

Mastergradsoppgave JUS399

Graderingen av grunnlovsvernet i prøvingsretten

Prøvelsesintensiteten og hensynet til lovgivers syn

Kandidatnummer: 158667
Veileder: Karl Harald Søvig
Antall ord: 14549

Universitetet i Bergen

Våren 2011

Innhold

1 Innledning	2
1.1 Prøvingsretten	2
1.2 Prøvingsrettens utvikling	2
1.3 Avgrensninger og problemstillinger	4
1.3.1 Avgrensninger og definisjoner	4
1.3.2 Problemstillinger	4
2 Utgangspunkt i en deliberativ demokratimodell	6
2.1 Demokrati	6
2.2 Deliberativt demokrati	7
2.3 Konstitusjonens rolle i demokratiet	8
2.4 Personlig autonomi som demokratisk forutsetning	9
3 Frihet	9
3.1 Negativ og positiv frihetsforståelse	9
3.1.1 Negativ frihet	10
3.1.2 Positiv frihet	10
3.2 Positiv frihet som del av den personlige autonomi	11
4 Eiendomsrettens rolle i den personlige autonomi	12
4.1 Begrepsavklaring av eiendomsrett	12
4.2 Begrunnelser for eiendomsretten	12
4.2.1 Liberalistisk begrunnelse for eiendomsretten	12
4.2.2 Frihetsbasert begrunnelse for eiendomsretten	13
4.3 Begrensninger i eiendomsretten	13
4.3.1 Konflikten mot demokratiets handlefrihet	13
4.3.2 Personlig autonomi som legitimering for inngrep i eiendomsretten	14
5 Er velferdsrettigheter en eiendomsrett?	15
5.1 Reichs posisjon	16
5.2 Kritikk av Reich	16
5.3 Ulike typer velferdsrettigheter med ulikt type vern	17
6 Forholdet til lovgivers syn	19
6.1 Konstitusjonens autoritet	19
6.2 Grunnlovstolkning basert på autonom rettsanvendelse	21
6.2.1 Samfunnsoppfatning	22
6.2.2 Moralsk grunnlag	22
6.3 Hensynet til lovgiver ved grunnlovstolkning	23
6.3.1 Normativt utgangspunkt	23
6.3.2 Hensynet til lovgivers handlefrihet	24
6.4 Krav til lovgivers syn	25
6.5 Ulik praksis for ulike typer rettigheter?	27
7 Borthen-dommen	27
8 Avslutning	30
Litteraturliste og domsregister	31

1 Innledning

1.1 Prøvingsretten

I Norge har domstolsprøving av lovers grunnlovsmessighet vært praktisert helt fra de første tiårene etter 1814.¹ Selv om prøvelsesinstituttet har vært omdiskutert ut fra tanken om at det har vært en kjepp i demokratiets hjul,² er praksisen vel etablert i det norske rettssystem som konstitusjonell sedvane.³ Prøvingsretten bygger hovedsakelig på Grunnloven som lex superior og de særegne endringsreglene i §112.⁴ At domstolene ikke bare har rett, men også plikt til å prøve lovers grunnlovsmessighet, ligger i dag fast i det norske rettssystem.

Ved starten av forrige århundre var det bare USA og Norge som hadde domstolsprøving av lovers grunnlovsmessighet.⁵ Tradisjonelt har det vært vanlig at lovgiver selv avgjør om nye lover er i samsvar med konstitusjonen. Men særlig etter andre verdenskrig har en ny ordning med egne forfatningsdomstoler kommet til i en rekke land i Europa. Å tilkjenne de alminnelige domstoler kompetanse til grunnlovsprøving er en av flere løsninger som nå er brukt internasjonalt. I det hele har det vært en tydelig forskyvning mot domstolskontroll i den vestlige verden etter 1945.⁶

1.2 Prøvingsrettens utvikling

Det er USA som har stått som den fremste eksponent for prøvingsretten, hvilket kan ha sammenheng med at landet er en føderasjon. Amerikansk høyesterett har vært sentral i utviklingen av prøvingsretten, og mye av det amerikanske tankegods har blitt importert til Norge gjennom rettsteorien.⁷

Prøvingsretten kom for alvor på spissen i USA ved Roosevelts New Deal program. Etter at høyesterett hadde underkjent sentrale deler av reformprogrammet frem til 1936, snudde domstolen året etter tvert om og tillot økonomisk lovgivning som den tidligere hadde sett på som inngrep i de konstitusjonelle økonomiske rettigheter.⁸ Det politiske presset var stort, og Roosevelt truet med innføring av radikale nye pensjons- og sammensetningsregler i høyesterett. Resultatet ble at høyesterett til slutt måtte gi seg.⁹

Resultatet av denne prosessen var at høyesterett åpnet for et gradert grunnlovsværn, det såkalte "preferred position principle",¹⁰ hvor politiske og sivile rettigheter er overordnet de økonomiske.¹¹ En viss nedgradering av økonomiske rettigheter hadde den norske Høyesterett

¹ E. Smith 1993 s. 119f og s. 131ff og E. Smith 2009 s. 312 og s. 38.

² Seip 1968 s. 120.

³ Andenæs/Fliflet 2006 s. 345.

⁴ Boe 1998 s. 5.

⁵ Koch 2000 s. 281 og E. Smith 1999 s. 466.

⁶ E. Smith 2009 s. 314ff og E. Smith 1993 s. 21.

⁷ Høyesterett har aldri bygget direkte på amerikansk praksis, men på norsk rettsteori som har vært influert av den amerikanske praksis.

⁸ Rytter 2000 s. 347f.

⁹ Andenæs/Fliflet 2006 s. 354.

¹⁰ Uttrykket er ikke i bruk i USA, men er i Norge brukt om det samme prinsippet som er uttrykt i amerikansk rettspraksis. E. Smith 2009 s. 370.

¹¹ Dette har sin kilde i fotnote 4 i dommen *United States v. Carolene Products Co.* fra 1938.

allerede innført ved den store konsesjonssaken i 1918,¹² men ikke i en så uttrykt komparativ form overfor andre typer rettigheter.

Etter en lite aktivistisk periode i Norge ble tråden fra USA tatt opp av Carsten Smith i et foredrag i 1974.¹³ I foredraget tok Smith til orde for innføring av "the preferred position principle" i norsk rett. Utgangspunktet for prinsippet er at de politiske rettighetene er nødvendige forutsetninger for demokrati og individets frihet.¹⁴ Forutsatt at de politiske rettighetene er sikret, er veien å gå hvis man er uenig i den økonomiske lovgivning ikke til konstitusjonen men til lovgiveren. For "striden om den politiske kurs er det opp til hver generasjon å utkjempe", som Smith formulerte det.¹⁵ Domstolene skal dermed verne om visse minstekrav for å ivareta den demokratiske beslutningsprosess, men skal utover det bøye seg for resultatet av denne beslutningsprosessen.¹⁶

Prinsippet fikk tilslutning hos Høyesterett og formulert som et obiter dictum i Kløfta-dommen i 1976.¹⁷ Prinsippet og uttalelsen i Kløfta-dommen har blitt lagt til grunn i alle de store saker om grunnlovsprøving i Høyesterett i etterkant, senest i tre saker fra 2010.¹⁸ I Kløfta-dommen ble prinsippet formulert slik: "gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg ... at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling."

I tillegg til at Kløfta-dommen fremsatte et prinsipp om ulik prøvelsesintensitet mellom politiske/sivile og økonomiske rettigheter, la Høyesterett også til en særskilt vurdering for de økonomiske rettighetene. Førstvoterende i Kløfta-dommen uttaler at "domstolene må vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgiverens" forståelse av lovers forhold til slike grunnlovsbestemmelser. Høyesterett ville dermed "vike tilbake for å konstatere grunnlovsstrid i tilfelle hvor det foreligger rimelig tvil, og hvor Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med Grunnloven." Dette prinsippet har ikke noe rotfeste verken i amerikansk rettspraksis eller Carsten Smiths foredrag,¹⁹ da hensikten med nedgradering av økonomiske rettigheter kun er å gi lovgiver større handlefrihet. At lovgivers egne vurderinger om hvor langt handlingsfriheten kan strekkes innenfor Grunnlovens grenser skal ha vekt i rettsanvendelsen, er dermed et særnorsk fenomen. Dette kan henge sammen med den sterke tradisjonen vi har for å vektlegge lovgivers syn i rettsanvendelsen, særlig gjennom den utstrakte bruken av lovforarbeider.

¹² Rt. 1918 s. 401. En holdning som ble videreført og stadfestet blant annet i Rt. 1970 s. 67.

¹³ C. Smith 1975 s. 301f.

¹⁴ Rytter 2000 s. 348.

¹⁵ C. Smith 1975 s. 302.

¹⁶ E. Smith 2009 s. 370.

¹⁷ Rt. 1976 s. 1. Høyesterett bruker verken begrepet "preferred position principle" eller referer direkte til Carsten Smith i dommen, men sammenhengen til Smiths foredrag er klart uttrykt i litteraturen, se Rytter 2000 s. 354, Kjønsstad 1994 s. 48 og E. Smith 1993, s. 328. Sammenhengen ble også slått fast av dommer Backer i Rt. 1996 s. 1415.

¹⁸ Rt 2010 s. 143, Rt. 2010 s. 535 og Rt. 2010 s. 1445. Listen fra de senere år er for øvrig lang. Noen av de sentrale dommene er: Rt. 1996 s. 1415, Rt 1997 s. 1821, Rt. 2004 s. 1737, Rt. 2006 s. 293 og Rt. 2007 s. 1281.

¹⁹ På mange måter går det imot Smiths synspunkter i foredraget, hvor han anser beslutningsprosessene ved domstolene som "del av den totale politiske prosess i vårt land", og generelt har stor tillitt til domstolenes selvstendige vurderinger. C. Smith 1975 s. 299.

1.3 Avgrensninger og problemstillinger

1.3.1 Avgrensninger og definisjoner

Det har vært diskutert om den stadige tilslutningen til uttalelsene fra Kløfta-dommen i domspremissene har hatt noen avgjørende rolle for domsresultatene.²⁰ For eksempel gikk flertallet i Kløfta-dommen på flere punkter i domsresultatet imot den graderingen de hadde introdusert. Dette er imidlertid ikke denne oppgavens tema. Utgangspunktet her er at uttalelsene fra Kløfta-dommen konsekvent har blitt referert til i rettspraksis i 35 år, og at våre øverste dommere dermed ettertrykkelig har gitt sin tilslutning til prinsippet.

Uttalelsen i Kløfta-dommen setter opp en tredeling av grunnlovsrettighetene, der bestemmelser som gjelder statsmaktenes arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse knapt skal kunne prøves av domstolene. Stortingets syn skal her respekteres i stor utstrekning. Kategorien er lite behandlet i litteraturen og har i liten grad vært aktualisert i rettspraksis. Den skiller seg også vesentlig fra de to andre kategoriene ved at den ikke retter seg mot individers rettigheter.²¹ Grunnet dette og oppgavens omfangsbegrensning vil kategorien om statsmaktenes organisering bli utelatt fra drøftelsen.

Opgavens sentrale tema er økonomiske rettigheters verdi, hvilket krever at de måles mot andre typer rettigheter. Spørsmålet blir da å velge hvilke øvrige rettigheter som kan danne et referansepunkt. I Kløfta-dommen brukes ikke begrepene politiske eller sivile rettigheter, men ”enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet.” Det er likevel underforstått at Høyesterett her mener politiske og sivile rettigheter.²² Disse to typene rettigheter går fort over i hverandre, men for oversiktlighetens grunn er det tjenlig å lage et skille.

Sivile rettigheter forstås som trosfrihet, frihet fra tortur osv. Disse rettighetene er lite omstridte og nødvendige for enkeltmenneskets frihet, og deres plass i et demokrati er åpenbar. Politiske rettigheter er her forstått som i hovedsak ytrings-, forsamlings-, foreningsfrihet og stemmerett. Da oppgavens spørsmål i hovedsak dreier seg om statusen til de økonomiske rettighetene, er det for oversiktlighetens grunn greiest å holde seg til én kategori å måle de økonomiske rettighetene mot, og da er de politiske rettighetene mest tjenlig. I det videre vil dermed oppgaven kun bygge på de politiske rettighetene som referanseverdi, da særlig ytringsfrihet som er kategoriens fremste eksponent.

1.3.2 Problemstillinger

Boe har delt grunnlovsgraderingen i prøvingsretten i to spørsmål.²³ For det første er det et spørsmål om hvor dypt prøvelsesintensiteten stikker, for det annet et spørsmål om hvilken verdi lovgivers syn har som premiss i prøvingen. Dette skillet danner grunnlaget for oppgavens problemstillinger og utforming.

Prøvelsesintensitet

Når Høyesterett har kommet til at politiske rettigheter skal ha sterkere vern enn økonomiske rettigheter, følger ikke dette av ren logikk. Det er i første rekke resultat av et verdispørsmål. Argumentet bak blir ikke eksplisitt ført av Høyesterett selv, men støtter seg åpenbart til

²⁰ E. Smith 1999 s. 482 og E. Smith 1993 s. 328

²¹ Selv om den indirekte kan være viktige for individet, se Boe 1998 s. 23f og s. 32f.

²² Førstvoterende i Kjuus-dommen uttalte at Grunnloven §100 i hvert fall var i denne kategorien. Rt. 1997 s. 1821 på s. 1831.

²³ Boe 1998 s. 19.

argumentasjonen Carsten Smith kom med i 1974.²⁴ Smiths argumentasjon er som nevnt ovenfor i 1.2 at så lenge de personlige frihetene er vernet og den demokratiske prosess foregår uhindret, er det de politiske myndigheters oppgave å fremme økonomisk lovgivning. Så lenge de grunnleggende demokratiske spilleregler er fulgt, er det ikke domstolenes oppgave å prøve den demokratiske prosessens resultater.

For å sette det på spissen kan Høyesteretts standpunkt hevdes å bygge på en sirkelargumentasjon. Meningen er at ytringsfrihet skaper demokrati, og at demokratiet skaper grunnlaget for ytringsfrihet, det vil si individenes frihet. Premisset gir ingen støtte til konklusjonen.

