven § 11-3 tredje punktum, og en adgang til å kreve at partene inngir skriftlige redegjørelser under saksforberedelsen, jf. tvisteloven § 9-9 tredje ledd. Den klare hovedregelen er likevel at domstolen, så langt det lar seg gjøre, selv er ansvarlig for sakens rettslige sider.²³⁹ Det er heller ingen garanti for at partene klargjør sakens rettslige sider med utgangspunkt i et objektivt og upartisk syn på jussen. At domstolen selv klargjør sakens rettslige sider, er etter mitt syn derfor best egnet til å ivareta hensynet til en «tillitskapende behandling av retts tvister gjennom [...] uavhengige og upartiske domstoler» jf. tvisteloven § 1-1 første ledd jf. § 11-3 annet punktum. En kan derfor si at prosessordningen forutsetter at domstolen skal ha evnen til å drive tilstrekkelig juridisk utredning. Tvisteloven § 11-3 gjør det således desto viktigere å trekke en grense for hvilke krav som kan gjøres til gjenstand for søksmål. Hvis ikke risikerer man at domstolen tvinges til å ta

²³⁸ Tvistemålsloven § 191 inneholdt en regel om at retten kunne pålegge partene å skaffe opplysninger om lokal sedvane og fremmed rett. Regelen ble ikke videreført i tvisteloven fordi Tvistemålsutvalget mente partenes egeninteresse i å klargjøre sakens rettslige sider gjør bestemmelsen overflødig, se NOU 2001: 32 s. 704.

²³⁹ Det kan tenkes unntak dersom det ikke er mulig for domstolen å skaffe seg kunnskap om sakens rettslige sider. Se Rt. 2009 s. 1537 A hvor Høyesterett la til grunn at saken kunne avgjøres etter norsk rett (til tross for at saken som utgangspunkt skulle avgjøres etter afghansk rett) fordi det ikke var «mulig å fremskaffe tilstrekkelig pålitelige opplysninger om innholdet i afghansk rett» (avsnitt 53).

stilling til saker den ikke er egnet til å avgjøre, i strid med intensjonene i tvistelovens forarbeider.²⁴⁰

En innvending mot at domstolen mangler evnen til å drive tilstrekkelig juridisk utredning, kan finnes i Grunnlovens § 83. Etter bestemmelsens ordlyd kan «Stortinget [...] innhente Høyesteretts betenkning om juridiske emner». Ordlyden «betenkning» kan ikke forstås som en dom, men heller som at Høyesterett uten domsvirkning kan meddele sitt syn på et rettsspørsmål. Det interessante med bestemmelsen, i forbindelse med domstolens kapasitet til å utrede abstrakte rettsspørsmål, er ordlyden «juridiske emner». Etter min mening må «emner» forstås så vidt at det ikke utelukker abstrakte rettsspørsmål.²⁴¹ At det er Stortinget som har initiativkompetansen til hvilke saker som eventuelt skal forelegges Høyesterett, støtter en slik forståelse av ordlyden: En betydelig del av stortingets arbeid dreier seg nettopp om (vedtakelsen av) generelle reguleringer, jf. Grunnloven § 75 bokstav a om Stortingets rolle som lovgiver. Det er derfor naturlig å forstå bestemmelsen slik at Stortinget, som ledd i lovgivningsprosessen, kan forelegge Høyesterett generelle rettsspørsmål.²⁴² Dersom Grunnloven § 83 åpner for at Høyesterett skal komme med betenkninger rundt abstrakte rettsspørsmål, må det forutsetningsvis legges til grunn at Høyesterett kan utrede spørsmålet i slik grad at disse kan besvares forsvarlig.

Det er imidlertid usikkert om Grunnloven § 83 kan ha noen påvirkning for spørsmålet om domstolens evne til å drive juridisk utredning, når det er snakk om adgang til å reise abstrakte søksmål etter tvisteloven § 1-3. Betenkninger etter Grunnloven § 83 distanserer seg i stor grad fra den alminnelige domstolsprosessen i tvisteloven. Betenkningens manglende domsvirkning kan forstås som at Høyesterett ikke opptrer som dømmende makt, men som et utredningsorgan som bistår lovgiver.²⁴³ Det er også grunn til å tro at lovgiver allerede har utredet spørsmålet i noen grad, dersom Høyesterett forelegges et lovgivningsspørsmål etter Grunnloven § 83.²⁴⁴ Til

²⁴⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 137.

²⁴¹ Også sammenliknet med ordlyden «rettskrav» (min kursivering) i tvisteloven § 1-3 virker det som Stortinget har en videre adgang til å forelegge Høyesterett et rettsspørsmål.

²⁴² Det utelukkes ikke med dette at Grunnloven § 83 kan benyttes når Stortinget utfører andre arbeidsoppgaver.

²⁴³ Se Andenæs og Fliflet (2017) s. 257 om at en betenkning etter § 83 ikke har domsvirkning.

²⁴⁴ Lovforslaget forelegges gjerne Stortinget etter at utredningsarbeidet er utført.

slutt må det også understrekes at Høyesteretts eventuelle utredningskapasitet på ingen måte medfører at de underordnede domstolene har den samme kapasiteten. Prosessordningen i tvisteloven legger opp til at alle saker starter i en underinstans. Man kan derfor ikke utelukke problemer tilknyttet domstolens utredningskapasitet, ved å vise til at Høyesterett i noen tilfeller kan drive juridisk utredning.

Drøftelsene over viser at domstolens utredningskapasitet er en viktig innvending mot adgangen til å reise abstrakte krav. I det videre behandles et tema som har nær sammenheng med domstolens manglende utredningskompetanse: hvilken rolle domstolen har, eller er ment å ha, i samfunnet.

5.2.3 Domstolens samfunnsrolle som innvending mot abstrakte krav

5.2.3.1 Makt- og arbeidsfordeling mellom ulike statsorganer

Temaet for dette delkapittelet er om, og i hvilken grad, makt- og arbeidsfordeling mellom ulike statsorganet medfører at søksmålgjenstanden må konkretiseres. En innvending mot domstolens adgang til å besvare generelle rettsspørsmål, er at slike spørsmål er en lovgiveroppgave.²⁴⁵ Kort og forenklet kan man si at lovgiver (og forvaltningen etter lovgivers delegasjon) vedtar generelle reguleringer, og domstolen anvender reguleringene i konkrete saker. At de ulike statsorganene rent faktisk deler på arbeidsoppgavene på en gitt måte, kan etter min mening ikke alene begrunne en skranke for hva som kan gjøres til gjenstand for søksmål. Arbeidsfordelingen er imidlertid normativt begrunnet i prinsippet om maktfordeling. Maktfordelingsprinsippet er forankret i Grunnlovens system.²⁴⁶ Kjernen i prinsippet er at makt skal stanse makt, og at det derfor må kreves en viss uavhengighet mellom de ulike

²⁴⁵ Se Smith (2017) s. 282 hvor det også fremgår at land som aksepterer abstrakt normkontroll gjerne publiserer slike avgjørelser på lik linje med lovvedtak.

²⁴⁶ Jf. Grunnlovens kapittel B, C og D. Nærmere om maktfordelingsprinsippet Bernt og Mæhle (2007) s. 151 flg. og Smith (2017) s. 161–169.

maktorganene.²⁴⁷ I lys av den grunnlovfestede maktfordelingen er det uheldig om statsmaktene trår hverandres oppgaver for nært. På samme måte som over i punkt 5.2.2.1, må imidlertid også problemene tilknyttet maktfordeling nyanseres etter hvilken regulering som angripes som grunnlovsstridig.

Dersom det er snakk om abstrakt legalitetsprøving av forvaltningsforskrift, kan ikke problemet være særlig stort. En forvaltningsforskrift er en generell regulering, vedtatt av utøvende myndighet med hjemmel i formell lov.²⁴⁸ Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 knesetter at forvaltningens inngrep må forankres i en regel som vedtas av lovgiver, og er derfor uttrykk for en ønsket maktfordeling mellom lovgiver og forvaltningen.²⁴⁹ Det er med andre ord lovgivers eksklusive rett å bestemme når og i hvilken grad myndighetene skal kunne gjøre inngrep overfor borgerne.²⁵⁰ Dersom domstolen erklærer en forskriftsbestemmelse i strid med Grunnloven, gjør ikke domstolen annet enn å påse av utøvende myndighet handler i tråd med grensene lovgiver har oppstilt. Jeg har derfor vanskelig for å se at en legalitetsprøving av forvaltningsforskrift er prinsipielt betenkelig i lys av maktfordelingsprinsippet.

Dersom domstolen erklærer en bestemmelse i formell lov i strid med Grunnloven, er det imidlertid nærmest snakk om underkjennelse av lovgivers arbeid. Stortinget, med sine 169 folkevalgte representanter, er det statsorganet som gir det bredeste uttrykket for folkeviljen.²⁵¹ Rollefordelingen mellom Stortinget og domstolen har således også en side mot demokratiet. Formålsbestemmelsen i Grunnloven § 2 uttrykker blant annet at «[d]enne Grunnlov skal sikre demokratiet», jf. annet punktum. Etter mitt syn medfører dette at man må være svært varsom

²⁴⁷ Smith (2017) s. 162.

²⁴⁸ Jf. Grunnloven § 113 og forutsetningsvis forvaltningsloven § 38 første ledd bokstav a.

²⁴⁹ I samme retning Smith (2017) s. 273.

²⁵⁰ Se for eksempel HR-2018-1907-A om Forsvarets kompetanse til å forby utvidelse av et fiskeoppdrettsanlegg plassert i militær forbudssone. I avsnitt 103 uttalte mindretallet at «kjernen i legalitetsprinsippet, sett fra et forfatningsrettslig synspunkt, er den eksklusive kompetansen det gir Stortinget til å gi hjemmel for inngrep i borgernes rettssfære».