Høyesteretts argumentasjon forutsetter at økonomiske rettigheter har liten –om noen– betydning for fri meningsdannelse. Denne oppgaven vil utfordre dette synspunktet og spørre om økonomiske rettigheter på samme linje som de politiske er nødvendige for å oppnå et samfunn av frie aktører som tar valg basert på egne verdier. Spørsmålet søkes løst ut fra en vurdering av økonomiske rettigheters verdi i en definert normativ modell av hvilke elementer et konstitusjonelt demokrati må inneholde.

Et grunnleggende spørsmål er hvilket utgangspunkt graderingen av de ulike rettighetene skal tas ifra. Det er særlig i moralfilosofien en betydelig diskusjon rundt temaet verdipluralisme, og hvilke følger det får når to verdier kolliderer eller i hvilken grad det er mulig å vekte ulike verdier. Isaiah Berlin var av den oppfatning at verdier like godt kunne være inkommensurable, det vil si at det ikke foreligger noe generelt eller objektivt mål (et arkimedisk punkt) for å sammenligne eller velge mellom ulike verdier.²⁵ Et valg mellom ulike verdier blir dermed resultatet av de individuelle eller samfunnsskapt verdier enhver finner avgjørende. I tillegg åpner verdipluralismen i seg selv for at det ikke finnes noe enkelt rett svar. Det vil føre for vidt å gå videre på en slik diskusjon i denne oppgaven, men teoriene om verdipluralisme viser at en gradering av grunnlovsrettigheter nødvendigvis ikke er hogget i stein, og at graderingen kan være resultat av underliggende verdivalg. I den grad oppgaven utfordrer Høyesteretts standpunkt hviler ikke dette dermed på et syn om hva som er et riktig eller galt resultat.

Den første problemstillingen kan dermed formuleres slik:

Kan ulik prøvelsesintensitet av politiske og økonomiske rettigheter forsvares i et konstitusjonelt demokrati?

Loggivers syn

Etter Boes skjematisk inndeling av graderingsspørsmålet, vil spørsmål om en rettighet med lav prøvelsesintensitet åpne for større innflytelse av lovgivers syn. Det er her et spørsmål om hvilke premisser domstolene skal legge for rettsanvendelsen. Prøvelsesintensiteten legger føringer på hvor dypt ned i materien domstolene skal gå, uansett om lovgiver har uttalt seg eller ikke. Men hvis lovgiver har vurdert spørsmålet kan lovgivers syn som premiss i rettsanvendelsen legge føringer for hvor langt Grunnloven kan strekkes. Det er her dermed to spørsmål, for det første i hvilken grad lovgivers syn skal legges som premiss i rettsanvendelsen, og for det andre hvilken vekt lovgivers syn skal ha.

²⁴ Se note 17.

²⁵ Cherniss og Hardy 2010 punkt 4.1. Se også Raz 1986 kap. 13.

Den andre problemstillingen kan dermed formuleres slik:

Hvilken rolle bør lovgivers syn spille som premiss i grunnlovsprøvingen i et konstitusjonelt demokrati?

Oppgavens perspektiv

Det vil søkes svar på problemstillingene gjennom rettsteorien, og oppgaven vil i liten grad rette seg mot det rettsdogmatiske. Oppgavens hovedtema er økonomiske rettigheter, som er et rettsområde av betydelig omfang. Et utvalg må nødvendigvis tas, og velferdsrettigheter utgjør i så måte en særlig interessant kategori. Velferdsrettigheter, og særlig trygderettigheter setter flere spørsmål om eiendomsrettens grenser på spissen, og vil av den grunn bli særlig drøftet.

En sentral dom for oppgavens tema, og som tar opp i seg særlig den første problemstillingen i sammenheng med trygderettigheter, er Borthen-dommen.²⁶ Det vil derfor avslutningsvis gis en vurdering av denne dommen som en illustrasjon på oppgavens hovedområder.

Som grunnleggende utgangspunkt for oppgaven står det konstitusjonelle demokratiet, som vil danne det normative grunnlaget å vurdere problemstillingene ut ifra. En definisjon av dette begrepet er dermed også grunnleggende for oppgaven.

2 Utgangspunkt i en deliberativ demokratimodell

Det kan ikke herske særlig tvil om at Norge i dag i praksis er et konstitusjonelt demokrati.²⁷ Eivind Smith definerer konstitusjonelt demokrati som et innskrenket flertallsstyre.²⁸ Det er et noe begrenset utgangspunkt. Hvordan begrepet konstitusjonelt demokrati og særlig demokrati defineres har betydning for hvilket perspektiv oppgavens problemstillinger løses ut ifra. Det vil dermed først bli redegjort for en demokratimodell som vil danne grunnlag for oppgavens videre drøftelser.

2.1 Demokrati

Det finnes utallige definisjoner på demokrati, noe som viser at temaet er meget komplekst. Den tradisjonelle demokratiforståelse kan grovt deles i to leire.²⁹ I den ene ligger det republikanske deltakerdemokratiet som stammer tilbake til Aristoteles og Rousseaus teori om allmennviljen. I den andre leiren ligger den liberale forståelsen som stammer fra rettighetsfilosofien til Locke, og hvor for eksempel Schumpeters syn om demokrati som en kamp mellom eliter hører hjemme.

Disse to demokratiforståelsene skiller seg fra hverandre hovedsakelig ved at den republikanske legger vekt på en allmennvilje med vidtrekkende flertallsstyre, mens den liberale legger vekt på grunnleggende individuelle rettigheter. Den liberale

²⁶ Rt. 1996 s. 1415.

²⁷ Selv om vi formelt er et monarki. E. Smith 2009 s. 30.

²⁸ E. Smith 2009 s. 34 og s. 36.

²⁹ Fremstillingen her er hentet fra Eriksen 1995 s. 13.

demokratimodellens mål er, i motsetning til den republikanske, i bunn og grunn et ikke-politisk felles beste.³⁰

Det kan hevdes at den norske Grunnloven, i hvert fall opphavelig, ligger i den republikanske tradisjonen.³¹ Den demokratimodellen som blir lagt til grunn i oppgaven må imidlertid ikke bindes til masten av Grunnlovens historiske utgangspunkt. Det må legges til grunn en demokratimodell som kan brukes på dagens samfunn.

2.2 Deliberativt demokrati

Et tredje demokratimodell som har vokst frem de siste tretti årene, er det deliberative demokratiet hvor Habermas er en sentral kilde. Denne modellen danner en slags middelvei mellom de republikanske og liberale tradisjonene, og er bedre tilpasset dagens samfunn.

Deliberasjon kan defineres som en rasjonell prosess for å finne ut hvilket argument som er mest fornuftig å bygge en beslutning på. Et slikt argument er ikke synonymt med det argumentet som har sterkest vekt eller størst oppslutning blant flere alternativer, men i sin ytterste konsekvens det argumentet som fellesskapet kompromissløst kan enes om. I følge Mæhle er meningen å finne et argument som i kraft av seg selv blir avgjørende når det får alle til å forstå hverandre i så stor grad som mulig.³² Habermas formulerer diskursprinsippet slik at bare "those action norms are valid to which all possibly affected persons could agree as participants in rational discourses."³³

Dagens samfunn er kjennetegnet av en kamp mellom ulike verdensbilder og moralsystemer.³⁴ I et verdipluralistisk samfunn trengs det derfor en stabil deliberativ prosedyre som et fundament for demokratiet. En deliberativ demokratimodell fjerner seg dermed fra en modell basert på en allmennvilje, siden den forneker at det finnes enhetlige normative verdimønstre i befolkningen. Den deliberative demokratimodellen støtter seg derfor på et sett av prosedyrer som sikrer innsyn, likebehandling, kontroll og ansvar. Modellen setter dermed den politiske meningsdannelsen i sentrum, men uten å nedvurdere konstitusjonens rolle –for den er garantisten for at den deliberative kommunikasjonsforutsetningen blir institusjonalisert.³⁵

Joshua Cohen hevder at denne blandingen av det deliberative utgangspunkt og pluralismen resulterer i at "the mere fact of having a preference, conviction, or ideal does not by itself provide a reason in support of a proposal. While I may take my preferences as a sufficient reason for advancing a proposal, deliberation under conditions of pluralism requires that I find reasons that make the proposal acceptable to others who cannot be expected to regard my preferences as sufficient reasons for agreeing."³⁶ Ideen er at dersom individene skal se det som rasjonelt å inngå i et samfunnsfellesskap, må de ha en viss form for innlevelse i andre mennesker som gjør dem i stand til å finne frem til hva som er det felles beste.³⁷

³⁰ Habermas 1995 s. 39.

³¹ Mæhle 2005 s. 180.

³² Mæhle 2005 s. 191.

³³ Habermas 1996 s. 107.

³⁴ Eriksen 1995 s. 23.

³⁵ Habermas 1995 s. 39.

³⁶ Cohen 1997 s. 76.

³⁷ Mæhle 2005 s. 191.

Premisset i både den republikanske og liberale tradisjonen er at stat og samfunn betraktes som en konstituert helhet.³⁸ Men i den deliberative demokratimodellen må staten skilles fra (det sivile) samfunnet, for å hindre at sosialt konstruert makt (som fra sterke pressgrupper) skal kunne ta direkte kontroll over statsapparatet.³⁹ Sosialt frembrakt makt må ikke gå over i statlig makt før den har passert gjennom en deliberativ prosedyre.⁴⁰

I den liberale tradisjonen er legitimitet betinget av et samsvar med moralske grunnprinsipper som har en allmenngyldighet utover et avgrenset fellesskap.⁴¹ Men i en deliberativ demokratimodell har ikke moralske verdier eller normer noen verdi eller legitimitet i seg selv, men kun hvis de blir rettfærdiggjort i en deliberativ prosess.⁴²

Konstitusjonens rolle i den deliberative demokratimodellen er helt grunnleggende, fordi den gir et ”consistent answer to the question of how the demanding communicative forms of democratic opinion- and will-formation can be institutionalized.”⁴³ Habermas går så langt som å si at så lenge rasjonell deliberasjon er mulig, er demokratiets rolle kun å vise hvordan dette kan institusjonaliseres, hvilket vil si gjennom ”a system of rights that secures for each person an equal participation in a process of legislation.”⁴⁴ Grunnlaget for å sikre hver person slike rettigheter må komme fra en et system som har individet som utgangspunkt.

2.3 Konstitusjonens rolle i demokratiet

Raz skiller mellom en snever og en bred definisjon av begrepet konstitusjon.⁴⁵ I en snever definisjon er konstitusjonen i følge Raz ikke mer enn en konstituering av den valgte styreform, dens rettssystem og organer, det vil si begrenset til overordnede organisatoriske bestemmelser om maktfordeling og kompetanse.

Den deliberative demokratimodellens fokus ligger på hva som må være tilstede for å sikre en rasjonell deliberasjon mellom frie, selvstendige individer. Men når det opprettes en autoritet med handlingsfullmakter som et statsapparat, krever den personlige friheten et tillegg av rettigheter mot staten.⁴⁶ Habermas kommer derfor til at demokrati ”can only appear as the heart of a system of rights.”⁴⁷

Konstitusjonen må klargjøre politisk makt, en politisk makt som styres av på forhånd fastlagte konstitusjonelle prinsipper. I Raz’ brede definisjon av konstitusjon,⁴⁸ er de viktigste kravene at konstitusjonen må være ment å vare over tid, den må være så stabil som mulig og være en rettesnor for rettssystemet og politikken. Den må ha endringsregler som ikke gjør det for enkelt å endre den, men konstitusjonen må kunne endres når det er behov for det. Noe annet vil være meningsløst og i strid med ideen om folkestyre.⁴⁹ Videre må den ha forrang foran

³⁸ Habermas 1995 s. 42.

³⁹ Habermas 1996 s. 174f.

⁴⁰ Habermas 1996 s. 169f.

⁴¹ Habermas 1995 s. 36.

⁴² Held 2006 s. 233.

⁴³ Habermas 1996 s. 298.

⁴⁴ Habermas 1996 s. 110.

⁴⁵ Raz 1998 s. 153.

⁴⁶ Habermas 1996 s. 174.

⁴⁷ Habermas 1996 s. 121.

⁴⁸ Raz 1998 s. 153f. Raz setter opp syv punkter, hvor de viktigste blir presentert her. Raz poengterer at punktene er vage, men listen er grei å bruke som utgangspunkt.

⁴⁹ Raz 1998 s. 156 og Kis 2003 s. 187.

andre lover og kunne prøves mot ny lovgivning. Konstitusjonen må også inneholde prinsipper for styreformen og samfunnet, slik som politiske og sivile rettigheter. Det vil si sentrale verdier for det samfunnet konstitusjonen begrenser seg til.

2.4 Personlig autonomi som demokratisk forutsetning

En nødvendig forutsetning for den åpne deliberasjonen som er grunnlaget i demokratimodellen, er at individene må være frie, likeverdige og autonome aktører i samfunnsdebatten.⁵⁰ Prinsippet om aktørenes autonomi er sentral for en demokratiforståelse basert på individenes kapasitet til å velge fritt, til å bestemme og rettferdiggjøre sine egne handlinger og til å kunne nytte de underliggende forutsetningene for politisk frihet.⁵¹

Joshua Cohen mener som en generell regel at "actions fail to be autonomous if the preferences on which an agent acts are, roughly, given by the circumstances, and not determined by the agent."⁵² Aktørene må være frie fra omverdenen til å definere seg selv og sine egne meninger. Cohen nevner to paradigmer for ekstern påvirkning som går imot dette prinsippet.⁵³

Det første tar han fra Jon Elster og kaller "adaptive preferences". Det innebærer preferanser som skifter etter forholdene rundt aktøren uten at aktøren selv har bidratt til noe skifte i en deliberativ prosess. Dette vil være tilfellet der noen for eksempel vil holde seg i sentrum av politikken uansett hva det innebærer.