²⁵¹ Jf. Grunnloven § 57.

med å trå lovgivers oppgaver for nært. Sammenliknet med abstrakt prøving av forvaltningsforskrifter, blir situasjonen derfor en helt annen når det er snakk om abstrakt prøving av formell lov.²⁵²

På den andre siden kan prøving av formell lov opp *mot Grunnloven* utgjøre en kontrollmekanisme, også dersom prøvingen skjer på abstrakt plan. Når Stortinget vedtar formell lov, må vedtaket skje innenfor Grunnlovens rammer. Dette gjelder selvsagt uavhengig av at Stortinget representerer folkeviljen. Dersom folkeviljen ønsker en lovendring i strid med Grunnloven, må Stortinget endre den motstridende regelen etter prosedyrene i Grunnloven § 121. At Grunnloven danner rammer for hva Stortinget kan vedta, kan også betegnes som en form for maktfordeling: Grunnloven er overordnet de ulike statsorganene, herunder Stortinget. Dette skillet kan betegnes som horisontal og vertikal maktfordeling.²⁵³ Den vertikale maktfordelingen representerer forholdet mellom Grunnloven og de underliggende statsmakter. Den horisontale maktfordelingen representerer forholdet mellom de ulike statsorganene. Grunnloven bygger på en forutsetning om at det kun er folket kan gjøre grunnlovsendringer, jf. § 121 jf. § 49 første ledd første punktum, slik at folkesuvereniteten troner på toppen av den vertikale maktfordelingen. Grunnloven binder altså statsorganene på en måte som kan gjøre det betenkelig å avfeie abstrakte søksmål med en rask henvisning til den horisontale maktfordelingen mellom de ulike statsmaktene. Domstolens rolle som kontrollmekanisme kan tvert om bidra til å gjøre maktfordelingen og folkesuvereniteten effektiv, ved å påse at lovgiver holder seg innenfor Grunnlovens rammer.

Videre har domstolen ingen initiativkompetanse, men trer i kraft etter partenes ønske, og må dessuten holde seg innenfor rammen av partenes prosesshandlinger jf. tvisteloven § 11-2. Domstolens reelle anledning til å uttale seg om generelle spørsmål vil derfor være begrenset til partenes prosesshandlinger. En adgang til abstrakte krav om dom for brudd på Grunnloven vil således neppe medføre en maktforskyvning som kan misbrukes av domstolen. Dette utelukker

²⁵² I samme retning Backer (2015) s. 211.

²⁵³ Holmøyvik (2012) s. 129 og Smith (2017) s. 162.

imidlertid ikke at saker bringes til domstolen med ønske om et politisk motivert resultat. En adgang til abstrakt dom for grunnlovsbrudd kan derfor medføre en maktforskyvning som kan gi en uheldig mulighet for å bruke domstolen som middel til politisk omkamp.

For tiden verserer det en sak mellom staten og den politiske organisasjonen Nei til EU. Saken gjelder norsk tilknytning til EUs tredje energimarkedspakke gjennom den såkalte ACER-avtalen. Stortinget besluttet norsk tilknytning til ACER ved alminnelig flertall etter Grunnloven § 26 annet ledd.²⁵⁴ Nei til EU mener tilknytning til ACER medfører en så betydelig suverenitetsfraskrivelse at den ikke kunne skje etter § 26 annet ledd, og har derfor reist søksmål hvor blant annet grunnlovsmessigheten av Stortingets vedtak er tema. Tilslutningen til ACER-avtalen var politisk omstridt, og det er neppe overraskende at Nei til EU har klare politiske preferanser omkring spørsmålet. Saken er derfor et eksempel på at saksøker kan beskyldes for å bruke domstolen til en form for politisk omkamp.²⁵⁵

Drøftelsene viser at hensynet til makt- og arbeidsfordeling kan være en innvending mot krav om abstrakt dom for brudd på Grunnloven, særlig dersom formell lov angripes som grunnlovsstridig. Samtidig kan prinsippet om maktfordeling ha flere perspektiver, og domstolens kontroll med formell lov kan utgjøre en viktig kontrollmekanisme.

5.2.3.2 Om Grunnlovens bestemmelser om domstolsprøving åpner eller stenger for abstrakte krav

I avsnittene over drøftes domstolens funksjon i samfunnet i lys av Grunnlovens system. I dette punktet er temaet Grunnlovens egne bestemmelser om domstolens prøvingsrett, og om disse bestemmelsene åpner eller stenger for en adgang til abstrakt krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven. Av Grunnloven § 89 fremgår det at «[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». Grunnloven § 89 kodifiserer tidligere konstitusjonell sedvanerett om domstolens prøvingsadgang.²⁵⁶ Etter den tidligere ulovfestede prøvingsretten,

²⁵⁴ Stortingsvedtak nr. 569 av 22. mars 2018.

²⁵⁵ Viser til stevning fra Nei til EU datert 8. november 2018 tilgjengelig på <https://neitileu.no/aktuelt/nei-til-eu-saksoker-erna-solberg> (sist lest 1. juni 2019). Saken er berammet av Oslo tingrett til 23. september 2019.

²⁵⁶ Dokument 16 s. 78.

var det kun adgang til konkret prøving. Det må derfor være klart forutsatt at kodifiseringen er ment å gjelde en konkret prøvingsrett, selv om dette vanskelig kan leses ut av bestemmelsens ordlyd. Ordlyden kan tvert om trekke i motsatt retning: Prøvingsretten gjelder «lover og andre beslutninger».²⁵⁷ Formuleringen «lover» kan indikere at domstolen kan prøve en formell lov generelt.²⁵⁸ Etter min mening er det ikke forsvarlig å lese ordlyden så direkte. Et slikt tolkningsresultat vil stride mot Menneskerettighetsutvalgets forutsetninger og tidligere konstitusjonell sedvanerett.

Dersom man legger til grunn at Grunnloven § 89 gjelder konkret prøvingsrett, slik Menneskerettighetsutvalget ser ut til å forutsette, kan en mulig motsetningsslutning være at Grunnloven § 89 er til hinder for en abstrakt prøvingsrett.²⁵⁹ Etter mitt syn er imidlertid ikke en slik antitese forsvarlig. For det første gir bestemmelsens ordlyd ingen støtte for en slik slutning, ordlyden trekker, som nevnt, tvert om i motsatt retning. For det andre er det lite som tilsier at bestemmelsen er ment å være en avgrensning av domstolens prosessuelle handlerom med tanke på hvilke typer krav domstolen kan behandle. Det er derfor nærliggende å forstå Grunnloven § 89 som at det kun er snakk om en kodifisering av domstolens plikt til å dømme i tråd med Grunnloven. Dersom flere rettslige grunnlag er anvendelige i en sak, kan ikke domstolen med viten og vilje anvende et grunnlag som strider mot Grunnloven.²⁶⁰ Det er altså verken snakk om en begrensning eller en utvidelse av de prosessuelle reglene om hvilke krav som kan gjøres til gjenstand for søksmål.

Videre følger det av Grunnloven § 83 at «Stortinget kan innhente Høyesteretts betenkning om juridiske emner». Som nevnt i punkt 5.2.2.2, tilsier ordlyden at Stortinget kan be om Høyesteretts syn i generelle rettsspørsmål. Et spørsmål kan være om Grunnloven § 83 uttømmende regulerer de tilfellene hvor Høyesterett kan behandle generelle rettsspørsmål, og motsetningsvis stenger for at abstrakte krav kan gjøres til gjenstand for søksmål etter tvisteloven § 1-3. En slik slutning er det etter min mening ikke grunnlag for. Det er ingen holdepunkter for

²⁵⁷ Min kursivering.

²⁵⁸ I samme retning Smith (2016) s. 685 og Smith (2017) s. 277.

²⁵⁹ Dokument 16 s. 78–81.

²⁶⁰ Dokument 16 s. 81.

at Grunnloven § 83 er ment å påvirke de prosessuelle bestemmelsene i tvisteloven. Paragraf 83 gjelder også noe annet enn tvisteloven § 1-3: Mens tvisteloven § 1-3 oppstiller grenser for hva det kan kreves *dom* for, regulerer Grunnloven § 83 Stortingets adgang til å be Høyesterett om en *betenkning*.

Som man ser av drøftelsene, er det lite som tilsier at Grunnlovens egne bestemmelser utgjør en innvending mot abstrakte krav. Samtidig gir de nevnte bestemmelsene heller ingen holdepunkter for at abstrakte krav må fremmes.

5.3 Behovet for fastsettelsesdom for abstrakt krav om brudd på Grunnloven

5.3.1 Introduksjon – behovsprøving

Drøftelsene over, særlig i punkt 5.2.3, viser at det ligger utenfor domstolens tradisjonelle virkeområde å ta stilling til generelle rettsspørsmål. Samfunnet er imidlertid stadig i forandring, og et viktig formål med den rettslige standarden i tvisteloven § 1-3 er nettopp at reglene om hva som kan gjøres til gjenstand for søksmål skal tilpasse seg forandringen best mulig. Som redegjort for i punkt 2.4, må spørsmålet om hvorvidt et søksmål skal reises, i grensetilfeller, avgjøres etter en konkret vurdering av om det er rimelig og naturlig at domstolen avgjør spørsmålet. Det virker lite holdbart å utelukke domstolens adgang til å prøve abstrakte spørsmål, ved å henvise til at domstolen tradisjonelt har behandlet konkrete saker. En slik tilnærming kan komme i konflikt med lovgivers ønske om en fleksibilitet i prosesslovgivningen.²⁶¹ Etter min mening er det derfor ikke tilstrekkelig å vise til domstolens tradisjonelle rolle når man skal avgjøre dens adgang til å ta stilling til abstrakte rettsspørsmål. Domstolen må behandle den typen saker gjeldende prosesslovgivning til enhver tid legger opp til, og spørsmålet om hvordan prosesslovgivningen skal forstås, må avgjøres i lys av domstolens plass i *dagens* samfunn heller enn domstolens tradisjonelle rolle. Dette betyr imidlertid ikke at de grunnleggende rettsstatsstrukturene som drøftes i punkt 5.2, slik som prinsippene om

²⁶¹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 364.

maktfordeling, kan oversees. Slike perspektiver er viktige tolkningsbidrag når rekkevidden av prosesslovgivningen skal fastlegges.

Synspunktet om at abstrakte krav ikke bør avvises utelukkende fordi domstolen tradisjonelt har behandlet konkrete saker, har støtte fra departementet i tvistelovens forarbeider. I forbindelse med legalitetsprøving av forvaltningsforskrifter uttales det at det «må åpnes for en adgang til å angripe forskrifter ved et relativt generelt og abstrakt krav. Ellers vil en tvinge legalitetsprøving av forskrifter inn i mindre hensiktsmessige former». Videre uttales det at «det [er] behovet for en rettslig avklaring som her må være avgjørende» og at en «rubrisering av søksmålet som et ‘abstrakt forhold’ [ikke bør] være avgjørende».²⁶² Departementet legger opp til en løsning der forvaltningsforskrifter kan prøves på abstrakt plan dersom partene har tilstrekkelig behov for slik prøving. Dette samsvarer godt med sivilprosessens formål slik det blant annet kommer til uttrykk i tvisteloven § 1-1 første ledd annet punktum med ordlyden: «Loven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene». I tillegg til at den rettslige standarden i tvisteloven § 1-3 legger opp til et fleksibelt regelverk, trekker tvistelovens overordnede formål i retning av å åpne for abstrakte krav hvis saksøker har et klart behov for abstrakt avklaring. Dersom et søksmål avvises med en rask henvisning til kravets abstrakte karakter, vil man kunne overse et sterkt avklaringsbehov som tvisteloven er ment å ivareta. Etter min mening er det derfor lite tjenlig å operere med en klar presumsjon mot abstrakte krav.

Som nevnt i punkt 2.5, blir samfunnet stadig mer gjennomregulert av rettsregler. Den økende kompleksiteten i rettssystemet gjør behovet for rettsavklaring stadig større. Mye tyder på at nettopp dette avklaringsbehovet var et tungtveiende hensyn ved utarbeidelsen av tvisteloven, og en av årsakene til lovgivers ønske om en viss liberalisering av søksmålsadgangen. Det er derfor lite heldig å operere med helt firkantede og absolutte grenser for hvilke typer krav som kan gjøres til gjenstand for søksmål. Hvorvidt et abstrakt krav skal fremmes eller ikke, må, i tråd med hensynene bak den rettslige standarden i § 1-3, underlegges en bredere vurdering av om behovet for slik dom gjør det er rimelig og naturlig at domstolen behandler saken. I det

²⁶² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 142, med senere støtte fra Justiskomiteen jf. Innst. O. nr. 110 (2004–2005) s. 29.

videre vil det derfor undersøkes hvilke omstendigheter som kan medføre behov for abstrakt krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven.

5.3.2 Behov for abstrakt prøving grunnet manglende aktualitet for andre typer rettskrav

I punkt 3.3.4, var spørsmålet hvorvidt partene kunne ha behov for fastsettelsesdom dersom vilkåret om aktualitet ikke er innfridd for andre typer søksmål (for eksempel fordi det ikke (lenger) foreligger et vedtak som kan angripes ved ugyldighetssøksmål). Spørsmålet i dette delkapittelet er om manglende aktualitet for konkrete søksmål, kan medføre behov for en mer abstrakt prøving.

Grunnloven § 115 kan brukes som eksempel. En kan se for seg at Stortinget fatter vedtak om inngåelse av en folkerettslig avtale som innebærer tilknytning til et overnasjonalt organ, og inkorporerer avtalen ved formell lov. Det overnasjonale organet har myndighet til å ta beslutninger med virkning for private rettssubjekter i Norge. En interesseorganisasjon mener stortingsvedtaket medfører så betydelig myndighetsoverføring at det strider mot grensene i § 115, og reiser derfor søksmål med krav om fastsettelsesdom for at loven som inkorporerer avtalen strider mot Grunnloven. En innvending mot et slikt søksmål er at kravet er abstrakt, og at det derfor er mer hensiktsmessig å vente til det overnasjonale organet treffer en avgjørelse, for så å angripe denne konkret. Det kan likevel være hensiktsmessig å avklare spørsmålet så snart som mulig, før (et potensielt stort antall) private parter innretter seg etter den nye loven.

Dersom spørsmålet skal avklares før det overnasjonale organet fatter vedtak, foreligger naturlig nok ingen aktuell rettuvisshet omkring et konkret vedtak. Kravene til søksmålsituasjon er derfor ikke innfridd, og en eventuell avklaring må skje abstrakt. Som eksempel kan det verserende ACER-søksmålet brukes. Som nevnt i punkt 5.2.3.1, gjelder saken grunnlovsmessigheten av stortingsvedtak om tilknytning til EUs tredje energimarkedspakke gjennom den såkalte ACER-avtalen. Avtalen innebærer tilknytning til EUs energibyrå (Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER)). Et sentralt spørsmål i ACER-søksmålet er hvorvidt beslutningskompetansen til EUs energibyrå er en grunnlovsstridig myndighetsoverføring. På den ene siden kan spørsmålet prøves ved å angripe eventuelle fremtidige beslutninger fra ACER. På den andre siden kan det være vel så hensiktsmessig å

angripe stortingsvedtaket direkte, og på den måten oppnå avgjørelse i alle relasjoner der vedtaket er relevant. Da unngår man som nevnt at private rettssubjekter innretter seg, samtidig som man reduserer risikoen for et større antall søksmål hvor enkeltavgjørelser angripes.

En liknende situasjon kan oppstå i forbindelse med miljøbestemmelsen i Grunnloven § 112. Dersom det vedtas en lov som gir private rettssubjekter adgang til å drive miljøskadelig virksomhet, og for eksempel en miljøorganisasjon mener slik virksomhet krenker rettighetene i § 112, kan en se for seg et søksmål med krav om dom for at den aktuelle loven strider mot Grunnloven. Innvendingen er her at saksøker kan vente på at det utøves virksomhet i kraft av loven, for så å angripe denne konkret. Men i likhet med eksempelet over, vil det også her kunne oppstå et betydelig behov for avklaring på et tidligere tidspunkt. Private aktører som vurderer å drive virksomhet i kraft av den omstridte loven vil selvsagt ha interesse av en avklaring før de investerer eller innretter seg på annen måte. Siden Grunnloven § 112 verner miljø og klima, og enkelte krenkelser kan tenkes irreversible, kan også mer allmenne hensyn tale for en tidlig avklaring. Heller ikke her vil kravene til søksmålssituasjon være innfridd for søksmål rettet mot virksomheten, før denne settes i gang eller i det minste er planlagt. En eventuell prøving må derfor skje abstrakt.

Retten til privat- og familieliv i Grunnloven § 102 kan også brukes som eksempel. En kan se for seg at det vedtas en lov som restriktivt regulerer adgangen til familiegjenforening, og som setter rettighetene om familieliv i § 102 på prøve. Spørsmålet blir da om det er mulig å angripe loven som grunnlovsstridig ved fastsettelsessøksmål, eller om man må vente på konkrete utslag av loven i form av avslag på søknader om familiegjenforening. Avslag vil gjerne ta form som et forvaltningsvedtak som kan angripes ved alminnelig ugyldighetssøksmål. Etter mitt syn er det i mindre grad behov for tidlig avklaring av dette spørsmålet. Som nevnt i punkt 3.3.2, rammer en krenkelse av retten til privat- og familieliv primært enkeltpersoner. Det er derfor ikke snakk om en bredere samfunnsinteresse i å avklare grunnlovsbruddet før irreversible handlinger begås, eller betydelig fare for at større grupper innretter seg. Paragraf 102 skiller seg av den grunn fra § 112 og § 115 på dette punktet.

Som eksemplene over viser, kan det tenkes at det foreligger avklaringsbehov på et så tidlig tidspunkt at kravene til søksmålssituasjon ikke er oppfylte for konkrete krav. I så fall må avklaringsbehovet avhjelpes ved abstrakte krav. Det kan derfor foreligge et behov for

fastsettelsesdom for abstrakte krav om brudd på Grunnloven. Dersom behovet er tilstrekkelig sterkt, taler det etter min mening for at det er rimelig og naturlig at saken fremmes. Men som eksempelet med Grunnloven § 102 viser, må det foretas en konkret vurdering av hvorvidt det er behov for at det aktuelle spørsmålet løses ved dom for abstrakt krav.

5.3.3 Behov for abstrakt prøving grunnet den materielle regelens utforming

I dette punktet er temaet om, og i hvilken grad, den materielle utformingen av en grunnlovsbestemmelse skaper behov for abstrakt prøving. Som eksempel nevnes Grunnloven § 112 første ledd, som lyder slik:

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 etterleken.