Det andre paradigmet kaller Cohen for "accommodationist preferences".⁵⁴ Dette er preferanser som kan være formet etter en deliberativ prosess, men som er påvirket av psykologiske tilpasninger til en underordnet status i et maktforhold som ikke sikrer aktørenes autonomi. Cohen eksemplifiserer dette med slaver som har slaveri som eneste mulighet, og som gjennom deliberative prosesser ender med å ønske å bli gode slaver fordi det minimerer deres frustrasjon.

Personlig autonomi er dermed en sentral del i den deliberative demokratimodellen. Aktørene trenger en sfære av frihet å operere ut ifra. I det følgende vil det bli drøftet hvilket innhold det autonome rommet må gis. Det vil si hva slags frihet og hvilken grad av frihet som er nødvendig for å oppnå aktørenes potensial som frie aktører i et deliberativt demokrati.

3 Frihet

3.1 Negativ og positiv frihetsforståelse

Det har tradisjonelt vært to hovedretninger i forståelsen av frihetsbegrepet, en som er negativt avgrenset og en som er positiv.⁵⁵ Den negative forståelsen funderer seg på frihet definert som fravær av eksterne hindre. En aktør er fri i den grad han ikke blir hindret. Blir han hindret av noen til å gjøre noe han ellers kunne gjort, er aktøren dermed ufri.

⁵⁰ Eriksen 1995 s. 24, Cohen 1997 s. 77, Held 2006 s. 266. Se også Weale 1999 s. 64.

⁵¹ Held 2006 s. 266.

⁵² Cohen 1997 s. 77.

⁵³ Cohen 1997 s. 77f.

⁵⁴ Cohen 1997 s. 78.

⁵⁵ Çoban 2004 s. 66f og Berlin 2007a s. 39.

Den positive forståelsen av frihet funderer seg på at det ikke er nok med et fravær av eksterne hindre, individene må også ha et sett av muligheter å velge mellom. Hovedbudskapet er at aktøren er fri bare i den grad han har definert og formet sitt eget liv. Frihet er dermed noe som må skapes av den enkelte selv.⁵⁶

3.1.1 Negativ frihet

Den negative forståelsen av frihet er like problemfylt som den er enkel. Forutsetningen i å hevde at aktøren er fri så lenge han ikke blir hindret av andre er en fullstendig ubegrenset frihet. Personlige interesser krysser hverandre nødvendigvis i et samfunn, og samfunnet vil dermed begrense individenes frihet. Frihet for alle vil bli en begrensning for alle.⁵⁷

Å løse disse problemene kan ikke gjøres på annen måte enn å sette begrensninger på hvor langt en aktørs frihet kan strekke seg. Men en begrensning strider mot frihet som en verdi som ikke skal rokkes ved. Frihet kan ikke være noe annet enn det den er i en negativ forståelse av begrepet.

Berlin bemerker for øvrig om den negative frihetsforståelsen at konseptet handler om interpersonell frihet.⁵⁸ For hvis det åpnes for en intrapersonell forståelse, kan en aktør på enkelt vis øke sin frihet ved å senke sine mål og kutte i sine ønsker. Slik får Epictetus til å argumentere at slaven er friere enn herren hvis han ikke har noen lidenskap eller ønsker. Å ønske seg kun det man kan få er ikke forenlig med frihetsbegrepet.

Når utgangspunktet er at individer må være frie til å finne egne standpunkter på eget grunnlag, vil en negativ frihetsforståelse ikke kunne sikre det rom som er nødvendig for dette. Den sterke kan fortrenge den svakes frihet til en slik grad at dennes frihet mer eller mindre opphører å eksistere.⁵⁹ Selv om Berlin hevder at dette gjelder interpersonell frihet, er veien svært kort for en person med et fravær av interpersonell frihet å gå på akkord meg seg selv – som i Epictetus' eksempel og i alle andre patron-klient forhold. En deliberativ demokratimodell har som mål å sikre alle aktørene en grad av autonom frihet, men en slik forsikring kan altså ikke oppnås ved en negativ frihetsforståelse.

3.1.2 Positiv frihet

Forskjellen mellom negativ og positiv frihetsforståelse kan kort beskrives som frihet fra versus frihet til.⁶⁰ Den positive frihetsforståelse tar utgangspunkt i individet som dets egen herre –som rasjonell aktør som tar egne valg basert på egne verdier. En aktør er dermed fri i den grad han tror han er sin egen herre og ufri i den grad han forstår at han ikke bestemmer alt selv.⁶¹ En aktør er dermed fri fordi, og i den grad, han er autonom.⁶²

Poenget med positiv frihet kommer klart frem hvis det er mulig å tvinge en aktør til å nå et mål aktøren selv ville søkt hvis han var tilstrekkelig opplyst.⁶³ Utgangspunktet for et slikt syn er at aktøren ikke ville motsette seg noe hvis han visste hva undertrykkeren vet. En kan si at noen ikke vet sitt eget beste, og dermed ignorere deres handlinger eller tvinge dem, i den

⁵⁶ Çoban 2004 s. 67.

⁵⁷ Çoban 2004 s. 73.

⁵⁸ Berlin 2007b s. 131.

⁵⁹ Berlin 2007a s. 40.

⁶⁰ Berlin 2007a s. 44.

⁶¹ Berlin 2007a s. 44.

⁶² Berlin 2007a s. 46.

⁶³ Berlin 2007a s. 44f.

forståelse at hva som enn er målet (lykke, visdom, rettferdighet) er identisk med frihet og dermed vedkommendes egentlige eget beste.⁶⁴ Manipulasjon av en aktørs ”selv” eller eget beste kan dermed føre til at frihet blir hva manipulatorens ønsker det skal være. Dette er snarere en utilitaristisk tanke, og i direkte konflikt med den positive frihetsforståelse.

Berlin mener dermed det er en ting å si at jeg lar meg undertrykke for mitt eget beste som jeg ikke kan forstå selv, og slik øke min frihet. Det er noe annet å si at hvis det er for mitt beste har jeg ikke blitt undertrykt fordi jeg har villet det, uansett om jeg har vært klar over det eller ikke.⁶⁵ Disse problemene i forhold til manipulasjon og undertrykkelse fremhever dermed viktigheten av en positiv frihetsforståelse som anerkjenner aktørens krav på autonomi.

3.2 Positiv frihet som del av den personlige autonomi

Positiv frihet avleder sin verdi fra sitt bidrag til den personlige autonomi, og er grunnleggende verdifull fordi den er en nødvendig forutsetning for det autonome liv.⁶⁶

Der positiv frihet kan bli manipulert ved at man, ved Lockes eksempel, forteller en person i et rom at alle dører ut er låst uten at de er det, kan ikke autonomien bli manipulert. Autonomien går lenger og viser at all form for ekstern påvirkning som innvirker på individets valg gjør individet til et instrument for en annens vilje. Raz sier at en aktør ikke er autonom hvis han ”never had any significant choice, or was not aware of it, or never exercised choice in significant matters but simply drifted through life.”⁶⁷ En aktør er kun autonom hvis han bestemmer utviklingen av sitt eget liv på egenhånd.⁶⁸

Raz hevder at en autonomibasert frihet kun kan eksistere gjennom felles institusjoner, verdier og muligheter.⁶⁹ Ideen er et samspill mellom kollektive goder som karrierevalg, toleranse, pluralistisk fundert demokrati og individuelle rettigheter, hvor alle er premisser for hverandres eksistens. Kollektive goder gagnar enkeltindivider kun hvis de gagnar alle.

I følge Raz beror forutsetningen for autonomi på tre komponenter.⁷⁰ For det første tilstrekkelige mentale evner slik at man kan forme ideer og utføre dem. For det andre må det foreligge et tilstrekkelig spekter av valgmuligheter. Og for det tredje må aktørene være sikret uavhengighet, slik at de ikke blir hindret i å gjøre det de vil –altså at det foreligger et fravær av tvang eller undertrykkelse.

⁶⁴ Berlin 2007a s. 45.

⁶⁵ Berlin 2007a s. 45.

⁶⁶ Raz 1986 s. 409.

⁶⁷ Raz 1986 s. 204.

⁶⁸ Raz 1986 s. 407.

⁶⁹ Çoban 2004 s. 70f.

⁷⁰ Raz 1986 s. 372.

4 Eiendomsrettens rolle i den personlige autonomi

4.1 Begrepsavklaring av eiendomsrett

Mennesker lever i en materiell verden, og trenger materielle ting for å overleve. Det er dermed en grunnleggende relasjon mellom individ og materielle objekt. Problemer oppstår når det inntreffer knapphet på materielle ressurser, og det i tillegg til relasjonen mellom individ og objekt oppstår relasjoner mellom individer i en verden av materielle objekter.⁷¹

Verden består imidlertid også av immaterielle objekter som patenter og åndsverk. Disse inngår ikke logisk i en knapphetstankegang siden de er skapt som helt nye objekter frigjort fra den materielle verden. Men tatt i betraktning at det er konstruert rettsvernregler for immaterielle objekter slik at disse kan utnyttes og brukes i en økonomi, vil det ikke være tjenlig å utelukke dem fra en begrepsdefinisjon av økonomisk rettighet.

Men immaterielle objekter er ikke nødvendige for vår eksistens, og er således en irrelevant kategori i forhold til et spørsmål om nødvendigheten av et rettighetsbasert eksistensminimum av materielle objekter. I denne oppgaven vil eiendomsrett bli forstått som retten til både materielle og immaterielle objekter, med mindre det er tale om et minimum av eiendomsrett som da retter seg mot materielle objekter.

Eiendomsrett forstås som alle besittelser et individ har, både som bruksverdi og bytte/salgverdi. Det gjelder både objekter individet sitter på og ting det har en berettiget interesse av å få, slik som lønn og kontraktsrettslige følger.⁷²

4.2 Begrunnelser for eiendomsretten

Det er mange ulike begrunnelser for eiendomsretten alt etter hvilke verdier eller teorier det tas utgangspunkt i.⁷³ Innenfor den demokratiske modellen denne oppgaven har som utgangspunkt er det særlig en frihetsbasert begrunnelse som er interessant. En liberalistisk begrunnelse skal imidlertid først kort behandles for å illustrere noen sentrale momenter.

4.2.1 Liberalistisk begrunnelse for eiendomsretten

Det liberalistiske argumentet er kjent fra Locke, som mente eiendomsretten er noe aktørene tar meg seg inn i det politiske fellesskap.⁷⁴ I følge Locke er eiendomsrett en naturrett fordi objektene som er gjenstand for eierskap er ervervet som resultat av handlinger og transaksjoner eieren har gjort på eget initiativ og ikke i kraft av et samfunnsskapt sett av positiv rett.⁷⁵ Det er i følge denne begrunnelsen moralsk viktig å respektere noe i fellesskapet som er skapt utenfor det –fellesskapet har ikke større rettighet enn det som er skapt av fellesskapet alene. For eksempel vil verdien av det arbeid et individ utfører være forbeholdt individet alene fordi arbeidet blir utført av individets egen energi, hvilket ikke eies av fellesskapet. Skaper individet noe selv uten å krenke retten til andre, har det en moralsk rett til det som skapes.⁷⁶

⁷¹ Çoban 2004 s. 11.

⁷² Çoban 2004 s. 34.

⁷³ For eksempel et utilitaristisk utgangspunkt eller en Hegeliansk teori om personlig selvrealisering.

⁷⁴ Çoban 2004 s. 44.

⁷⁵ Çoban 2004 s. 45.

⁷⁶ Çoban 2004 s. 55.

Lockes teori gjenspeiler på mange måter de samme problemene som med negativ frihetsforståelse, og er stort sett forlatt, blant annet av Waldron.⁷⁷ Særlig er det et problem at den ikke gir noen generell rett til eiendomsrett, og ingen stabil støtte til felles institusjoner.

4.2.2 Frihetsbasert begrunnelse for eiendomsretten

Hvis alle materielle ressurser var eiet av fellesskapet og var tilgjengelig for alle på like vilkår, ville bruken av en materiell ressurs være en handling som angikk alle. Siden enhver handling mer eller mindre nødvendigvis gjør bruk av en materiell ressurs, ville følgene et slikt utgangspunkt være at en aktør måtte stå ansvarlig overfor alle andre for hver handling han foretok seg.⁷⁸ Dette er ikke kompatibelt med frihet til å bestemme egne handlinger uten å rettferdiggjøre dem ovenfor andre enn seg selv. En privat eiendomsrett er av den grunn nødvendig for å bevare personlig frihet.

Et annet aspekt er at en aktør som ikke eier noe og dermed kun vil være opptatt med å sørge for sine basale kroppslige behov, ikke vil være fri fordi han ikke har mulighet til å velge noen retning for sitt eget liv.⁷⁹ Ut fra en slik tanke kan det utledes at personlig frihet krever en materiell sikkerhet. Kun gjennom privat eiendomsrett vil det være mulig å skape et eget liv på egne premisser. Økonomiske rettigheter innebærer økte valgmuligheter og er dermed en viktig ressurs.⁸⁰ Av disse grunner bør privat eiendomsrett være en fundamental rettighet.

At eiendomsrett er viktig for den personlige frihet og autonomi må dermed stå klart. Skal det være muligheter for å skape et liv på egne premisser må det som skapes også vernes om. En kunne dermed argumentert for at statlige inngrep i eiendomsretten ville redusere enhvers mulighet til å fungere som et autonomt individ, og av den grunn burde alle økonomiske interesser være beskyttet.⁸¹ Men dette har som vist ovenfor ved den negative frihetsforståelse og den Lockeanske begrunnelse for eiendomsretten problematiske sider. Det vesentlige spørsmål blir da hvor langt eiendomsretten skal strekkes.

4.3 Begrensinger i eiendomsretten

At det må foreligge unntak eller åpning for offentlig ekspropriasjon, skattelegging eller annen rådighetsregulering av privat eiendom, er rimelig åpenbart. Spørsmålet her er hvilke krav som skal stilles til slike rådighetsinnskrenkninger i den private eiendomsretten, og hvor langt innskrenkningene kan gå.

4.3.1 Konflikten mot demokratiets handlefrihet

Det blir fort klart at hvis eiendomsrett anses å være en naturrett, vil det oppstå en nærmest uløselig konflikt mellom vern av eiendomsretten og krav om demokratisk handlingsrom.⁸² En slik forståelse av eiendomsretten tilfaller imidlertid det Lockeanske syn, og skal ikke gå videre inn på her.

Hensynet til demokratiets handlefrihet vil bli drøftet mer inngående nedenfor, særlig 6.3.2. Men det skal her kort gis noen overordnede momenter.

⁷⁷ Waldron 1990 s. 252.

⁷⁸ Çoban 2004 s. 75.

⁷⁹ Çoban 2004 s. 75.

⁸⁰ Raz 1986 s. 413.

⁸¹ Çoban 2004 s. 34.

⁸² Weale 1999 s. 173.

I forhold til den økonomiske handlingsfrihet generelt hevder Weale at rene flertallsdemokratier tenderer mot å føre en inkonsekvent og selvødeleggende økonomisk politikk.⁸³ Slik som lav terskel for å godta budsjettunderskudd, som fører til økt handlingsfrihet på kort sikt men mindre frihet på lang sikt. Derfor har mange demokratier gått til det skritt å legge konstitusjonelle bånd på den økonomiske politikken, for slik å blant annet unngå budsjettunderskudd.

Hvis det er opp til hver generasjon å utforme den økonomiske politikken, som Carsten Smith ivret for, oppstår det straks et dilemma. En generasjons handlefrihet er nødvendigvis betinget av forrige generasjons vellykkede økonomiske politikk. Økt handlingsfrihet gir større risiko for neste generasjon. Særlig vil et rigid og omfangsrikt trygdesystem være et vesentlig hinder for fremtidige generasjoners handlingsfrihet hvis dette gis et sterkt vern. Poenget her er å understreke at demokratisk handlefrihet har problematiske sider ikke bare overfor den private eiendomsrett, men overfor seg selv i fremtiden.

Det kan også tenkes at graden av det økonomiske grunnlovsvernet er sosialt betinget. En kan for eksempel tenke seg at det ville være vanskeligere å forsvare et svakt økonomisk vern hvis hele Norges befolkning var lutfattige. Men hvis det demokratiske handlingsrommet ikke er forholdsmessig konstant i forhold til den private rikdom, ender man opp i en trøblete relativistisk og moralsk tilstand. En slik relativisme kan kobles til Joshua Cohens ”adaptive preferences” og er problematisk for den personlige autonomi av den grunn.

4.3.2 Personlig autonomi som legitimering for inngrep i eiendomsretten

Ut fra det grunnleggende trekk i frihetstekningen, er det eneste som kan rettferdiggjøre et inngrep mot et autonomt individ at det er i ferd med å skade eller begrense friheten til et annet individ. Dette samsvarer med John Stuart Mills ”harm principle”. Men hva som ligger i å begrense en annens frihet er et moralsk spørsmål om hva som er rett og galt.⁸⁴ Tvangstiltak overfor individer for å hindre at de skader andre må dermed være moralsk begrunnet. Raz drar dette et steg videre og hevder at det er Statens ansvar å fremme moraliteten. Dette er også i tråd med synet i den deliberative demokratimodellen som vist i 2.2.

Et viktig moment i teorien om personlig autonomi er at tvangsaktige tiltak overfor individer ikke bare kan gå ut på å hindre begrensninger i den enkeltes frihet, men også å legge forholdene til rette for at alle kan oppnå autonomi.⁸⁵ Raz hevder at ”sometimes failing to improve the situation of another is harming him.”⁸⁶ Det er dermed et viktig moralsk prinsipp at alle tar ansvar for å sikre enhvers mulighet for et autonomt liv.⁸⁷ Det er særlig Statens ansvar å sikre alle en grad av autonomi ved å blant annet skape verdifulle valgmuligheter for alle og muligheter for å velge dem.⁸⁸ Skattelegging og andre lignende tvangsaktige tiltak for redistributive formål er av den grunn en rettferdig handling for å gjøre autonomi for alle mulig.⁸⁹

Teorien om personlig autonomi er, som nevnt i 3.2, sterkt knyttet til individers valgmuligheter. Typen av valgmuligheter må imidlertid differensieres. Det er kun bortfall av

⁸³ Weale 1999 s. 173f.

⁸⁴ Raz 1986 s. 414.

⁸⁵ Raz 1986 s. 415.

⁸⁶ Raz 1986 s. 416.

⁸⁷ Raz 1986 s. 407

⁸⁸ Raz 1986 s. 417f. Slik f.eks. utdanningssystemet i Norge fungerer, hvor det er mange valgmuligheter og Lånkassen og andre støtteordninger som muliggjør å velge disse mulighetene.

⁸⁹ Raz 1986 s. 417.

valgmuligheter som har betydning for det målet en aktør har satt seg som vil influere hans autonomi.⁹⁰ Hvis en person ønsker å bli president, vil det å nekte ham å kjøpe en is være ubetydelig, mens det å nekte ham å stille til valg vil være å innskrenke hans autonomi.

Bortfallet av en valgmulighet har heller ikke så stor effekt for dem som ikke er engasjert i muligheten, den kan bli erstattet av en annen.⁹¹ Det store problemet oppstår når en valgmulighet noen allerede er engasjert i faller bort, og særlig vanskelig er det for dem som er dypt engasjert og følgelig vil ha det vanskelig å finne et substitutt. Å nekte en person muligheten til å fortsette med sine igangsatte prosjekter og forpliktelser er ikke annet enn å forhindre ham å leve det livet han selv har valgt.⁹² Mer spesifikt om eiendomsrett hevder Raz at "depriving a person of opportunities or of the ability to use them is a way of causing him harm. Both the use-value and the exchange-value of property represent opportunities for their owner. Any harm to a person by denying him the use or the value of his property is a harm to him precisely because it diminishes his opportunities."⁹³

For den videre drøftelse skal det gjøres et skille. Ut fra teorien om personlig autonomi bør en skattelegging som ikke kan begrunnes i et autonomifremmende formål ikke gis.⁹⁴ Det må dermed skilles mellom de verdier som betales inn til og brukes til autonomifremmende formål og de verdier borgerne ofrer og nytter i fellesskapet utover dette minimumet. Hvor denne grensen materielt sett går er vanskelig å definere spesifikt, men vil i en viss grad bli behandlet nedenfor i 5.3 nedenfor.

En skattelegging utover det som kan begrunnes i et autonomifremmende formål er for øvrig ikke problematisk hvis de deliberative demokratiprosedyrene følges ved fastleggingen av innbetalingsnivået og hva disse felles midlene skal brukes til. Å skape noe i fellesskap når alle er enige om å gjøre det på et selvstendig grunnlag, er helt i tråd med personlig frihet og autonomi. Men dette forutsetter imidlertid at et eksistensminimum er på plass. Derfor skal det ses nærmere på velferdsrettigheter, som er en sentral del av dette.

5 Er velferdsrettigheter en eiendomsrett?

Spørsmålet om velferdsrettigheter er en eiendomsrett ble aktualisert i Charles A. Reichs artikkel "The New Property" fra 1964. Tatt i betraktning velferdsstatens enorme ekspansjon, i hvert fall her i Norge, siden den tid har spørsmålet om velferdsstatens implikasjoner ovenfor borgernes rettsstilling bare øket i aktualitet. Særlig fordi de fleste er avhengig av en løpende inntekt, enten fra lønn, pensjon eller trygdeytelser –få lever på en underliggende privat formue.⁹⁵ Når poenget med vern om eiendomsretten er å sikre individet en grad av frihet og autonomi, gjelder det samme i høyeste grad overfor velferdsretter. Det er liten praktisk forskjell om Staten tar en del av formuen din eller halverer din trygdeutbetaling. I begge typer situasjoner er det en Stat som i fellesskapets interesse intervensjonerer overfor individet og begrenser dets valgmuligheter.

⁹⁰ Raz 1986 s. 409f.

⁹¹ Raz 1986 s. 411.

⁹² Raz 1986 s. 411.

⁹³ Raz 1986 s. 413.

⁹⁴ Raz 1986 s. 418.

⁹⁵ Kjønstad 1994 s. 20.

5.1 Reichs posisjon

Reichs poeng er at velferdsgodene må klassifiseres som eiendomsrett for å gi individene et tilstrekkelig vern mot Statens uinnskrenkede makt over velferdsrettighetene. For som han selv sier: "the institution called property guards the troubled boundary between individual man and the state".⁹⁶

Utgangspunktet til Reich er at Staten i nyere tid har vokst seg stor og besitter en betydelig rikdom. Statens rikdom har kommet som følge av en overføring fra privateide ressurser, og har erstattet disses funksjon. For eksempel har obligatorisk tjenstepensjon erstattet det som ellers kunne blitt brukt på egen sparing. Resultatet av denne omveltningen er at stadig flere er avhengig av statlige goder som er regulert i type og omfang av Staten og som er underlagt prinsippet om offentlighetens interesse.⁹⁷ Dette er Kjønsstad også langt på vei enig i, da han som Reich mener Staten har påtatt seg tidligere private oppgaver og at oppsparing i formue dermed er forlatt til fordel for innbetaling til Staten og oppbrukning av inntekt på løpende basis.⁹⁸

Reich hevder at Statens makt øker ved hver utdeling av verdier.⁹⁹ Dette viser seg i form av at Staten skaper seg rett til tilsyn med det den utdeler, i tillegg til at den skaper seg rett til å etterforske, regulere og straffe. Statlige utdelinger øker ikke bare det rettslige grunnlaget for statlig makt, men også det politiske grunnlaget fordi borgerne vil sikre seg at de offentlige midler blir brukt i fellesskapets interesse.¹⁰⁰ Når statlige utbetalinger dermed ses på som gaver med vilkår, mener Reich at det rettslige og politiske grunnlaget for statlig makt smelter sammen til ett. Reich går så langt som å si at den massive økningen av offentlige velferdsordninger og reguleringer har gjort det mulig for Staten å kjøpe seg en nedbygging av konstitusjonelle rettigheter.¹⁰¹

Reichs bekymringer for individenes avhengighetsforhold overfor Staten kan knyttes direkte til Joshua Cohens "accommodationist preferences" som beskrevet i 2.4. Det vil i det minste være naivt å tro at maktforholdet som har oppstått ikke har skapt problemer for den underordnede borger. Den samme koblingen kan også gjøres til de problemer som oppstår ved undertrykkelse og manipulasjon for "ens eget beste" som beskrevet i 3.1.2. Dette viser at synspunktene Reich tar opp er i hjertet av frihetsforståelsen i autonomiteorien.

5.2 Kritikk av Reich

Harris har kritisert Reichs bruk av "property" om velferdsrettigheter, fordi de ikke er rettigheter som kan omgjøres i penger.¹⁰² Reichs poeng med at den velferden som tidligere var privat har gått over til å bli offentlig velferd, er i følge Harris problematisk fordi de er av ulik karakter. Hvis velferdsrettigheter skal være en eiendomsrett, må velferdsrettighetene i følge Harris kunne byttes og selges bort, inngå i konkursbo etc., og for å gjøre det ironisk fullendt kunne bli ekspropriert.¹⁰³ Harris har et poeng, særlig i forhold til offentlige velferdstilbud som

⁹⁶ Reich 1964 s. 733.

⁹⁷ Reich 1964 s. 733.

⁹⁸ Kjønsstad 1994 s. 73.

⁹⁹ Reich 1964 s. 746.

¹⁰⁰ Reich 1964 s. 749.

¹⁰¹ Reich 1964 s. 764.

¹⁰² Harris 1999 s. 74. Det samme synspunktet støttes også av Çoban (Çoban 2004 s. 33). Men det anerkjennes også av Reich selv, se Reich 1964 s. 745. Dette er likevel et litt problematisk standpunkt fordi alle velferdsretter har en kostnad – en skolegang eller sykehjemsplass kan enkelt reduseres til et økonomisk spørsmål.

¹⁰³ Harris 1999 s. 74.

grunnskole og medisinsk behandling. Men dette gjelder likevel bare en begrenset del av velferdstilbudet. Store deler av velferdstilbudet er rene pengeutbetalinger til enkeltpersoner i form av pensjon og trygd. I dag står folketrygden for en tredjedel av Statens samlede utgifter.

Det kan også innvendes at velferdstilbud er vilkårs og/eller tidsbestemte. Velferdstilbudet er ikke noe som kan eies absolutt, men noe det gis tilgang til på løpende basis. Men det er jo nettopp der Reichs poeng ligger, at slike tilbud, som borgerne har blitt mer og mer avhengig av, kan endres når Staten finner det for godt. Dermed blir Harris' innvendinger om velferdsrettighetene hører til eiendomsretten eller ikke litt konstruert all den tid både denne oppgaven og Reichs intensjon handler om den personlige autonomis levekår. Som vist overfor i 4.3.2 må borgerne ha en berettiget forventning av at det de har betalt inn til Staten i første rekke går til å dekke velferdstilbud som er nødvendige for enhvers mulighet til å oppnå et minimum av autonomi.

Det må etter det som hittil er drøftet stå klart at for eksempel et tilbud om gratis legehjelp til alle er en viktig del av den personlige autonomis rammekår. Enhver må være sikret et minimum av basale rettigheter for å kunne agere fritt som autonome individer. Da er det også klart at hvis slike basale rettigheter stadig endres på og tilgangen er usikker, vil dette ha innflytelse på den enkeltes frihet. Kjønstad mener i den sammenheng at trygderettigheter må ligge i en mellomposisjon mellom politiske og økonomiske rettigheter.¹⁰⁴ Samtidig må det også konstateres at et tilbud av basale rettigheter må holdes på et minimum, nettopp av den grunn at en utbygging av et omfattende velferdstilbud vil innskrenke individenes frihet både ved at man må oppgi mer frihet eller eiendom til fellesskapet og at velferdstilbudene selv pålegger individene byrder som innskrenker deres frihet. Nedenfor skal det derfor ses nærmere på hvor grensene for disse to forholdene bør strekkes når det gjelder enkelte velferdsrettigheter, da særlig trygderettigheter.