Igen ser en for seg at det vedtas en lov som gir forvaltningen kompetanse til å gi private rettssubjekter tillatelse til å drive miljøskadelig virksomhet. Den som mener virksomheten krenker dens rett etter § 112, kan antakelig reise søksmål med krav om at virksomheten opphører eller med krav om at forvaltningsorganets vedtak er ugyldig. Spørsmålet om hvorvidt det kan reises fastsettelsessøksmål for å konstatere at virksomheten eller vedtaket strider mot Grunnloven, behandles over i kapittel 3. Problemstillingen i dette avsnittet knytter seg til Grunnloven § 112 første ledd annet punktum, og ordlyden «*langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterleken*».²⁶³ Ordlyden «*langsiktig og allsidig*» tilsier at bestemmelsen er ment å favne vidt, og over et langt tidsperspektiv.²⁶⁴ Søksmål rettet mot konkrete virksomheter eller vedtak er ikke nødvendigvis egnet til å prøve hvorvidt miljøet vernes i en slik grad Grunnloven § 112 krever. Virksomheten eller vedtaket kan være for lite omfangsrikt til å vurdere bestemmelsens allsidige elementer, eller for tidsmessig snevert til å

²⁶³ Min kursivering.

²⁶⁴ Se dokument 16 s. 47 hvor det uttales at «miljø som menneskerettighet [vil] kunne påberopes av både enkeltindividet, berørte grupper og på vegne av fremtidige generasjoner». Se også Thengs (2016) s. 33 hvor det legges til grunn at «[s]amlet sett verner § 112 nålevende og framtidige generasjoners rett til et sunt miljø».

vurdere om de langsiktige elementene ivaretas på en måte som er egnet til å sikre kommende generasjoner. Om man derimot angriper den nevnte loven som grunnlovsstridig i seg selv, vil vurderingen bli bredere. Kravets vide utforming, vil medføre at domstolen må ta stilling til spørsmålet på mer generelt grunnlag. Elementet som brukes som innvending mot abstrakte søksmål over i punkt 5.2.2.2, om dom-stolen som utredningsorgan, blir nettopp det argumentet som her taler for at en abstrakt prøving: Søksmålets generelle utforming, gir domstolen mulighet (og plikt) til å behandle saken på en måte som er bedre egnet til å belyse alle sider av bestemmelsen.

Som eksempelet over viser, kan for strenge krav til konkretisering av søksmålgjenstanden etter omstendighetene medføre at deler av en bestemmelse blir stående uten prøvingsadgang. Til sammenlikning blir situasjonen en helt annen for retten til privat- og familieliv i Grunnloven § 102. Retten til privat- og familieliv rammer, som nevnt, primært en mindre gruppe mennesker (de som direkte krenkes). Av de samme grunnene vil også et søksmål rettet mot konkrete hendelser i større grad være egnet til å prøve om rettighetene i bestemmelsens er brutt. Paragraf 102 inneholder flere vilkår (retten til «privatliv og familieliv [...] hjem og [...] kommunikasjon»), og avhengig av de faktiske forholdene i saken kan det selvsagt tenkes at ikke alle rettighetene belyses i ett søksmål om bestemmelsen. Det sentrale er at alle vilkårene, etter omstendighetene, *kan* prøves ved å bringe en konkret sak for retten. Vilkår som ikke er gjenstand for prøving i den ene saken, vil kunne komme på spissen i en annen sak. Dette i motsetning til § 112 som inneholder vilkår som på grunn av sin art vanskelig kan prøves konkret.

Etter min mening faller Grunnloven § 115 i samme kategori som § 102: Bestemmelsen inneholder ikke vilkår som ikke *kan* prøves konkret. Spørsmålet om hvorvidt vilkårene i § 115 er innfridd eller ikke, er primært et spørsmål om stortingsvedtaket og innholdet i den folkerettslige avtalen som inngås. På samme måte som beskrevet i relasjon til retten til privat- og familieliv, er det derfor lite som tilsier at bestemmelsene har et materielt preg som etter sin art ikke kan prøves konkret. Dette er selvsagt ikke til hinder for at andre momenter kan begrunne et behov for en mer abstrakt prøving.

Når Grunnloven § 112 inneholder materielle elementer som vanskelig kan prøves i helt konkrete former, blir spørsmålet om dette medfører et behov for generell prøving som gjør det

rimelig og naturlig å fremme et krav i mer abstrakte former. Her er det etter mitt syn først og fremst snakk om et spørsmål om domstolens adgang til å prøve Grunnloven § 112. Spørsmålet behandles så vidt i punkt 3.3.5, om domstolens prøvingsintensitet, hvor det legges til grunn som uklart i hvilken grad Grunnloven § 112 inneholder en positiv rett. Under forutsetning av at § 112 inneholder positive rettigheter, er det etter mitt syn betenkelig om prosessordningen legges opp slik at rettighetene blir stående uten en reell prøvingsadgang. Det kan derfor være behov for en mer generell prøving av bestemmelsen, som gjør det rimelig og naturlig å fremme søksmål i mindre konkrete former.

5.3.4 Behov for abstrakt søksmål for å oppnå hensiktsmessig avklaring av samfunnets interesser

I dette punktet er spørsmålet om det kan være behov for abstrakte søksmål fordi mer tradisjonelle, konkrete, søksmålsformer medfører en uhensiktsmessig prøving, og om et slikt behov gjør det rimelig og naturlig at abstrakte krav om brudd på Grunnloven gjøres til gjenstand for fastsettelsessøksmål. Som nevnt, har utviklingen av søksmålsbetingelsene gått i retning av at det i noen grad tillates abstrakt legalitetsprøving. I tvistelovens forarbeider, fremheves det at utviklingen i stor grad skyldes et behov for denne søksmålsformen. En av begrunnelsene som anføres, er at det ikke er ønskelig å tvinge legalitetsprøvingen inn i mindre hensiktsmessige former.²⁶⁵ Slik jeg ser det, virker forarbeidenes standpunkt fornuftig. Som nevnt i punkt 3.3.3, er det lite hensiktsmessig dersom private parter trekkes inn i et søksmål som først og fremst gjelder statens offentlige myndighetsutøvelse (som ved ansvarlig forvaltningsmyndighet har vedtatt forskriften). Spørsmålet i det videre blir om liknende hensyn gjør seg gjeldende ved legalitetsprøving av en generell regulering opp mot Grunnloven.

Som nevnt i punkt 5.2.2.1, er det lite som tilsier at det ikke kan reises krav om fastsettelsesdom for at en forvaltningsforskrift strider mot Grunnloven. Dersom man først aksepterer abstrakt legalitetsprøving av forskrifter for å unngå uhensiktsmessige prøvingsformer, må spørsmålet om hvorvidt prøvingen *er hensiktsmessig* være det avgjørende. Hvilket rettsgrunnlag forskriften prøves mot, må være av mindre betydning. Standpunktet om at det er unødvendig å trekke en

²⁶⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 142 og Innst. O. nr. 110 (2004–2005) s. 29.

privat part inn i et søksmål som handler om offentlig myndighetsutøvelse, endres ikke ved at forskriften strider mot Grunnloven i stedet for formell lov.

Tilsvarende argumentasjon kan anlegges dersom formell lov angripes som grunnlovsstridig. Som utgangspunkt virker det like uhensiktsmessig å trekke private parter inn i søksmål hvor en bestemmelse i formell lov prøves. En kan for eksempel se for seg at formell lov gir private rettssubjekter adgang til å drive en bestemt virksomhet, for eksempel utvinning av olje. En miljøorganisasjon mener at den lovfestede adgangen er så vid, at den åpner for virksomhet som strider mot Grunnloven § 112. Tilsynelatende virker det ikke hensiktsmessig om organisasjonen må reise søksmål mot en tilfeldig utvalgt privat part, som driver sin virksomhet i tråd med loven. Den private part blir da del i et søksmål som egentlig gjelder lovgivers myndighetsutøvelse. Lovgivers arbeid er, på samme måte som forvaltningens arbeid, «myndighetenes bord». Jeg kan derfor vanskelig å se at en tilfeldig utvalgt privat part har en naturlig plass i søksmål om legalitetsprøving av formell lov opp mot Grunnloven § 112.

Paragraf 112 er imidlertid plassert i Grunnlovens kapittel E med tittelen «Menneskerettigheter». Av Grunnloven § 92 fremgår det at «[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene».²⁶⁶ At Grunnloven § 112 er en menneskerettighet, innebærer derfor at staten er ansvarlig pliktsubjekt etter regelen.²⁶⁷ Dersom formell lov eller forvaltningsforskrift strider mot Grunnloven § 112, er det staten som er ansvarlig for menneskerettighetskrenkelsen. Dette gjelder også dersom de faktiske handlingene som krenker rettighetene utøves av private rettssubjekter.²⁶⁸ Det er derfor lite trolig at (for eksempel) en interesseorganisasjon kan reise søksmål mot en privat part med et krav som dreier seg om krenkelse av § 112. Siden den private parten ikke er pliktsubjekt, har neppe interesseorganisasjonen et reelt behov for avgjørelse overfor denne. Tilknytningskravet etter tvisteloven § 1-3 annet ledd er derfor ikke innfridd. Der et søksmål dreier seg om Grunnloven § 112, kan det således ikke være et tungtveiende argument at et forbud mot abstrakt prøving tvinger søksmålet inn i former der private parter stilles til

²⁶⁶ Min kursivering.

²⁶⁷ Dokument 16 s. 46.

²⁶⁸ Dette forutsettes i dokument 16 på s. 46 hvor det uttales at: «Straffeloven og annen lovgivning setter i dag straff for privates overtredelse av flere sentrale menneskerettigheter [...]. Disse bestemmelsene er et ledd i myndighetenes plikt til å sikre at private ikke krenker menneskerettighetene.»

ansvar for offentlig myndighetsutøvelse. Slik jeg ser det, må det samme gjelde for Grunnloven § 102. Paragraf 102 er også en menneskerettighet i Grunnlovens kapittel E, og en rettighet der staten er ansvarlig pliktsubjekt ved eventuelle krenkelser.