5.3 Ulike typer velferdsrettigheter med ulikt type vern

Det kan tas utgangspunkt i et skille mellom en kategori som skal sikre en minstestandard for alle og en annen kategori som skal sikre individene et generelt økonomisk vern. Den første kategorien skal sikre individene en grad av autonomi ved en statlig utbetaling, den andre skal sikre individene en grad av autonomi ved et vern mot statlig innblanding. Like fullt som dette er to motsetninger, er de begge nødvendige for å danne et samfunn av frie, autonome individer. Spørsmålet er hvor en skal sette grensene.

Et sentralt poeng for Kjønstad er at velferdssystemet skal være forutberegnelig og ha en stor grad av trygghet.¹⁰⁵ Et typisk eksempel på dette er grunnpensjonen som skal sikre en minstestandard, hvilket også er helt i tråd med kravet om personlig autonomi. Uten konstitusjonelt vernede velferdsrettigheter er det vanskelig for borgerne å danne seg et forutsigbart bilde om sin fremtid. Dette er særlig problematisk når det faktisk er slik at eiendeler man har, formuen, er bedre vernet enn inntekt og mulige fremtidige inntekter.¹⁰⁶

Kjønstads syn støttes også av Habermas som i sin deliberative modell fremstetter fem ulike typer rettigheter som må foreligge for å sikre individets autonomi. De fire første kan enkelt betegnes som klassiske frihetsrettigheter, statsborgerlige rettigheter, partsrettigheter og øvrige

¹⁰⁴ Kjønstad 1997 s. 263. Boe slutter seg også til dette synspunkt, se Boe 1998 s. 31.

¹⁰⁵ Kjønstad 1994 s. 74f.

¹⁰⁶ Kjønstad 1994 s. 23.

prosessrettigheter og politiske rettigheter.¹⁰⁷ Den siste rettighetstypen er imidlertid velferdsrettigheter som skal sikre grunnlaget for de fire første. Habermas formulerer denne rettigheten slik: ”basic rights to the provision of living conditions that are socially, technologically, and ecologically safeguarded, insofar as the current circumstances make this necessary if citizens are to have equal opportunities to utilize [de fire første rettighetstypene]”.¹⁰⁸

Et viktig skille står mellom vernet borgerne har for det de betaler inn som skatt og vernet de har for det de betaler inn til folketrygden eller andre spesifikke formål. Skatteinntekter står lovgiver fritt til å bruke som den vil, men det samme gjelder ikke for inntekter til bestemte formål som trygdeavgift.¹⁰⁹ Dette er øremerkede midler som ikke skal omdisponeres til andre formål, hvilket det også er argumentert for i 4.3.2 i forhold til skattelegging. Men som Kjønstad påpeker, er det stor forskjell mellom ulike typer trygdeytelser, der for eksempel grunnpensjonen blir utbetalt uavhengig av hva man har betalt inn, mens andre, slik som tilleggspensjonen, er avhengig av hva man har betalt inn.

Kjønstad poengterer med støtte i rettspraksis at rettigheter som tilleggspensjon har preg av å være en ”betalt rettighet” og dermed stiller i fremre rekke av hva som må gis vern.¹¹⁰ Konsekvensen av en nedgradering av grunnpensjonen er imidlertid at de som har hatt lite eller ingen pensjonsgivende inntekt er svakere vernet enn dem som har hatt høyere inntekt.

Det skillet som er utviklet i rettspraksis mellom rettsvernet til grunnpensjonen og tilleggspensjonen eksisterer ikke i det ovenfor drøftede autonomibegrepet. Der er både grunnpensjonen og tilleggspensjonen viktige, men med det utgangspunkt for tilleggspensjonen at den ikke burde eksistere i det hele tatt. Når tilleggspensjonen likevel eksisterer er det viktig at den gis et sterkt vern for slik å begrense Statens innblanding i det som kan sies å være en form for oppspart formue med betingelser.

Det strider imidlertid klart mot autonomiprinsippet at grunnpensjonen skal ha dårlig vern. Dette av to grunner. For det første er en minimumsstønning med på å sikre muligheten for autonomi, og for det andre vil styrken av rettsvernet for stønningen bestemme graden av den autonomi som er mulig å oppnå. Dette er også Høgberg enig i, når hun uttaler at ”i den utstrekning offentlige ytelser er gitt for å tilfredsstille et minimum av levestandard el.l., vil de økonomiske ytelsene raskt befinne seg i et grenseland mot den personlige frihet og sikkerhet.”¹¹¹

Som poengtert ovenfor, er all form for ekstern påvirkning som begrenser individets valgmuligheter i strid med autonomiprinsippet. Ekstern påvirkning er også, som vist ved behandlingen av positiv frihet i 3.1.2, problematisk ved et krav om frihet selv om påvirkningen har gode intensjoner. At borgerne må betale Staten penger de skal få igjen på et senere tidspunkt, kommer dermed i konflikt med prinsippene om frihet og autonomi. Selv om intensjonen skulle være god, er det et inngrep i borgernes frihet Staten ikke kan fri seg fra.

¹⁰⁷ Mæhle 2005 s. 199.

¹⁰⁸ Habermas 1996 s. 123.

¹⁰⁹ Kjønstad 1994 s. 57.

¹¹⁰ Kjønstad 1994 s. 59. Dette viser seg også når ”betalte rettigheter” blir utbetalt til folk som har flyttet til utlandet, mens utbetaling av grunnpensjon i utgangspunktet er betinget av at man bor i Norge, Kjønstad 1994 s. 60.

¹¹¹ Høgberg 2009 s. 224.

6 Forholdet til lovgivers syn

I Kløfta-dommen ble det lagt til grunn når det gjaldt de økonomiske rettighetene,¹¹² at ”Stortingets forståelse av lovens forhold til slike grunnlovsbestemmelser ... [skulle] spille en betydelig rolle” i rettsanvendelsen. Høyesterett ville dermed ”vike tilbake for å konstatere grunnlovsstrid i tilfelle hvor det foreligger rimelig tvil, og hvor Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med Grunnloven.” Spørsmålet her er dermed i hvilken grad lovgivers egne vurderinger skal vektlegges i rettsanvendelsen.

Det er flere innfallsvinkler til dette spørsmålet. Konstitusjonenes autoritet vil bli drøftet først, for å identifisere hvor grensen går for grunnlovsvvern generelt. Deretter vil det ut fra Grunnlovens §97 tas utgangspunkt i at en grunnlovsanvendelse i en viss utstrekning må belage seg på rimelighetsvurderinger. Derfra vil det bli trukket opp flere ulike løsninger på hvordan denne vurderingen kan løses i rettsanvendelsen, men med hovedvekt på hvilken rolle lovgivers syn kan gis.

6.1 Konstitusjonens autoritet

Et naturlig utgangspunkt er at en lovs autoritet utgår fra de som har vedtatt den. I tilfellet med Grunnloven var dette Riksforsamlingen på Eidsvoll, men den hadde ingen, i hvert fall ikke opplagt, autoritet den utgikk fra. Og den autoriteten Riksforsamlingen en gang eventuelt hadde kan nå sies å ha forsvunnet med tiden. På den annen side har Grunnloven blitt endret såpass mye over tid at det som i dag fremstår som Grunnloven er et produkt av en fullt ut legitimert prosess.¹¹³

Et moment i autoritetsspørsmålet er hvorfor en generasjon skal være bundet av konstitusjonelle regler laget for opp til 200 år siden. I det hele tatt hvorfor en generasjon også skal være bundet til like gamle regler om hvordan de konstitusjonelle reglene kan endres. Perry mener at dette først og fremst må bero på praktiske grunner.¹¹⁴ Det er rett og slett for krevende å endre konstitusjonen, og med mindre det blir et voldsomt opprør mot konstitusjonen er minste motstands vei å bøye seg for den. Dette er imidlertid en nærmest uholdbar svak argumentasjon for en konstitusjons autoritet.

Et sentralt tema i spørsmålet om konstitusjoners autoritet er det som på engelsk blir kalt for pre-commitment. Waldron, som etter å ha drøftet teoriene om pre-commitment av Jon Elster, kommer til at dette får særlige utslag i konstitusjonelle spørsmål. Waldron hevder at ”the constitutional arrangements ... cannot really be regarded as a form of precommitment by agent A at time t_1 to a decision (for time t_2) that A himself has chosen. Instead, they involve a form of submission by A at t_1 to whatever judgment is made at t_2 by another agent, B, in the application of very general principles that A has instructed B to take into account.”¹¹⁵ Poenget til Waldron er altså å fremheve at en generasjon i liten grad kan båndlegge en fremtidig generasjons handlefrihet ved å vedta en konstitusjon, all den tid samfunnet er i konstant utvikling og fremtidige problemer er umulige å forutsi.

¹¹² Det skal her presiseres at hele oppgavens drøftelse om lovgivers syn dreier seg om økonomiske rettigheter, og ikke for eksempel strafferettslige spørsmål som stiller lovgivers syn i en helt annen kontekst.

¹¹³ 2/3 av paragrafene i Grunnloven har vært endret i innhold minst en gang. E. Smith 2009 s. 94.

¹¹⁴ Perry 1998 s. 101f.

¹¹⁵ Waldron 1998 s. 280.

Et annet beslektet syn kan tas fra Kis, som hevder at ”constitutional pre-commitment is ... not genuine pre-commitment because the agent who purports to bind itself is always in a position to undo the tie.”¹¹⁶ Dette synet er i samsvar med det Eivind Smith i lengre tid har agert for i spørsmålet om prøvingsretten, nemlig at Stortinget uansett har siste ord –det kan endre Grunnloven.¹¹⁷ At en grunnlovsbestemmelse er gammel er dermed etter Smiths syn ikke et uttrykk for annet enn at det ikke har vært nødvendig å endre den.

Det bør for øvrig legges til her at det ikke er nødvendig å se konstitusjonen som et medium hvor en generasjon binder en fremtidig. Konstitusjonen kan også ses som et samfunnsskapt produkt, og at man dermed bare har én aktør –samfunnet– som binder seg selv. Selv om samfunnet endrer seg over tid, vil ikke et slikt syn gi samme moralske implikasjoner som en generasjonsbindende tanke vil gjøre.¹¹⁸

Utgangspunktet må være at Grunnloven gjelder slik den til enhver tid er.¹¹⁹ Dette synspunktet støttes av at rundt to tredjedeler av paragrafene i Grunnloven har vært endret innholdsmessig minst én gang.¹²⁰ Selv om det er hevdet at endringene gjelder mindre viktige detaljspørsmål,¹²¹ viser likevel antallet endringer en imponerende vilje og handlekraft til å endre Grunnloven. Det er da også en stadig samfunnsdebatt om hva grunnlovsteksten skal inneholde –for eksempel statskirkeordningen, bekjennelsesparagrafen, kommunalt selvstyre, menneskerettighetene, odelsretten og den monarkiske styreform. Bare det at Grunnloven til stadighet er midtpunkt i en samfunnsdebatt viser at dette er en levende konstitusjon mange mener må brukes aktivt for å fremme viktige prinsipper.

Mot et slikt konservativt syn kan det hevdes at å endre Grunnloven kanskje ikke er så enkelt som tallene skal ha det til.¹²² Det kan tenkes at mange er reserverte mot endringsforslag bare fordi det dreier seg om Grunnloven, selv om de skulle være enig i endringsforslaget rent prinsipielt. Til dette er det imidlertid å innvende at hvis landet har en konstitusjon som på en rimelig enkel måte er mulig å endre, påhviler det også et ansvar for å benytte denne muligheten. Konstitusjonen er grunnsteinen i det styresettet landet har, og hvis den er utformet slik at den skal kunne endres, vil en neglisjering av denne muligheten også være en neglisjering av et helt grunnleggende prinsipp i vår styreform. Det påhviler et ansvar å benytte de muligheter konstitusjonen gir. For hvis muligheten konsekvent ikke blir brukt, er det ikke annet enn en passiv måte å endre styreformen på og ikke minst endre spillereglene –slik Eivind Smith gjør oppmerksom på. Å si at en grunnlovsbestemmelse ikke har noen legitimitet fordi den er gammel er grunnløst så lenge det går an å endre den. Altså vil et sterkt grunnlovsvvern være sentralt i ideen om en konstitusjonell styreform.

Visse nyanser må imidlertid trekkes frem her. For det første kan det ta lang tid å innlemme verdier i konstitusjonen det over tid har blitt et betydelig flertall for.¹²³ Men innvendingen er som sagt at hvis det er viktig nok går det også raskere. For det andre er det et problem med konstitusjonens nødvendigvis høye abstraksjonsnivå. Dette hindrer for det første at viktige verdier på begrensede områder kommer med, all den tid konstitusjonen bør holde seg til det

¹¹⁶ Kis 2003 s. 208.

¹¹⁷ E. Smith 2009 s. 331.

¹¹⁸ Jfr. Carsten Smiths syn om Grunnloven som kamparena mellom generasjonene. Se C. Smith 1975 s. 302.

¹¹⁹ E. Smith 2009 s. 331.

¹²⁰ E. Smith 2009 s. 94.

¹²¹ Andenæs/Fliflet 2006 s. 55.

¹²² Andenæs/Fliflet 2006 s. 55.

¹²³ For eksempel en bestemmelse om likestilling.

aller viktigste. Det mest problematiske er imidlertid at de vide konstitusjonsbestemmelsene fremmer svært vanskelige spørsmål når de skal anvendes på detaljerte saker.

Et slikt problemområde for den norske Grunnloven er dens §97. Anvendelse av §97 beror nødvendigvis på en rimelighetsvurdering. Det er særlig to hensyn som må balanseres, det er hensynet til borgernes rettssikkerhet og forutberegnelighet, og lovgivers behov for handlefrihet.¹²⁴ Dette kommer tydelig frem i saker om uegentlig tilbakevirkning, slik som i Borthen-dommen. Spørsmålet er hvor premisset for denne rimelighetsvurderingen skal komme fra. Skal premisset komme fra en autonom rettsanvendelse basert på moralske prinsipper eller samfunnsoppfatninger, eller fra lovgivers eget syn?

6.2 Grunnlovstolkning basert på autonom rettsanvendelse

Mæhle hevder det er en spenning mellom det faktum at lovgiver må forholde seg til et individuelt rettighetsvern som er nødvendig i en rettsstat og det faktum at disse rettighetene er resultater av demokratiske overveielser. Dette kaller hun det demokratiske paradoks.¹²⁵ Paradokset har sammenheng med Habermas' syn om at samfunnet må være basert på visse basale, uunngåelige og moralsk funderte rettigheter, og at disse rettighetene er med på både å begrense og begrunne flertallets autoritet og legitimitet.¹²⁶

Utgangspunktet til Mæhle er at domstolene skal foreta en formelt autonom vurdering uavhengig av andre institusjoner og at vurderingen grunnleggende er ikke-politisk.¹²⁷ Tanken er at domstolene ikke kan "vike tilbake for å møte utfordringene fra det demokratiske paradokset."¹²⁸ Mæhle hevder at domstolene dermed ikke kan "legitimere avgjørelsen bare ved å vise til Stortingets forståelse; det ville frata rettsanvendelsesskjønnet dets materielt autonome karakter."¹²⁹ Mæhles posisjon står for øvrig nær Alexys syn. Alexy mener at domstolene har en spesiell forutsetning for å vurdere forholdet mellom flertallsmakt og rettighetsvern, og på en slik måte inngår som en grunnleggende del i rettstatens demokratiske fundament.

Et eventuelt perspektiv av prøvingsretten som en kamp mellom domstol og lovgiver kan imidlertid nyanseres ved å konstatere at prøvingsrettens følger ikke kan være en annullering av den nye loven, men bare en konstatering av at domstolen ser vekk fra å dømme etter den. At loven fremdeles står intakt har dermed den følge at domstolen ikke tar på seg noen autoritet som lovgiver.¹³⁰

Utfordringen med en autonom rettsanvendelse, er at rettsanvendelsens grunnlag må komme etsteds fra. Å la det være opp til dommernes personlige skjønn vil åpenbart være problematisk og ikke ønskelig.¹³¹ Det kan dermed tenkes to forankringspunkter for rettsanvendelsen annet enn lovgivers syn. Det er den generelle oppfatningen i samfunnet og moralske prinsipper.

¹²⁴ Bugge 1999 s. 65.

¹²⁵ Mæhle 2005 s. 261.

¹²⁶ Mæhle 2005 s. 189.

¹²⁷ Mæhle 2005 s. 268.

¹²⁸ Mæhle 2005 s. 269.

¹²⁹ Mæhle 2005 s. 275.

¹³⁰ Kis 2003 s. 183. Boe er også inne på spørsmålet, uten å konkludere noe, Boe 1998 s. 33f.

¹³¹ Rytter 2000 s. 295.

6.2.1 Samfunnsoppfatning

Et eksempel hvor domstolen tok avstand fra lovgivers syn og i stedet tok hensyn til det rådende syn i samfunnet, er Kjuus-dommen, Rt. 1997 s.1821. Her uttalte førstvoterende at §100 er så gammel at den må ”vurderes på bakgrunn av den utvikling vårt samfunn har gjennomgått.”

Et argument for å vektlegge samfunnsoppfatningen er at flertallet i Stortinget nødvendigvis ikke sammenfaller med folkeflertallets syn. Oppslutningen for enkelte partier kan endre seg markant i løpet av fire år, i tillegg til at mange saker splitter partier i to, slik som debatten om datalagringsdirektivet nylig gjorde med Høyre.

Men å vektlegge samfunnsoppfatningen får fort et preg av synsing. Det finnes ingen kvalifisert debatt med noe klart resultat å bygge på. Legitimiteten til en slik forankring er dermed tvilsom, særlig hvis det er tale om mer spesifikke spørsmål man er nødt til å dedusere en oppfatning av ut fra en generell forståelse av samfunnets verdier. Det er også problematisk for lovgiverens demokratiske legitimitet hvis dens uttalelser vektlegges mindre enn det domstolen mener er den rådende samfunnsoppfatning.

En rettsanvendelse basert på samfunnsoppfatningen strider også mot grunnleggende trekk i den deliberative demokratimodellen. Enhver oppfatning av en sak har som nevnt i 2.2, ingen legitimitet i seg selv uten at den har passert en deliberativ prosess. Habermas advarer i så måte mot å gi sosiale eller rent samfunnsskapt meninger noen verdi, fordi det kan føre til at sterke pressgrupper får for mye makt.

Rettsanvendelsen må etter Habermas’ syn dermed basere seg på positivt lovmateriale.¹³² Rettsanvenderen skal dermed ikke søke ut i samfunnet for å finne holdepunkter for rettsanvendelsen. Habermas skaper dermed et skille mellom den politiske og moralske diskursen som rettferdiggjør argumentene, og den rettslige diskursen der argumentene anvendes.¹³³ Målet er å realisere størst mulig grad av kommunikativ rasjonalitet.¹³⁴ Her skiller Habermas seg diametralt fra Dworkin.

Habermas stiller dermed det krav til lovvedtaket at lovgiveren har tatt et prinsipielt hensyn til ”hva som er best for alle.”¹³⁵ Men Habermas åpner likevel for at domstolene også ”should keep watch over just that system of rights that makes citizens’ private and public autonomy equally possible.”¹³⁶ Dette synet slutter også ringen i denne oppgavens resonnement –at en grad av personlig autonomi er nødvendig i en deliberativ demokratisk prosess, og at denne autonomien dermed må vernes om ved konstitusjonelle regler. Men ”å holde øye med” er ikke noe sterkt utsagn.

6.2.2 Moralsk grunnlag

Raz hevder at konstitusjonens autoritet må baseres på ren moralsk argumentasjon.¹³⁷ Det kan tas utgangspunkt i at både konstitusjonelle rettigheter og politikken, hvis formål på mange måter er å lage nettopp regler, har et moralsk opphav og er et uttrykk for en valgt verdiprioritering. Det er ingen åpenbar logikk i å hevde at reglene Riksforsamlingen bestemte

¹³² Mæhle 2005 s. 208.

¹³³ Mæhle 2005 s. 209.

¹³⁴ Mæhle 2005 s. 213.

¹³⁵ Mæhle 2005 s. 211.

¹³⁶ Habermas 1996 s. 263.

¹³⁷ Raz 1998 s. 159 og s. 169.

i 1814 er frigjort fra all moral og verdier, mens de regler Stortinget vedtar i dag nettopp er det. Begge regelsettene er basert på verdivalg, og er dermed i utgangspunktet like legitime. Men som nevnt i 2.2 vil konstitusjonelle regler som er svært gamle og ikke springer ut av noen fullverdig deliberativ prosess, ha en skrantende moralsk legitimitet.

Særlig Dworkin, med sin bruk av rettsprinsipper, ligger i denne gruppen hvor autonom rettsanvendelse baserer seg på moralske grunnprinsipper. Det vil imidlertid føre for vidt å gå nærmere inn på Dworkins teori her.

En moralsk norm kan kobles til Grunnlovens §112 og kravet om ”Prinsipper” og ”Aand”. Disse relativt vage formuleringene kan vise til verdier som på et tidspunkt kan sies å ligge innenfor Grunnlovens ånd, men på et annet tidspunkt tenkes å ligge utenfor. Regler som kan hevdes å ha ligget innenfor Grunnlovens ånd i 1814, slik som den monarkiske styreform og statskirken, kan i dag tenkes løsrevet fra et vern mot endring etter §112. Et bedre eksempel på en bestemmelse som nå har falt bort er den såkalte jødeparagrafen. Dette viser at moralske verdier endrer seg over tid, hvilket kan føre ad to veier. For det ene kan et endret grunnlag for en regel få betydning for hvordan den tolkes. For det andre kan det moralske grunnlaget ha falt bort, og regelen kan dermed ikke lenger anvendes på bakgrunn av moralske prinsipper.

Habermas skiller ikke rett, moral og politikk hver for seg, de henger sammen. I omhandlingen av den deliberative demokratimodellen i 2.2, tas det utgangspunkt i den grunnleggende forståelsen av Habermas diskursprinsipp. Habermas skiller imidlertid mellom ulike typer diskurser, slik som rettslig, moralsk og politisk diskurs. Den moralske diskursen dreier seg om å finne frem til hva som er ”in the equal interest of all”,¹³⁸ altså hva alle verdensborgere kan enes om, det vil si hva som er riktig. Selv om den politiske diskursen retter seg mot mer konkrete spørsmål, med det formål å finne gode løsninger, er den likevel ikke underordnet den moralske diskursen.¹³⁹ Poenget til Habermas er nemlig at ”the principle of democracy already presupposes the possibility of valid moral judgements.”¹⁴⁰ For å klarlegge hva en god løsning er, må det først ta utgangspunkt i hva som er riktig.¹⁴¹ Sammenhengen mellom politisk og moralsk diskurs gir dermed i følge Mæhle rettsanvendelsen et dobbelt fundament.¹⁴²

6.3 Hensynet til lovgiver ved grunnlovstolkning

6.3.1 Normativt utgangspunkt

Perry har definert to normative utgangspunkt for hvor grensen for hensynet til lovgivers syn skal settes. Det første utgangspunktet tas i en situasjon der lovgiver har vedtatt en lov som er i samsvar med konstitusjonen tolket som norm X, mens domstolen tolker konstitusjonen som en annen norm Y.¹⁴³ Perry mener det må være opplagt at domstolens forståelse må legges til grunn hvis domstolen mener norm X både er feil og urimelig. I dette ligger det at domstolene skal ha siste ord i prøvingen, på et selvstendig grunnlag. I Norge kan heller ikke domstolene

¹³⁸ Habermas 1996 s. 108.

¹³⁹ Habermas 1996 s. 128.

¹⁴⁰ Habermas 1996 s. 110.

¹⁴¹ Mæhle 2005 s. 196.

¹⁴² Mæhle 2005 s. 198.

¹⁴³ Perry 1998 s. 124f.

ta i betraktning lovgivers syn når den finner grunnlovstolkningen som er lagt til grunn for feil.¹⁴⁴

Perry tar også utgangspunkt i en situasjon der domstolen anser lovgivers syn som feil, men likevel ikke urimelig.¹⁴⁵ Perry gir ikke noe klart svar på hvordan dette skal løses, men lister opp flere forhold han mener er relevante i vurderingen.¹⁴⁶ Det gjelder graden av feilaktighet eller urimelighet i lovgivers tolkning, hvor grundig lovgiver har vurdert forholdet til konstitusjonen, hvorvidt lovgivers tolkning av konstitusjonen søker å unngå en vid begrensning i lovgivers handlefrihet, om det dreier seg om en foreslått negativ rettighet eller en positiv – som lovgiver kan stå bedre posisjonert til å vurdere selv, og i hvilken grad lovgivers grunnlovstolkning er påvirket av den politiske majoritets syn. Dette er alle viktige momenter i en rimelighetsvurdering, men i den norske rettspraksis har det stort sett bare vært fokus på hvor grundig Stortinget har vurdert forholdet til Grunnloven.

6.3.2 Hensynet til lovgivers handlefrihet

Ely har som utgangspunkt at offentlige spørsmål som hovedregel skal avgjøres i flertallsvalg, enten direkte av folket eller ved representanter.¹⁴⁷ Men Ely hevder at hvis en majoritet ønsker å endre regler som har konsekvenser for individer, altså sensitive ovenfor et flertallsstyre, og som er vedtatt av en supermajoritet i konstitusjons form, vil enhver endring av slike regler være ”immune to displacement by anything short of a similar supermajority vote in the future.” Poenget her er enkelt og logisk. En simpel majoritet har ikke legitimitet til å overkjøre en supermajoritet.¹⁴⁸

Et beslektet poeng kan vises ved det demokratiske system i USA, hvor det til enhver tid sitter folkevalgte fra tre forskjellige valg i den lovgivende makt. Rent komparativt virker det klart at det norske politiske flertall til enhver tid er av en ganske annen karakter enn det politiske flertall i det amerikanske systemet. Det kan dermed tenkes at også ”kvaliteten” på et flertall bør ha innvirkning på vekten av lovgivers syn.¹⁴⁹

Waldron er imidlertid av en noe annen oppfatning. Han hevder at ”once it becomes unclear or controversial what the people have committed themselves to, there is no longer any basis in the idea of precommitment for defending a particular interpretation against democratic objections.”¹⁵⁰ Dette standpunktet kan imidlertid avfeies med henvisning til argumentasjonen om konstitusjonell autoritet i 6.1.

Habermas har som nevnt tidligere i 5.3 fremsatt fem typer basale rettigheter som må anerkjennes i et deliberativt demokrati. Disse basale rettighetene er imidlertid ikke konkrete.¹⁵¹ De er ikke gitt noe predeterminert innhold fordi det er lovgivers oppgave å konkretisere rettighetenes innhold.¹⁵² Habermas grunnleggende utgangspunkt er at ingen

¹⁴⁴ E. Smith 200, s. 368 og E. Smith 1993 s. 297. Dette er også uttrykkelig presisert i Kløfta-dommen.

¹⁴⁵ Perry 1998 s. 126.

¹⁴⁶ Perry 1998 s. 126.

¹⁴⁷ Ely 1991 etter Perry 1998 s. 127.

¹⁴⁸ Høgberg er så vidt inne på dette, men avviser problemet med henvisning til at §97 er negativt avgrenset og slik sett setter grenser for Stortinget uansett hvilket flertall som ligger bak (Høgberg 2009 s. 80). Poenget her er likevel at dette må ha betydning for legitimiteten.

¹⁴⁹ I Norge hadde man opprinnelig en viss kvalitetssikrende rolle med Lagtinget, men kvalitetssikringen falt i praksis bort med innføringen av parlamentarismen, og Lagtinget er i dag også avskaffet.

¹⁵⁰ Waldron 1998 s. 281.

¹⁵¹ Mæhle 2005 s. 201.

¹⁵² Mæhle 2005 s. 207.

normer kan være legitime rettsnormer uten at borgerne anerkjenner rettsnormene som prinsipielt sett rettferdige.¹⁵³ Som det også er vist i 2.2. har ikke moralske verdier eller normer noen verdi eller legitimitet i seg selv i en deliberativ demokratimodell, men kun hvis de blir rettferdiggjort i en deliberativ prosess. Så lenge de deliberative prosessuelle rettighetene og individenes autonomi er sikret, blir resultatet av dette standpunktet at det er lovgiver som til enhver bør definere de konstitusjonelle rettighetenes innhold.