Grunnloven § 115 er ikke plassert i kapittel E om menneskerettigheter. Som nevnt innledningsvis i punkt 1.2.4, gjelder bestemmelsen regler for saksbehandling, og materielle begrensninger, for Stortingets adgang til å inngå folkerettslige avtaler. Det er derfor vanskelig å se for seg hvordan det kan reises et søksmål for brudd på bestemmelsen, uten at staten er part i saken.

Drøftelsene ovenfor viser at hensynene bak adgangen til abstrakt legalitetsprøving av forvaltningsforskrift mot formell lov, er mindre relevante for legalitetsprøving mot de utvalgte grunnlovsbestemmelsene. Man kan altså ikke begrunne et behov for abstrakt legalitetsprøving mot de nevnte grunnlovsbestemmelsene i at krav til konkretisering rammer tilfeldig utvalgte private parter. Ønske om en hensiktsmessig prosessordning, der uhensiktsmessige prøvingsformer søkes unngått, fremstår imidlertid som en mer generell målsetning. I forbindelse med Tvistemålsutvalgets drøftelser av terskelen for å anlegge søksmål, trekker utvalget frem en dom fra danske Højesteret av 12. august 1996.²⁶⁹ Den såkalte Maastricht-saken gjaldt en gruppe danske borgere som reiste søksmål mot den danske staten med påstand om at loven som inkorporerer EU-traktatene var i strid med den danske Grundloven § 20.²⁷⁰ Påstanden var blant annet begrunnet med at dansk tilknytning til EU medførte en for omfattende suverenitetsfraskrivelse, og at tilknytningen derfor forutsatte en endring av den danske Grundloven.²⁷¹ Den første av saksøkers påstander lød slik:

²⁶⁹ NOU 2001: 32 s. 192.

²⁷⁰ Lov nr. 281 af 28. april 1993 om gennemførelsen af Danmarks tiltrædelse af Traktaten om Den Europæiske Union og lov nr. 169 af 5. juni 1953 Danmarks Riges Grundlov.

²⁷¹ UfR 1996. 1300 H.D. på s. 1301.

[S]tatsminister Poul Nyrup Rasmussen, tilpligtet at anerkende [...] at lov nr. 281 om ændring af lov om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber af 28. april 1993, §1, pkt. 12, er i strid med Danmarks Riges Grundlov af 5. juni 1953.²⁷²

Påstanden går ut på at staten, ved statsministeren, plikter å «anerkende» en bestemt rettstilstand. Dette er et krav om fastsettelsesdom.²⁷³ Videre må påstanden om at «lov [om inkorporasjon av EU-traktatene] er i strid med Danmarks Riges Grundlov» forstås som at det er loven i seg selv som angripes som grunnlovsstridig, ikke en konkret situasjon eller en konkret avgjørelse. Det kreves dermed abstrakt fastsettelsesdom for at formell lov strider mot den danske Grundloven. De danske domstolene har ikke hatt som vane å drive abstrakt normkontroll. På samme måte som i norsk rett, har den klare hovedregelen vært at saksøker til en viss grad må konkretisere kravet.²⁷⁴ Saken ble derfor først avvist i Østre Landsrets. I ankebehandlingen uttaler Højesterett imidlertid at:

[D]enne sag [adskiller] sig fra sædvanlige sager om prøvelse af loves overensstemmelse med Grundloven. På grund af tiltrædelseslovens generelle og indgribende betydning har appellanterne en væsentlig interesse i at få deres påstande prøvet. Højesteret finder, at der under disse omstændigheder ikke er tilstrækkeligt grundlag for [...] yderligere at betinge adgangen til domstolsprøvelse af, at appellanterne kan påvise, at [...] [rettsakter fra EU] konkret og aktuelt berører deres forhold. Der er herved tillige lagt vægt på, at et krav herom ikke ville være egnet til at sikre en bedre oplysning af det spørgsmål om grænserne for anvendelsen af Grundlovens §20, appellanterne har rejst.²⁷⁵

Jeg oppfatter domstolen som at den primært trekker frem to punkter i sin begrunnelse for hvorfor saken skal fremmes. For det første peker domstolen på at den ankende part har en

²⁷² UfR 1996. 1300 H.D. på s. 1301.

²⁷³ Betegnelsen «anerkendelsesdom» brukes på samme måten som man i Norge bruker «fastsettelsesdom», se Bang-Pedersen og Christensen (2010) s. 102 og Smith (2000) s. 217–218.

²⁷⁴ Koch (2001) s. 283–284 og Smith (2000) s. 219–226.

²⁷⁵ UfR 1996. 1300 H.D. på s. 1302 og 1303.

«væsentlig interesse» i å prøve spørsmålet på grunn av kravets «generelle og indgribende betydning». Saken gjelder grunnlovsmessigheten av Danmarks tilknytning til EU. Det kan ikke være tvilsomt at en slik sak er av svært stor prinsipiell betydning, både for partene som reiser saken, men også for samfunnets borgere for øvrig.²⁷⁶ Det er altså EU-tilknytningens særlige prinsipielle og generelt inngripende karakter, som gjør at partene har et vesentlig behov for avgjørelse i saken. Videre legger domstolen vekt på at et krav om konkretisering «ikke ville være egnet til å sikre en bedre opplysning af det spørgsmål [...] appellanterne har rejst». Retten mener med andre ord at ytterligere konkretisering av kravet ikke er egnet til å gi domstolen grundigere informasjon om saken. Etter mitt syn virker danske Højesterets standpunkt fornuftig. Enkelte krav kan være av en karakter som gjør abstrakt prøving mest hensiktsmessig. Både spørsmålets betydning for store deler av befolkningen, og at konkretisering ikke er egnet til å opplyse retten bedre, kan medføre at kravet får en slik karakter.

Den danske saken har som utgangspunkt ingen rettskildemessig betydning for norsk prosessrett. Tvistemålsutvalget legger imidlertid til grunn at innholdet i søksmålsbetingelsene etter dansk rett, er sammenfallende med tilsvarende regler i norsk rett.²⁷⁷ Utvalget viser også til den konkrete saken flere ganger. I utredningens del om terskelen for å anlegge søksmål, redegjør utvalget kort for avgjørelsen før det uten ytterligere drøftelser legges til grunn at «samme type resonnement ville gjelde for en tilsvarende problemstilling i Norge».²⁷⁸ Senere i utredningen, under drøftelsene om Høyesteretts sammensetning i ulike saker, trekker utvalget på nytt frem Maastricht-saken, og legger til grunn at tilsvarende sak i norsk rett bør behandles av Høyesterett i plenum.²⁷⁹ Tvistemålsutvalget ser derfor ut til å forutsette at betraktningene fra Maastricht-

²⁷⁶ Saken kan minne litt om såkalt «actio popularis», altså at alle borgere i et samfunn kan reise søksmål i fellesskapets interesser (kort omtalt i Smith (2017) s. 281). Dette er neppe en korrekt forståelse av domstolens argumentasjon, da søksmålsadgangen knyttes opp mot *partenes* egne interesse i saken, se Koch (2001) s. 287.

²⁷⁷ NOU 2001: 32 s. 189. Skoghøy tiltrer dette som et utgangspunkt, men påpeker også at kravet til konkretisering av søksmålgjenstanden er mindre strenge i dansk rett, se Skoghøy (2017) s. 380.

²⁷⁸ NOU 2001: 32 s. 192.

²⁷⁹ NOU 2001: 32 s. 375. Utvalget viser her til dom fra dansk Højesteret av 6. april 1998 (UfR 1998. 800 H.D.). Dette er realitetsavgjørelsen i Maastricht-saken, etter at saken ble fremmet i den prosessuelle avgjørelsen i UfR 1996. 1300 H.D.

saken er relevante ved liknende tilfeller i norsk rett. Momentene fra saken kan av den grunn danne et veiledende utgangspunkt også for norsk rett.²⁸⁰ Departementet omtaler imidlertid ikke Maastricht-saken i sine drøftelser av de alminnelige søksmålsbetingelsene. Heller ikke i forbindelse med drøftelsene av Høyesteretts sammensetning, eller i spesialmerknadene til tvisteloven § 1-3, tar departementet stilling til Tvistemålsutvalgets standpunkt. At spørsmålet ikke er behandlet i proposisjonen, kan forstås som at departementet ikke tilslutter seg utvalgets standpunkt. På den andre siden ville en linkende sak som Maastricht-saken vært kontroversiell i norsk rett. Om departementet var uenig i utvalgets drøftelser, ville det derfor vært naturlig om dette kom frem i proposisjonen. Det kan virke som om departementet bevisst har unnlatt å ta stilling til spørsmålet, uten at dette kan forstås som at departementet er uenig. Slik jeg ser det, kan derfor ikke preposisjonens taushet svekke utredningens rettskildemessige verdi.

Som nevnt gjaldt Maastricht-saken blant annet danske myndigheters adgang til å overføre suverenitet til EU. Den danske Grundloven § 20 gjelder overføring av myndighet til overnasjonale organer, og har, som nevnt i punkt 3.3.2, klare likhetstrekk med vår egen Grunnlovs § 115.²⁸¹ Dette kan illustreres med et eksempel: En kan se for seg at Stortinget, etter reglene i § 115, fatter vedtak om inngåelse av en folkerettslig avtale som innebærer fraskrivelse av suverenitet til et overnasjonalt organ, og vedtar en lov for å inkorporere avtalen i norsk rett. En organisasjon som mener avtalen innebærer en for omfattende myndighetsoverføring reiser deretter søksmål, med påstand om at inkorporeringsloven strider mot Grunnloven. I grove trekk står man her overfor en sak tilsvarende Maastricht-saken. Med utgangspunkt i drøftelsene fra dansk Høyesteret, blir spørsmålet todelt: For det første om kravets karakter medfører at konkretisering er dårlig egnet til å opplyse saken bedre. For det andre om de omstendighetene kravet gjelder har en slik generell inngripende karakter at det er hensiktsmessig med abstrakt prøving.