Kjønstad og Eivind Smith finner et slikt standpunkt betenkelig siden konsekvensen er at flertallet hos lovgiver dermed skal kunne ”hindre en domstolskontroll ved bare egenhendig å ha vurdert forholdet til Grunnloven.”¹⁵⁴ Det spørres også hvor mye autoritet konstitusjonen har igjen hvis lovgiver på ”enkelt” vis kan snu seg unna en grunnlovsendring bare ved selv å argumentere for det. Men som vist ovenfor i 6.1 vil en for vid tolkning av Grunnloven komme i konflikt med den konstitusjonelle styreform. Terskelen for når lovgivers syn skal få betydning må dermed settes høyt. Rammen for de konstitusjonelle reglene kan i liten grad tøyes, men det vil være opp til lovgiver å bestemme premisset for hvordan konstitusjonelle regler skal tolkes. Når en grunnlovsprøving krever en tolkning av Grunnloven er lovgivers syn det mest legitimerede standpunktet å bygge rettsanvendelsen på, fordi det er den deliberative prosess som skaper legitimitet.

Skal lovgivers syn tas til følge, må det imidlertid også stilles krav til at spørsmålet grunnlovsprøvingen reiser faktisk er tilstrekkelig vurdert. Uten en tilstrekkelig deliberasjon får lovgivers syn heller ingen sterk legitimitet.

6.4 Krav til lovgivers syn

Rytter slutter seg til prinsippet om at lovgivers vurderinger skal tas hensyn til hvis forholdet til konstitusjonen er vurdert ”på kvalifiseret måte” i lovforarbeidene.¹⁵⁵ Selv om han sier at vekten av lovgivers vurdering tross alt må være begrenset (hvis prøvingsretten i det hele skal ha noen misjon), står han nærmere å vektlegge denne vurderingen enn det Boe og særlig Eivind Smith gjør.¹⁵⁶ Mæhle er for øvrig av motsatt oppfatning av Rytter, og hevder at ”grensene for rettsanvendelsesskjønnet ikke kan konkretiseres gjennom å undersøke refleksjonsintensiteten hos lovgiverne.”¹⁵⁷

Raz gjør for øvrig et interessant poeng i denne sammenhengen når han hevder at ”constitutional politics may not be the same as parliamentary politics.”¹⁵⁸ Dette innebærer at all den tid Stortinget har drøftet forholdet til Grunnloven, kan debatten omkring dette ha en vesentlig annen karakter enn hvis Stortinget skulle hatt endret Grunnloven for å gå klar av en konflikt. Dette virker plausibelt, og er et moment som ikke uten videre kan avfeies. Konteksten blir vesentlig annerledes når lovgiver drøfter forholdet til konstitusjonen enn når den drøfter en endring av konstitusjonen, selv om begge (om enn ikke i samme grad) har som mål å legge nye (i det minste presiserende) konstitusjonelle føringer. Det må dermed stilles et tydelig krav til lovgivers vurdering.

¹⁵³ Mæhle 2005 s. 188.

¹⁵⁴ Kjønstad 1994 s. 47f.

¹⁵⁵ Rytter 2000 s. 405.

¹⁵⁶ Rytter 2000 s. 406. Se Boe 1998 s. 33 for hans standpunkt.

¹⁵⁷ Mæhle 2005 s. 274.

¹⁵⁸ Raz 1998 s. 155.

Hvilke krav som må stilles til lovgivers vurdering er av Høyesterett vurdert en rekke ganger. Det er for det første fremsatt et klart krav om at lovgiver faktisk har vurdert spørsmålet. Førstvoterende i Rt. 1981 s. 278, som gjaldt spørsmål om den nye odelsloven var ment å ha tilbakevirkende kraft på et område, vek tilbake for å bruke den nye loven på bakgrunn av ”lovforarbeidenes fullstendige taushet om dette spørsmål.” Det ble videre uttalt som et utgangspunkt at hvis lovgiver mente at den nye loven skulle ha tilbakevirkende kraft, ville ikke dette ”blitt stående fullstendig ukommentert.”

Samme syn kom Høyesterett til i Rt. 1988 s. 861, hvor det ikke var nok for anvendelse av §10 i den nye eierseksjonsloven at den nye regelen ikke var med i overgangsbestemmelsens liste over hvilke regler som ikke skulle ha tilbakevirkende kraft. Det avgjørende i dommen var imidlertid at spørsmålet kun ble drøftet og løst i departementene, og aldri kom opp til vurdering i Stortinget. Samme konklusjon ble også gitt i Sørheim-dommen, Rt. 2007 s. 1308, hvor lovregelen hadde fått en for hurtig behandling i Stortinget og bar preg av å være en regel man kom fram til på et sent tidspunkt basert på et politisk kompromiss etter komitébehandlingen.

Det fremgår dermed et krav om at lovgiver uttrykkelig må ta standpunkt til et spørsmål om grunnlovsstrid, uansett hva lovteksten skulle si. En liten skjerpelse av kravet kom i Rt. 1981 s. 1439, hvor det virker som Høyesterett stilte strengere krav når Staten selv ville profitere sterkt på en tilbakevirkning.

Høyesterett har bare satt grensen ved om spørsmålet er vurdert av Stortinget, og i liten grad hvor grundig det må være vurdert. De sakene som er nevnt ovenfor fremstår som ganske klare all den tid de mer eller mindre ikke er vurdert. Ut fra det som er vist i 6.3.2, er det imidlertid klart at det også må stilles kvalitative krav til Stortingets vurdering. Et slikt krav ble formulert av førstvoterende i Øvre Ullern Terrasse-dommen, Rt. 2007 s.1281, hvor det heter at ”det må stilles et kvalitetskrav i den forstand at Stortingets standpunkt må være basert på et overveid syn, og at eventuelle misforståelser kan ha betydning for hvilken vekt Stortingets standpunkt kan tillegges.”

Rettspraksis har imidlertid ikke strukket opp noen strenge krav til hva et ”overveid syn” må inneholde. Terskelen er satt lavt, og det virker som det skal mye til for at Høyesterett skal sette lovgivers syn til side hvis spørsmålet bare er tatt opp i Stortinget. Det synes dermed klart at rettspraksis ikke har stilt opp like strenge krav som til en fullverdig deliberasjon av grunnlovsspørsmålet. Rettspraksis stiller dermed mindre strenge krav til legitimiteten av lovgivers syn enn det som er argumentert for tidligere i oppgaven. I det minste burde vurderingsmomentene Perry setter opp i 6.3.1 være sentrale i domstolenes vurdering. Det ville satt vurderingen av lovgivers syn i en noe større sammenheng som ville gjort vurderingsresultatet langt mer legitimt. Boe etterlyser også en bredere diskusjon i domspremissene om kvaliteten av lovgivers syn.¹⁵⁹ Et spørsmål i denne sammenheng er om det bør være ulik vurderingspraksis for ulike typer rettigheter.

¹⁵⁹ Boe 1998 s. 33.

6.5 Ulik praksis for ulike typer rettigheter?

I Norge har det tradisjonelt vært to teoretiske hovedretninger for hvordan §97 skal anvendes, en standardteori og en rettsregelteori.¹⁶⁰ I følge rettsregelteorien går anvendelsen ut på å fremstille faste regler for hvor grensen går på ulike typer rettsområder (strafferett, kontraktsrett osv.). Standardteorien hevder imidlertid at noen faste regler ikke lar seg oppstille, og anser §97 for å være et allment rettferdighetsprinsipp som skal sikre borgerne mot urimelige og urettferdige lovendringer. Dette får den følge at vurderingsnormen vil kunne endre seg med tiden. Forskjellene skal dog ikke strekkes for langt,¹⁶¹ men som vist med dommer Backers votum i Borthen- og særlig Tunheim-dommen, som beskrevet nedenfor, kan det ha betydning hvilken teori man støtter seg til. En viss blanding av teoriene virker da også å ha vært det vanlige de siste tiår,¹⁶² men standardteorien har vært den dominerende kraften de siste 50 år.¹⁶³ Det sentrale spørsmål er uansett om den aktuelle loven er klart urimelig eller urettferdig.¹⁶⁴

Boe ser som nevnt innledningsvis i oppgaven spørsmålet om hensynet til Stortingets syn sammen med spørsmålet om prøvingsintensiteten. Han finner ingen grunn til at Stortingets syn skal vektlegges ulikt overfor ulike rettigheter når rettighetene allerede er gradert i intensitet.¹⁶⁵ Samme syn hadde også Andenæs, som mente at hensynene for å vektlegge lovgivers syn hadde samme tyngde i de fleste tilfeller.¹⁶⁶ Stortingets syn bør etter Boes vurdering ikke har større gjennomslagskraft enn en vanlig rettskildedefaktor, og dens gjennomslagskraft må vurderes ut fra kvaliteten på argumentene som kommer frem.

Heller ikke ut fra den deliberative demokratimodellen kan noe rettsregelteoretisk standpunkt utledes direkte da lovgivers syn er den fremste kilde for legitime premisser uansett. Vekten av lovgivers syn må dermed være den samme for ulike typer rettigheter, men vil avhenge av i hvilken grad lovgivers synspunkter springer ut av en fullverdig deliberativ prosess. Prøvelsesintensiteten vil imidlertid regulere innpasset for lovgivers syn i rettsanvendelsen. For de basale rettighetene som er nødvendige for borgernes frihet og autonomi, og som derav er grunnleggende for lovgivers legitimitet, vil det virke lite logisk å la lovgiver tøye grensene for langt.

7 Borthen-dommen

Borthen-dommen gjaldt vern av trygderettigheter etter Grunnloven §97. Spørsmålet var om nye regler om inntektsprøving av forsørgertillegg for ektefelle kunne gjøres gjeldende overfor en mann som før lovendringen allerede var innvilget alderspensjon med forsørgertillegg. Høyesterett kom til at inngrepet ikke var i strid med Grunnloven §97.

Selv om Høyesterett var enstemmige i resultatet, ble det ført tre ulike begrunnelser (voteringsfordeling 10-6-1). Førstvoterende Scheis syn var at trygderettigheter i

¹⁶⁰ Andenæs/Fliflet 2006 s. 446 og Bugge 1999 s. 71ff. Ifølge E. Smith stammer standardlæren fra USA-doktrinen fra 1930-tallet, E. Smith 1999 s. 461.

¹⁶¹ Bugge 1999 s. 72.

¹⁶² Bugge 1999 s. 73ff. Se også andrevoterendes syn i Borthen-dommen beskrevet nedenfor.

¹⁶³ Kjøenstad 1997 s. 260.

¹⁶⁴ Jfr. Borthen-dommen og Bugge 1999 s. 74.

¹⁶⁵ Boe 1998 s. 33.

¹⁶⁶ Andenæs/Fliflet 2006 s. 349.

utgangspunktet er vernet av §97, men at rekkevidden beror på en standardpreget urimelig- og urettferdighetsvurdering. Terskelen for denne vurderingen må legges lavt for ikke å komme i konflikt med lovgiver. Andrevoterende Tjomsland mente denne type ytelse, ektefelletillegg, ikke er vernet av §97 fordi det er en rettighet som følger av lov. Tjomsland mente også at Scheis vurderingsnorm fjernet seg for lite fra de politiske avveininger. Tredjevoterende Backer fjerner seg fra førstvoterendes syn ved å bygge på rettighetsteorien,¹⁶⁷ og som Tjomsland hevde at rimelighetsvurderingen til Schei grenser mot det politiske. Bruken av rettighetsteorien får for øvrig den følge at Backer som eneste dommer tok dissens i Tunheimdommen, Rt. 1996, s. 1440, som ble avsagt samme dag som Borthen-dommen og omhandlet et lignende forhold. Selv om dommerne dermed var uenige om hvordan grensen skal settes, er alle opptatt av å lage et skille mellom rettsanvendelse og politikk.

Hvilket premiss som skal legges til grunn for å avgjøre hva som ligger innenfor §97s virkeområde er også ulikt. Schei mener det må bero på rettighetenes ”fundament og ... karakter”, mens Tjomsland mener det må en ”rettsstiftende kjensgjerning” til. Schei og Tjomsland er også uenige om hvorvidt uttalelser i forarbeidene skal være med i rettsanvendelsen. Schei støtter seg i noen grad på det som er sagt i forarbeidene, mens Tjomsland kategorisk avviser slik bruk.

Standpunktet til Schei bygger på standardteorien.¹⁶⁸ Det vil si at §97 forstås som et fleksibelt rettferdighetsprinsipp som endrer seg over tid med skiftende samfunnsforhold.¹⁶⁹ Slik kommer Schei, som Reich, til at det å gi grunnlovsværn for trygderettigheter nettopp vil være ”å trekke rettslige konsekvenser av den samfunns- og rettsutvikling vi har fått gjennom etableringen av det offentlige pensjonssystem, som skal gi trygghet og forutberegnelighet for levestandard” og som har ”kommet i stedet for tidligere tiders ordninger for ... forsørgelse.” Schei mener sågar at det her er etablert ”rettsposisjoner det ikke kan stå lovgiver fritt å rokke.” For skal disse hensynene og formålene ha noen betydning, må ”de rettigheter loven etablerer ... [være] der den dagen pensjonen skal begynne å løpe.”

Schei legger også til grunn at grunnpensjonen, med tilliggende ytelser, bør nyte et sterkt vern fordi det er selve ”basisytelsen”, en slags hjørnestein i trygdeytelsene. Hensynet til et krav om en minstestandard virker å stå svært sterkt hos Schei.¹⁷⁰ Så langt samsvarer førstvoterendes syn meget godt med konklusjonene ovenfor i oppgaven.