For å besvare spørsmålet om hvorvidt konkretisering kan bidra til å opplyse saken bedre, må en se hen til hva slike saker typisk vil gå ut på. Et søksmål med krav om at en inkorporeringslov er i strid med Grunnloven, innebærer også at den inkorporerte traktaten er gjenstand for

²⁸⁰ I samme retning Schei m.fl. (2013) s. 24–25.

²⁸¹ Smith (2017) s. 152.

undersøkelse. Det er den inkorporerte traktaten som eventuelt medfører en grunnlovsstridig myndighetsoverføring. Det er derfor innholdet i den folkerettslige avtalen som må vurderes opp mot Grunnlovens adgang til suverenitetsfraskrivelse. Det er ikke sikkert saken opplyses bedre dersom søksmålet konkretiseres, for eksempel ved at et bestemt vedtak fra det overnasjonale organet prøves. Om traktaten er kompleks og inneholder mange regler, kan spørsmålet om hvorvidt Grunnloven krenkes måtte bero på en bredere vurdering. Domstolen kan derfor måtte ta stilling til traktaten mer helhetlig, uavhengig av om søksmålet gjøres mer konkret. I et slikt tilfelle vil ikke konkretisering av søksmålgjenstanden gjøre prøvingen mer hensiktsmessig. Siden prosessordningen er lagt opp slik at partene kan begrense hva domstolen kan ta stilling til, kan et krav om konkretisering medføre at partene tvinges til å utforme en påstand som gjør domstolen ute av stand til å avgjøre saken på en forsvarlig måte. I så fall vil et krav om konkretisering medføre en uhensiktsmessig og ufullstendig prøving. Dette vil kunne skape et behov for abstrakt prøving, som gjør det rimelig og naturlig at slike søksmål fremmes.

I noen grad kan det samme gjelde miljøbestemmelsen i Grunnloven § 112. Som nevnt i punkt 5.3.3, inneholder § 112 vilkår som kan gjøre det nødvendig med en bredere og mer helhetlig vurdering av bestemmelsen. Igjen trekker jeg frem eksempelet der det vedtas en lov som gir forvaltningen kompetanse til å gi private rettssubjekter tillatelse til å drive miljøskadelig virksomhet. Eksempelet viser at det i enkelte sammenhenger kan tenkes behov for abstrakt prøving, fordi det i motsatt fall vil medføre at (deler av) bestemmelsen bli stående uten en reell mulighet for domstolsprøving. På samme måte kan man gjerne si at abstrakt krav om fastsettelsesdom utgjør den mest hensiktsmessige prøvingsformen. Dersom abstrakt søksmål er den eneste måten å prøve deler av en bestemmelse på, er det ikke hensiktsmessig å kreve ytterligere konkretisering. For Grunnloven § 112 kan jeg imidlertid ikke se hvordan ønsket om hensiktsmessig prøving kan bidra til et behov for abstrakt krav om fastsettelsesdom, ut over det som følger av drøftelsene i punkt 5.3.3.

Retten til privat- og familieliv i § 102 er en bestemmelse av helt annen karakter enn både § 112 og § 115. Som nevnt i punkt 5.3.3, er vilkårene i bestemmelsen utformet slik at det er mindre praktisk å se for seg behov for brede vurderinger over lange tidsperioder, i en slik grad at konkrete søksmål ikke kan løse spørsmålet. Det samme må gjelde i forbindelse med hvilke typer søksmål som er mest hensiktsmessige. Paragraf 102 inneholder ikke vilkår som typisk blir vanskeligere å ta stilling til dersom saken konkretiseres. Tvert om gjelder bestemmelsen

svært personlige rettigheter, hvor det gjerne er behov for en eller flere helt konkrete hendelser for å belyse hvorvidt en krenkelse har funnet sted. Selv om det ikke kan utelukkes, er det derfor vanskeligere å se for seg at et konkretiseringskrav vil føre til en uhensiktsmessig prøving av § 102.

Videre må det som nevnt vektlegges om saken har en prinsipiell samfunnsmessig betydning. I den forbindelse er det hensiktsmessig å vise til en annen dansk avgjørelse: I dom av 26. juni 2001 behandlet Højesteret spørsmål om grunnlovsmessigheten av Schengen-avtalen. Højesteret uttalte om Schengen-avtalen at denne gjaldt

*overførsel av myndighetsbeføjelser inden for en række almene og væsentlige livsområder og ikke i sig selv er af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed. Appellanterne har således ikke som følge heraf en væsentlig interesse i at få prøvet deres påstande om, at tiltrædelsesloven er i strid med grundloven.*²⁸²

Sett i sammenheng med uttalelsen i Maastricht-saken om at partene «[p]å grund af tiltrædelseslovens generelle og indgribende betydning har [...] en væsentlig interesse i at få deres påstande prøvet»,²⁸³ må det legges til grunn at Højesteret mener det er en vesentlig terskel for at abstrakte søksmål skal kunne reises. Drøftelsene i punkt 5.2 viser at det finnes gode innvendinger mot abstrakte søksmål. Av den grunn må adgangen til abstrakt legalitetsprøving av formell lov, på samme måte som i dansk rett, forbeholdes situasjoner der det foreligger et særlig avklaringsbehov. Synspunktene fra de danske sakene bør derfor gjelde dersom liknende spørsmål skal behandles i norsk rett, slik også Tore Schei tar til orde for i det han uttrykker at det må være snakk om «særlig og helt spesielt tungtveiende behov for rettslig prøving». ²⁸⁴ Maastricht-saken gjaldt overføring av lovgivende myndighet, mens Schengen-saken gjaldt overføring av myndighet som ellers ligger til utøvende makt.²⁸⁵ Det er altså en høy terskel for

²⁸² UfR 2001. 2065 H.D. på s. 2065.

²⁸³ UfR 1996. 1300 H.D. på s. 1302 og 1303.

²⁸⁴ Schei m.fl. (2013) s. 25. I samme retning Skoghøy (2017) s. 407.

²⁸⁵ UfR 2001. 2065 H.D. s. 2065 og UfR. 1996. 1300 H.D. s. 1300.

at den prinsipielle betydningen av et krav kan føre til et behov for abstrakt fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven.

I punkt 3.3.2, drøftes det om sakens prinsipielle og samfunnsmessige betydning kan medføre et behov for fastsettelsesdom. Disse drøftelsene viser at det kan tenkes tilstrekkelig at en sak har prinsipiell betydning for en (mindre) gruppe i samfunnet. Når det gjelder abstrakte krav, mener jeg imidlertid det må mer til. Slik jeg forstår Tvistemålsutvalget og de nevnte synspunktene i litteraturen, med henvisning til de danske sakene, må det være snakk om en mer *generell* og *inngrepene* betydning. Dette innebærer to ting: At betydningen må være generell, medfører at den må angå en mer omfangsrik gruppe enn hva som er tilfellet i punkt 3.3.2. Videre må betydningen være inngrepene. Det er ikke tilstrekkelig med rene prinsipielle interesser, for eksempel fordi en grunnlovsregel er ideologisk viktig. At et spørsmål har generell og inngrepene betydning må bety at spørsmålet, på generelt grunnlag, har en mer *direkte* påvirkning. Dette samsvarer godt med de faktiske forholdene i Maastricht-saken, da EU-traktaten gjerne (i større eller mindre grad) vil ha en direkte inngrepene innvirkning på store deler av samfunnet.

Eksempelet over, der Stortinget i medhold av § 115 binder Norge til en folkerettslig avtale som innebærer suverenitetsfraskrivelse, og deretter inkorporerer denne ved lov, er tjenlig her også. Dersom suverenitetsfraskrivelsen gjelder lovgivningsmyndighet, er det snakk om en overføring av myndighet som vanligvis ligger til Stortinget som representant for demokratiet. En slik overføring svekker derfor borgernes mulighet til å påvirke beslutninger som tidligere var demokratisk styrt, og vil ha betydning for store deler av befolkningen. Også formålsbestemmelsen i Grunnloven § 2, taler for at spørsmål som griper inn i folkesuvereniteten er av stor betydning. Etter omstendighetene, avhengig av den konkrete myndighetsoverføringen, kan suverenitetsfraskrivelsen i tillegg være av inngrepene karakter. Også overføring av myndighet som vanligvis ligger til utøvende makt, kan være både svært inngrepene og av generell betydning. Det kan for eksempel tenkes at myndighetsoverføringen gjelder kompetansen til å ilegge gebyrer på et område av betydning for store deler av samfunnet. Slik jeg ser det, kan det ikke være tvilsomt at et vedtak om myndighetsoverføring kan være av en slik generell og inngrepene betydning, at det kan skapes behov for abstrakte krav om dom for brudd på § 115. Terskelen må imidlertid være så høy at dette er mest nærliggende ved spørsmål om overføring av lovgiverkompetanse.