Men Scheis utgangspunkt om et sterkt vern for trygdepensjonene utfordres når han legger opp til en vurdering mellom likhetshensyn og innrettelseshensyn. Schei hevder at ”selv om blant annet innrettelseshensynet kan gjøre seg gjeldende i særlig grad for pensjonister hvor pensjonen var begynt å løpe, må hensynet til å unngå forskjellsbehandling være vesentlig. En forskjellsbehandling mellom ulike grupper alderspensjonister, hvor ulikheten består i at de er blitt alderspensjonister før og etter en bestemt dato, vil over tid av mange åpenbart bli oppfattet som lite rimelig og velbegrunnet.” Argumentasjonen her er dårlig av flere grunner. For det første hører spørsmålet om likhetshensyn ikke inn under hensynene §97 skal balansere, men heller §105.¹⁷¹ Kjønstad har beskrevet argumentasjonen om likhetshensynet som et forsøk på å ”jেকে ned en gruppe pensjonister.”¹⁷² Gruppen som Borthen tilhører blir

¹⁶⁷ Kjønstad 1997 s. 260.

¹⁶⁸ Kjønstad 1997 s. 260.

¹⁶⁹ Mæhle 2005 s. 238.

¹⁷⁰ Og fjerner seg for øvrig til konklusjonen Kjønstad kom med i 1994, se Kjønstad 1997 s. 255.

¹⁷¹ Kjønstad 1997 s. 272.

¹⁷² Kjønstad 1997 s. 272.

nemlig sammenlignet med en gruppe som kan komme dårligere ut, og ikke med alle dem som kommer bedre ut. For fremtidige pensjonister har tid til å innrette seg og tegne private forsikringer og spareavtaler og således har de mulighet til å komme langt bedre ut.

Ved å nedgradere innrettelseshensynet på denne måten er veien dermed kort til å gi hensynet til lovgivers handlefrihet stor vekt. Schei mener det er en nødvendighet å kunne ”kanalisere offentlige midler dit det er størst behov for dem” for å opprettholde velferdsstaten, og av den grunn må lovgivers økonomiske disponeringer i minst mulig grad båndlegges. Schei følger dermed opp tredelingen fra Kløfta-dommen og argumenterer for at hensynet til lovgivers handlefrihet må spille en avgjørende rolle, særlig på bakgrunn av Grunnlovens §75 a og d.

Eivind Smith mener dermed at ”statens ønske om å spare penger” uttrumfet ”pensjonistenes forventning om å beholde ytelse ... de hadde all grunn til å stole på” og som man ikke ”hadde mulighet for å skaffe seg på nytt gjennom sparing eller forsikring.”¹⁷³ Følgene av dommen ble at 35.000 pensjonister mistet ti prosent av inntekten mot at Folketrygden sparte én promille av sine utgifter. Det er problematisk at behovet for innsparinger i trygderettigheter skal gå ut over dem som allerede er pensjonister og ikke dem som er i arbeid, som da ville hatt mulighet til å innrette sin fremtid etter dette. De problematiske sidene om bortfall av valgmuligheter som domsresultatet her fører med seg er vist i 4.2.2 ovenfor.

I følge andrevoterende Tjomsland faller ikke ektefelletillegget innenfor verneområdet til §97 fordi ”retten til slike ytelse avhenger av de til enhver tid gjeldende lovbestemmelser” og det ”beror på lovgivers vurdering om slike rettigheter skal utvides, opprettholdes eller innskrenkes.” Når det kommer til borgernes rettsvern, gjør ikke Tjomsland annet enn å forutsette at ”borgernes behov for forutberegnelighet vil ... være blant de hensyn Stortinget tar i betraktning.” For Tjomsland spiller det heller ingen rolle om ytelsen har begynt å løpe eller ikke. Et slikt synspunkt har, som nevnt ovenfor om Scheis votum, sine ytterst problematiske sider.¹⁷⁴

Tredjevoterende Backer er enig med Schei i at trygderettigheter prinsipielt kan være vernet av §97. Backers resonnement bygger på et spørsmål om det foreligger noen form for kontraktsrettslig forhold, hvilket det ikke gjør, og havner dermed på samme konklusjon som Tjomsland, nemlig at det er en lovbestemt ytelse det ikke er knyttet noe vern i forhold til.

Av dommen kan det dermed utledes at trygderettigheter nyter et sterkere vern enn økonomiske ytelse generelt, og dermed i utgangspunktet er vernet av §97. Men dette beror på en urimelighets- og urettferdighetsvurdering hvis terskel er lagt lavt.¹⁷⁵ Dette resulterer i at lovgiver har fått en betydelig frihet til å endre og begrense fremtidige og pågående trygdeutbetalinger. Etter Tunheim-dommen har også tilleggspensjonen et svakt vern.¹⁷⁶

Dommens resultat strider mot kravene i den personlige autonomiteorien. Selv om Schei har et samsvarende utgangspunkt med kravene til personlig autonomi, lar han hensynet til lovgivers handlefrihet bli avgjørende. Det blir dermed ikke skapt noe skille mellom de fellesskapsløsninger som er nødvendige for å sikre alle en tilstrekkelig grad av autonomi og de fellesskapsløsninger som går utover dette. Prinsippet fra Borten-dommen gir lovgiver

¹⁷³ E. Smith 1999 s. 461.

¹⁷⁴ Kjønsstad 1997 s. 248.

¹⁷⁵ Det kan for øvrig med støtte fra rettspraksis hevdes at den urimelighets- og urettferdighetsnormen man la til grunn i Borthen-dommen ikke strekker seg lengre enn til prøving av trygdeytelse. Se Høgberg 2009 s. 232f.

¹⁷⁶ Kjønsstad 1997 s. 288.

muligheten å ta fra den første kategorien og flytte verdier over i den andre. Det kan dermed stilles spørsmål ved om trygderettigheter bør måles mot hensynet til lovgivers handlefrihet men heller mot en objektiv standard som ikke kan fravikes. Men med dommens bekreftelse av grunnlovsgraderingen fra Kløfta-dommen og standardteoriens sterke posisjon synes dette fjernt.

Kjønstad nevner som en interessant mulig konsekvens av dommen at hvis borgerne blir mer usikre på folketrygden fordi utbetalinger og pensjonspoeng ofte endrer seg, og systemet mister sin forutsigbarhet, vil flere søke seg over til private forsikringsordninger.¹⁷⁷ Dette kan igjen føre til svekket oppslutning om folketrygden og mindre vilje til å finansiere den. En større mulighet for skiftende stortingsflertall til å gjøre endringer i folketrygden kan dermed føre til folketrygdens endelikt.

8 Avslutning

Oppgaven har argumentert for at økonomiske rettigheter er en nødvendig del av grunnlaget for å skape frie autonome individer. Økonomiske rettigheter er dermed også en nødvendig forutsetning for fri meningsdannelse, og følgelig av like stor viktighet for demokratiet som politiske rettigheter. Uten frie autonome individer mister også ytringsfriheten sin betydning.

Det er også vist at en innskrenkning i eiendomsretten er nødvendig for at alle samfunnsborgere skal ha mulighet til å oppnå frihet og autonomi. Denne innskrenkningen i eiendomsretten må holdes på et minimum, og skilles fra den avståelse av eiendom frie autonome aktører skulle bestemme seg for i fellesskap utover dette minimumet. Dette resonnementet viser dermed at en innskrenkning i eiendomsretten ikke er ensbetydende med noen nedgradering av de økonomiske rettighetenes verdi.

Ulik prøvelsesintensitet av politiske og økonomiske rettigheter kan dermed ikke forsvares i et konstitusjonelt demokrati.

Det er også argumentert for at grunnlovsvernet må være sterkt uansett type rettighet for å ivareta et grunnleggende trekk ved den konstitusjonelle styreform. I rimelighetsvurderinger og tilfeller der grunnlovsregler må gis innhold, bør lovgivers syn tillegges stor vekt fordi det er det mest legitime premiss å bygge en rettsanvendelse på. Men terskelen må her settes høyt, og det må stilles klare krav til hvor grundig lovgiver har vurdert spørsmålet.

Lovgivers syn bør dermed spille en avgjørende som premiss i grunnlovsprøvingen i et konstitusjonelt demokrati, men prøvingens terskel må settes høyt.

Det er avslutningsvis ved Borthen-dommen vist at terskelen for grunnlovsvernet av trygderettigheter, som er av stor betydning for individers frihet og autonomi, er satt mye for lavt i norsk rettspraksis. For enhver rettighet som skal sikre personlig frihet og autonomi, er en lav terskel for å ta hensyn til lovgivers syn etter denne oppgavens argumentasjon ulogisk, fordi dette er rettigheter som konstituerer lovgivers legitimitet.

¹⁷⁷ Kjønstad 1997 s. 289.

Litteraturliste

Andenæs, Johannes og Arne Fliflet. 2006. *Statsforfatningen i Norge* (10. utgave). Oslo.

Berlin, Isaiah. 2007a (2002). *Two Concepts of Liberty*. I Ian Carter, Matthew H. Kramer og Hillel Steiner (red.), *Freedom. A Philosophical Anthology*. Malden, MA. (*Liberty*. (Utdrag s. 168-217). Oxford.)

Berlin, Isaiah. 2007b (1969). *Four Essays on Liberty*. I Ian Carter, Matthew H. Kramer og Hillel Steiner (red.), *Freedom. A Philosophical Anthology*. Malden, MA. (*Four Essays on Liberty*. (Utdrag s. xxxviii-xl). Oxford.)

Boe, Erik. 1998. Lovers grunnlovsmessighet. *Jussens Venner nr. 1 1998* (s. 4-36).

Bugge, Hans Chr. 1999. Grunnloven §97: En oversikt over teori og nyere rettspraksis. *Jussens Venner nr. 2 1999* (s. 65-).

Cherniss, Joshua og Henry Hardy. 2010. *Isaiah Berlin*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/berlin/>.

Çoban, Ali Riza. 2004. *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*. Aldershot.

Cohen, Joshua. 1997. *Deliberation and Democratic Legitimacy*. I James Bohman og William Rehg (red.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge, MA.

Ely, John Hart. 1991. Another such victory: Constitution theory and practice in a world where courts are no different from legislatures. *Virginia Law Review vol. 77 no. 4 1991*.

Eriksen, Erik Oddvar. 1995. *Introduksjon til en deliberativ politikkmodell*. I Erik Oddvar Eriksen (red.), *Deliberativ politikk. Demokrati i teori og praksis*. Oslo.

Kis, János. 2003. *Constitutional Democracy*. Budapest.

Kjønstad, Asbjørn. 1994. *Trygderettighetenes grunnlovsværn*. I Asbjørn Kjønstad (red.), *Trygderettighetenes grunnlovsværn. Constitutional protection of social security benefits*. Oslo.

Kjønstad, Asbjørn. 1997. Trygderettigheter, Grunnloven og Høyesterett. *Lov og Rett 1997 nr. 5* (s. 243-292).

Habermas, Jürgen. 1995 (1994). *Tre normative demokratimodeller: om begrepet deliberativ politikk*. I Erik Oddvar Eriksen (red.), *Deliberativ politikk. Demokrati i teori og praksis*. Oslo. (*Drei Normative Modelle der Demokratie: Zum Begriff deliberativer Politik*. Bergen (forelesningsmanuskript).)

Habermas, Jürgen. 1996 (opprett 1999) (1992). *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, MA. (*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main.)

- Harris, Jim.** 1999. *Is Property a Human Right?*. I Janet McLean (red.), *Property and the Constitution*. Oxford.
- Held, David.** 2006. *Models of Democracy*. Cambridge.
- Høgberg, Benedikte Moltumyr.** 2009. *Tilbakevirkningsforbudet i norsk rett* (doktoravhandling). Oslo.
- Koch, Henning.** 2000. Folkesuveraniteten og domstolsprøvelse. *Juristen nr. 8 2000* (s. 281-291).
- Mæhle, Synne Sæther.** 2005. *Grenser for rettsanvendelsesskjønn. Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*. Oslo.
- Perry, Michael J.** 1998. *What is "the Constitution"?* (and other fundamental questions). I Larry Alexander (red.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge.
- Raz, Joseph.** 1986. *The Morality of Freedom*. Oxford.
- Raz, Joseph.** 1998. *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*. I Larry Alexander (red.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge.
- Reich, Charles A.** 1964. The New Property. *The Yale Law Journal vol. 73, Nr. 5* (s. 733-787).
- Rytter, Jens Elo.** 2000. *Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten*. København.
- Seip, Jens Arup.** 1968. *Jus og politikk: Teorien om domstolenes "prøvingsrett", politisk tolket*. I Jens Arup Seip, *Tanke og handling i norsk historie*. Oslo.
- Smith, Carsten.** 1975. Domstolene og rettsutviklingen. *Lov og Rett 1975* (s. 292-319).
- Smith, Eivind.** 1993. *Høyesterett og folkestyret. Prøvingsretten overfor lover*. Oslo.
- Smith, Eivind.** 1999. Høyesterett – en trussel mot demokratiet? *Lov og Rett 1999 nr. 8* (s. 451-486).
- Smith, Eivind.** 2009. *Konstitusjonelt demokrati*. Bergen.
- Waldron, Jeremy.** 1990. *The Right to Private Property*. Oxford.
- Waldron, Jeremy.** 1998. *Precommitment and Disagreement*. I Larry Alexander (red.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge.
- Weale, Albert.** 1999. *Democracy*. Basingstoke.

Domsregister

- Rt. 2010 s. 1445 (Krigsforbrytelse)
- Rt. 2010 s. 535 (Kirkelig arbeidsgiver- og interesseorganisasjon)
- Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt)
- Rt. 2007 s. 1308 (Sørheim)
- Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern Terrasse)
- Rt. 2006 s. 293 (Arves Trafikkskole)
- Rt. 2004 s. 1737 (TV Vest)
- Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus)
- Rt. 1996 s. 1440 (Tunheim)
- Rt. 1996 s. 1415 (Borthen)
- Rt. 1988 s. 861 (Eierseksjon)
- Rt. 1981 s. 1439 (Norsk Hydro)
- Rt. 1981 s. 278 (Odelsløsning)
- Rt. 1976 s. 1 (Kløfta)
- Rt. 1970 s. 67 (Strandlov)
- Rt. 1918 s. 401 (Konsesjon)