Også Grunnloven § 112 kan tenkes å reise spørsmål som berører store deler av samfunnet. Som nevnt i punkt 3.3.2, kan skader på miljøet være av betydning for store deler av, eller hele, samfunnet. Dersom miljøskadene blir omfattende, kan de også ramme samfunnet *direkte*.²⁸⁶ Det er likevel vanskelig å se hvordan et brudd på § 112 kan være *inngripende* på samme måte som en suverenitetsfraskrivelse i strid med § 115. Den prinsipielle betydningen av Grunnloven § 112 kan derfor neppe medføre et behov for fastsettelsessøksmål ut over det som fremgår av drøftelsene i punkt 3.3.2. I motsatt ende finner en Grunnloven § 102. En krenkelse av retten til privat- og familieliv er svært inngripende, og rammer de krenkede direkte. Men når en krenkelse primært rammer den eller de konkrete krenkede, er det ikke snakk om en *generell* betydning som tilsier at det ikke er hensiktsmessig med en konkret prøving av bestemmelsen.

5.4 Oppsummering

Drøftelsene i kapittel 5 viser at abstrakte krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven, etter omstendighetene, kan måtte fremmes. Det er imidlertid viktig å huske at en eventuell adgang til abstrakte krav distanserer seg fra den typen saker domstolen tradisjonelt har behandlet i Norge. Problemet tilspisser seg ved spørsmål om abstrakt legalitetsprøving av formell lov opp mot Grunnloven. Dersom slike krav fremmes, må norske domstoler langt på vei opptre på samme måte som konstitusjonsdomstoler.²⁸⁷ Begrepsbruken kan imidlertid ikke være avgjørende. Det avgjørende for om abstrakte krav kan fremmes, er regelen i tvisteloven § 1-3. Selv om tradisjoner i rettssystemet påvirker tolkningen av prosesslovgivningen, viser drøftelsene over at det kan melde seg behov som utfordrer de tradisjonelle oppfatningene. Situasjoner hvor nye behov oppstår, er nettopp den typen situasjoner en fleksibel prosesslovgivning bør ivareta. Drøftelsene i kapittel 5 viser derfor at det kan være en viss adgang til abstrakte krav om fastsettelsesdom for grunnlovsbrudd. Men bare i helt særlige unntakstilfeller.

²⁸⁶ I samme retning dokument 16 s. 245.

²⁸⁷ Betegnelsen «konstitusjonsdomstol» har blitt brukt om Høyesterett, se Bårdsen (2015b) s. 291–316. I motsatt retning Smith (2016) s. 681–702.

6 Avslutning

Målsetningen med avhandlingen var å undersøke den prosessuelle adgangen til å gjøre spørsmål om brudd på Grunnloven til gjenstand for fastsettelsessøksmål. Avhandlingens drøftelser viser at tvisteloven § 1-3 er en rettslig standard som blant annet åpner for en vurdering av hvorvidt det er rimelig og naturlig å fremme slike krav. I vurderingen er *behovet* for denne *bestemte typen dom* av stor betydning. Drøftelsene i kapittel 3 viser at behovet for fastsettelsesdom kan være en konsekvens av at fastsettelsesdom er den eneste måten spørsmålet kan prøves på. I tillegg viser drøftelsene at det kan oppstå behov for fastsettelsesdom, selv om spørsmålet kan prøves på andre måter (for eksempel ved erstatnings- eller ugyldighetssøksmål), fordi fastsettelsesdom utgjør den mest hensiktsmessige prøvingsformen. I kapittel 4 ser man at grunnlovsrevisjonen har medført en situasjon der hensynene bak adgangen til fastsettelsesdom for brudd på en menneskerettighetskonvensjon, også kan gjøre seg gjeldende for menneskerettighetene i Grunnloven. Til slutt viser drøftelsene i kapittel 5 at også adgangen til abstrakte søksmål avhenger av hvorvidt det er *behov* for en mer generell prøving. I likhet med drøftelsene i kapittel 3, så man at slikt behov både kan være en følge av at spørsmålet ikke kan prøves i mer konkrete former, og en følge av at abstrakt prøving er mest hensiktsmessig.

Samlet sett må det være grunnlag for å si at det etter omstendighetene kan kreves fastsettelsesdom for brudd på de utvalgte bestemmelsene i Grunnloven, men i den enkelte sak må dette bero på en konkret vurdering. Det kan være adgang til fastsettelsesdom både der dette er eneste utvei, og der fastsettelsesdom er den mest hensiktsmessige utveien. Videre kan det ikke utelukkes at krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven kan reises i mer abstrakte former. Slike søksmål må imidlertid forbeholdes de helt ekstraordinære unntakstilfellene, særlig dersom det er snakk om legalitetsprøving av formell lov.

Fra et overordnet perspektiv berører temaet i avhandlingen også spørsmålet om hvilken rolle domstolen har i samfunnet. Som nevnt i punkt 2.4, gir den rettslige standarden i tvisteloven § 1-3 Høyesterett en delegasjon til å bestemme egen (og de andre domstolenes) samfunnsrolle. Ved å tillate fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP, har Høyesterett langt på vei selv satt i gang en liberalisering av rettstilstanden. Det er antakelig bare et spørsmål om tid før det reises krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven, i det minste Grunnlovens menneskerettigheter. Spørsmål om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven må imidlertid

behandles med varsomhet fordi Grunnloven, i tillegg til typiske menneskerettigheter, inneholder en rekke andre bestemmelser. For eksempel inneholder Grunnloven mindre tradisjonelle menneskerettigheter, slik som § 112, og bestemmelser om statsorganenes kompetanse og arbeidsfordeling, herunder § 115. Selv om det også kan tenkes situasjoner der det er behov for fastsettelsesdom for brudd på regler som § 112 og § 115, medfører denne typen søksmål også en fare for at domstolen brukes som middel i politisk omkamp.

På den andre siden går samfunnsutviklingen i retning av stadig mer komplekse rettssystemer. Reglene blir flere, og mer kompliserte. En slik utvikling øker ikke bare det rettslige avklaringsbehovet, men medfører også at politiske beslutninger i større grad kan berøre, og utfordre, rettslige grenser. Som drøftelsene i punkt 5.2.3.1 viser, har Grunnlovens prinsipper om maktfordeling flere sider. På den ene siden må ikke domstolen trå lovgivers arbeid for nært. På den andre siden er også lovgiver bundet av Grunnlovens regler. Maktfordelingsprinsippet kan derfor også være et argument *for* kontroll. Av den grunn kan det tenkes at krav om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven er en nødvendig kontrollmekanisme, selv om prøvingen står i fare for å gripe inn i politiske beslutninger. Som nevnt i punkt 3.3.5, har Høyesterett også utviklet en praksis der prøvingsintensiteten varierer for ulike typer bestemmelser i Grunnloven. I lys av denne praksisen vil domstolen i stor grad vektlegge Stortingets eget syn, særlig i spørsmål om statsorganenes innbyrdes arbeidsfordeling og kompetanse. I spørsmål om individets rettigheter, og ved mer kvalifiserte brudd på Grunnloven, står domstolen friere til å gripe inn i Stortingets oppfatning. Det er derfor ikke snakk om at domstolen overprøver politiske beslutninger, med mindre disse beslutningene griper inn i personlige rettigheter eller representerer åpenbare grunnlovsbrudd.

Når dette er sagt, må det til slutt understrekes at den rettslige standarden i tvisteloven § 1-3 selvsagt må brukes på en måte som er forenelig med grunnleggende prinsipper i rettsstaten. Ønsket om en fleksibel prosessordning, kan for eksempel ikke overskygge prinsipper om makt- og arbeidsfordeling mellom statsorganer. Dersom spørsmål om fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven kommer på spissen i domstolene, er det derfor viktig å være bevisst på at det et sted bør gå en grense for hva domstolen kan brukes til.

Kildeliste

Litteratur

- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatningen og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018.
- Aasland (1967) Aasland, Gunnar, «Søksmålsbetingelsene i tvistemålslovens § 53 og § 54», *Jussens Venner* 1967, s. 175–237.
- Alten (1954) Alten, E., *Tvistemålsloven: Med kommentarer*, 3. utgave, H. Aschehoug & co 1954.
- Andenæs og Fliflet (2017) Andenæs, Johs. og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2017.
- Arnesen og Stenvik (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode: Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2015.
- Backer (1984) Backer, Inge Lorange, *Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage – særlig ved naturinngrep*, Universitetsforlaget 1984.
- Backer (1990) Backer, Inge Lorange, «Burhøns – en rettsfarse omm avvisning?», i Nils Christie, Asbjørn Kjønstad, Peter Lødrup, Svein Slettan og Carsten Smith (red.), ... *den urett som ikke rammer deg selv: Festskrift til Anders Bratholm 70 år*, Universitetsforlaget 1990, s. 191–201.
- Backer (2013a) Backer, Inge Lorange, *Lov og lovgivning – artikler og foredrag*, Universitetsforlaget 2013.
- Backer (2013b) Backer, Inge Lorange, *Loven – hvordan blir den til?*, Universitetsforlaget 2013.
- Backer (2015) Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, Universitetsforlaget 2015.
- Bang-Pedersen og Christensen (2010) Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow og Lasse Højlund Christensen, *Den civile retspleje*, 2. utgave, Pejus 2010.
- Bernt og Doublet (1998) Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Fagbokforlaget 1998.
- Bernt og Mæhle (2007) Bernt, Jan Fridthjof og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, Gyldendal Norsk Forlag 2007.

- Bertelsen (2011) Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK: Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, Gyldendal Norsk Forlag 2011.
- Boe (2010) Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss: Juridisk tekning og rettskildelære*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2010.
- Bårdsen (2015a) Bårdsen, Arnfinn, *De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett*, manus til Nordisk høyesterettsdommerseminar, Stockholm 23. og 24. mars 2015.
- Bårdsen (2015b) Bårdsen, Arnfinn, «Norges Høyesterett som konstitusjonsdomstol», i Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy, Toril M. Øie (red.), *Lov Sannhet Rett: Norges Høyesterett 200 år*, Universitetsforlaget 2015, s. 291–316.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget 2001.
- Eckhoff og Smith (2018) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2018.
- Graver (2008) Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008, s. 149–178.
- Holmøyvik (2012) Holmøyvik, Eirik, *Maktfordeling og 1814*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke 2012.
- Hov (1994) Hov, Jo, *Rettergang: I sivile saker*, 2. utgave, Papinian 1994.
- Hov (2017) Hov, Jo, *Rettergang: I sivile saker*, 3. utgave, Papinian 2017.
- Knoph (1948) Knoph, Ragnar, *Rettslige standarder: Særlig Grunnlovens § 97*, i kommisjon hos Grøndahl & søn 1948.
- Koch (2001) Koch, Pernille Boye, «Retlig interesse – Et begreb i forvandling», *Ugeskrift for Retsvæsen* 2001, s. 283–290.
- Monsen (2012) Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm 2012.
- Mæhle (2004) Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner* 2004, s. 329–342.
- Mæland (2013) Mæland, Henry John, *Kort prosess: En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 3. utgave, Justian 2013.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004.

- Robberstad (2016a) Robberstad, Anne, «Viljen til å skape lov og Grunnlov», *Lov og Rett* 2016, s. 49–64.
- Robberstad (2016b) Robberstad, Anne, «Høyesteretts mandat», *Lov og Rett* 2016, s. 245–256.
- Robberstad (2018) Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2018.
- Schei m.fl. (2013) Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie, *Tvisteloven: Kommentartutgave*, bind 1, 2. utgave, Universitetsforlaget 2013.
- Schei (2015) Schei, Tore, «Norges Høyesterett ved 200-årsjubileet», i Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy, Toril M. Øie (red.), *Lov Sannhet Rett: Norges Høyesterett 200 år*, Universitetsforlaget 2015, s. 1–42.
- Skoghøy (2001) Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvistemål*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2001.
- Skoghøy (2008) Skoghøy, Jens Edvin A., *Nytt i ny tvistelov*, Universitetsforlaget 2008.
- Skoghøy (2015a) Skoghøy, Jens Edvin A., «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven», *Lov og Rett* 2015, s. 195–196.
- Skoghøy (2015b) Skoghøy, Jens Edvin A., «I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?» i Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy, Toril M. Øie (red.), *Lov Sannhet Rett: Norges Høyesterett 200 år*, Universitetsforlaget 2015, s. 254–290.
- Skoghøy (2016) Skoghøy, Jens Edvin A., «Domstolsskapt prosessrett», i Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling: Festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen 19. februar 2016*, Universitetsforlaget 2016, s. 60–87.
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2017.
- Smith (1993) Smith, Eivind, *Høyesterett og folkestyret: Prøvingsretten overfor lover*, Universitetsforlaget 1993.
- Smith (2016) Smith, Eivind, «Norges Høyesterett – en ‘konstitusjonsdomstol’?», i Børge Dahl, Michael Hansen Jensen og Søren Højgaard Mørup (red.), *Festskrift til Jens Peter Christensen*, Jurist- og Økonomiforbundets forlag 2016, s. 681–702.
- Smith (2017) Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati: Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2017.

- Smith (2000) Smith, Eva, *Civilproses: Grunnleggende regler og prinsipper*, 4. utgave, Thomson 2000.
- Thengs (2016) Thengs, Gøran Østerman, *En fremmed fugl i den konstitusjonelle faunaen? Om tolkningen av miljøbestemmelsen § 112 i Grunnloven*, masteroppgave, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, 2016.
- Thengs (2017) Thengs, Gøran Østerman, «En standardtilnærming til Grunnloven § 112», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2017, s. 28–67.
- Tverberg (2012) Tverberg, Arnulf, «Forholdet mellom lovgiver og domstolene ved prøving av lovers grunnlovsmessighet – et lovgiverblikk», i Nils Asbjørn Engstad, Astrid Lærdal Frøseth og Bård Tønder (red.), *Uavhengighet: Den norske dommerforeningen 100 år*, Fagbokforlaget 2012, s. 181–207.
- Uri (2016) Uri, Stine Marie, *Adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK: Om «rettskrav» og «aktualitet»*, masteroppgave, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2016.
- Vangsnes (2018) Vangsnes, Jørgen, *Sivilprosess i et nøtteskall*, 2. utgave, Gyldendal Norsk Forlag 2018.
- Woxholth (2008) Woxholth, Geir, *Foreningsrett – med samvirkeloven*, 3. utgave, Gyldendal Norsk Forlag 2008.

Norske lover

Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814.

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene.

Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål.

Lov 29. april 1953 nr. 1 om Den norske kirkes ordning.

Lov 10. februar 1969 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse.

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester.

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv.

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling.

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

Lovforarbeider, stortingsvedtak og offentlige publikasjoner

Lovforarbeider

NOU 1993: 18	NOU 1993: 18, <i>Lovgivning om menneskerettigheter</i> , Justis- og politidepartementet og Menneskerettighetslovutvalget, mai 1993.
NOU 2001: 32	NOU 2001: 32, <i>Rett på sak: Lov om tvisteløsning (tvisteloven)</i> , Justis- og politidepartementet, desember 2001.
Ot.prp. nr. 51 (2004–2005)	Ot.prp. nr. 51 (2004–2005), <i>Om lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)</i> , Justis- og politidepartementet, mars 2005.
Innst. O. nr. 110 (2004–2005)	Innst. O. nr. 110 (2004–2005), <i>Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)</i> , juni 2005.
Dokument 16	Dokument 16, <i>Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven</i> , desember 2011.
NOU 2016: 24	NOU 2016: 24, <i>Ny straffeprosesslov</i> , Justis- og beredskapsdepartementet og Straffeprosessutvalget, november 2016.

Stortingsvedtak og offentlige publikasjoner

Justisdepartementets lovavdeling, *Lovteknikk og lovforberedelse: Veiledning om lov- og forskriftsarbeid*, februar 2000.

Grunnlovsvedtak av 13. mai 2014.

Stortingsvedtak nr. 569 av 22. mars 2018.

Høyesterettspraksis

Rt. 1914 s. 419 A	Rt. 1995 s. 1823 U	Rt. 2012 s. 1253 U
Rt. 1929 s. 184 A	Rt. 1996 s. 282 U	Rt. 2012 s. 1586 U
Rt. 1931 s. 882 A	Rt. 1996 s. 1415 P	Rt. 2012 s. 2039 P
Rt. 1938 s. 897 A	Rt. 1997 s. 1821 P	Rt. 2014 s. 956 U
Rt. 1952 s. 1089 P	Rt. 1998 s. 87 U	Rt. 2015 s. 93 A
Rt. 1957 s. 860 A	Rt. 2001 s. 1123 A	Rt. 2015 s. 921 A
Rt. 1969 s. 1181 A	Rt. 2003 s. 301 A	Rt. 2015 s. 1096 U
Rt. 1976 s. 1 P	Rt. 2003 s. 1630 A	HR-2016-2178-U
Rt. 1978 s. 1571 U	Rt. 2005 s. 534 U	HR-2018-492-U
Rt. 1979 s. 468 U	Rt. 2005 s. 999 U	HR-2018-1036-A
Rt. 1980 s. 569 A	Rt. 2006 s. 209 U	HR-2018-1463-U
Rt. 1984 s. 1488 U	Rt. 2006 s. 1042 U	HR-2018-1907-A
Rt. 1986 s. 308 U	Rt. 2007 s. 1281 P	
Rt. 1987 s. 473 A	Rt. 2008 s. 513 A	
Rt. 1987 s. 538 U	Rt. 2009 s. 477 U	
Rt. 1990 s. 874 A	Rt. 2009 s. 1537 A	
Rt. 1991 s. 325 U	Rt. 2010 s. 143 P	
Rt. 1992 s. 1618 A	Rt. 2010 s. 535 P	
Rt. 1993 s. 785 U	Rt. 2010 s. 880 U	
Rt. 1994 s. 524 U	Rt. 2010 s. 1445 P	
Rt. 1994 s. 1244 A	Rt. 2011 s. 1666 A	

Konvensjoner og utenlandske lover

Konvensjoner

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950.

International Covenant on Civil and Political rights, New York, 16. desember 1966.

Convention on the Rights of the Child, New York, 20. november 1989.

Utenlandske lover

Lov nr. 169 af 5. juni 1953 Danmarks Riges Grundlov.

Lov nr. 281 af 28. april 1993 om gennemførelsen af Danmarks tiltrædelse af Traktaten om Den Europæiske Union.

Avgjørelser fra EMD, utenlandsk rettspraksis og norsk underrettspraksis

Avgjørelser fra EMD

Boyle og Rice mot Storbritania [J] no. 9659/82 og 9658/82.

Golder mot Storbritania [J] no. 4451/70.

Petropavlovskis mot Latvia [J] 44230/06.

Powell og Rayner mot Storbritania [J] no. 9310/81.

Vilvarajah og andre mot Storbritania [J] no. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 og 13448/87.

Utenlandsk rettspraksis

Danmarks Højesteret, dom 12. august 1996, UfR 1996. 1300 H.D.

Danmarks Højesteret, dom 6. april 1998, UfR 1998. 800 H.D.

Danmarks Højesteret, dom 26. juni 2001, UfR 2001. 2065 H.D.

Norsk underrettspraksis

Borgarting lagmannsrett, kjennelse og dom 31. mai 2017, LB-2016-8370.

Oslo tingrett, dom 4. januar 2018, TOSLO-2016-166674.