

Konstitusjonell sedvanerett

Professor Eirik Holmøyvik, Universitetet i Bergen

1. Innleiing	2
2. Kva er konstitusjonell sedvanerett?	3
2.1. Teoretiske utgangspunkt	3
2.2. Vilkår	7
Utgangspunkt	7
Lågt medvit om den rettslege statusen til praksis	8
Lågt medvit om sedvanerettsvilkåra	10
Er det mogeleg å vere i god tru om konstitusjonell sedvanerett?	11
Kva er ein god regel etter ei totalvurdering?	12
Rangspørsmålet	13
Oppsummering	15
2.3. Forholdet til konstitusjonell naudrett	15
2.4. Andre forklaringsmodellar på uformell grunnlovsendring	16
3. Historisk bakgrunn og opphav	18
3.1. Innleiing	18
3.2. Sedvanerett som praksisnær grunnlovstolking	18
3.3. Konstitusjonell sedvanerett blir ein særskilt rettskjeldekategori	19
3.4. Realhistorisk bakgrunn	20
3.5. Rettsteoretisk bakgrunn	22
3.6. Samanfatning	23
4. Konstitusjonell sedvanerett i statspraksis	24
4.1. Innleiing	24
4.2. Utfordringar med å fastleggje sedvanerettsvilkåra	24
Parlamentarismen som dømme	24
Lang og fast praksis?	24
Rettsovertyding (opinio juris)?	25
Overdreiv juridisk teori kjeldegrunlaget?	28
Kva fortel dømet med parlamentarismen om konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag?	29
Parlamentarismen er ikkje eit isolert tilfelle	29
4.3. Konstitusjonell sedvanerett med tilbakeverkande kraft	30
To dømme	30
Legalitetsprinsippet	30
Domstolanes prøvingsrett	31
Problemet med konstitusjonell sedvanerett som tilbakeverkande rettsgrunnlag	33
5. Konstitusjonell sedvanerett i høgsterettspraksis	34
5.1. Normative perspektiv	34
5.2. Empiriske perspektiv	35
5.3. Kva seier høgsterettspraksis om konstitusjonell sedvanerett?	39
5.4. Uskrivne konstitusjonelle prinsipp og sedvanerett	40
6. Ansvar for brot på konstitusjonelle sedvanerett	41
7. Avslutning	43

Samandrag

Denne artikkelen undersøker vilkåra for og bruken av konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag i norsk rett. Artikkelen argumenterer for at konstitusjonell sedvanerett er uholdbart som rettsgrunnlag fordi uklåre og sterkt skjønnsprega vilkår og ei vektlegging av faktiske makt framfor formell kompetanse bryt med viktige konstitusjonelle verdiar. Undersøkinga viser også at konstitusjonell sedvanerett har hatt eit svakare kjeldegrunnlag og ein mindre viktig praktisk funksjon enn juridisk teori har gjeve uttrykk for.

Stikkord: Grunnloven, sedvanerett, grunnlovstolking, praksis, rettskildelære

Eirik Holmøyvik er professor ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen.

1. Innleiing¹

Konstitusjonell sedvanerett er eit rettsgrunnlag i statsretten som opnar for å danne, endre eller fråvike reglar av grunnlovs rang utan grunnlovsvedtak etter reglane i Grunnlova § 121. Det betyr at praksis er grunnlaget for danning av reglar med grunnlovs rang eller endring av reglar i Grunnlova.

Læra om den konstitusjonelle sedvaneretten oppstod på byrjinga av 1900-talet og tok nokså stor plass i norsk statsrett gjennom heile hundreåret. Sentrale statsrettslege ordningar som reglane om mistillit, regjeringas opplysningsplikt overfor Stortinget, domstolanes prøvingsrett med lover og forvaltningsvedtak, Stortingets instruksjonsrett overfor regjeringa, retten til å danne politiske parti og det allmenne legalitetsprinsippet har blitt heimla i konstitusjonell sedvanerett. I juridisk teori har det også blitt diskutert om ei rekkje andre praksisar oppfyller krava til konstitusjonell sedvanerett. Samstundes har vi få om nokon døme på at påståtte konstitusjonelle sedvanerettsreglar har kome på spissen. Av denne grunnen har fleire peikt på at merksemda om konstitusjonell sedvanerett i juridisk teori har vore overdriven.²

Dei siste par tiåra har Grunnlova blitt modernisert på ei rekkje område. Som følgje av dette arbeidet har fleire reglar, som vart hevda å vere konstitusjonell sedvanerett, blitt grunnlovsfesta. Den praktiske relevansen av konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag er såleis mykje mindre i dag enn før. I tillegg er det i juridisk teori dei siste åra retta kritikk mot konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag³ og mot den konkrete bruken av dette rettsgrunnlaget.⁴

Trass i falmende relevans og innvendingar: Læra om den konstitusjonelle sedvaneretten er eit statsrettsleg ugras som nektar å døy. Jusstudentar møter framleis på konstitusjonell sedvanerett i nye lærebøker.⁵ Departementa held fram med å vise til konstitusjonell sedvanerett i lovproposisjonar⁶ og i stortingsmeldingar.⁷ Lovutval gjer det i NOUar.⁸ Frå talarstolen på

¹ Forfattern vil takke fagfellen for gode innspel til denne artikkelen. Alt ansvar ligg naturlegvis på forfattern åleine.

² Sjø slik Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 5. utgåve, Fagbokforlaget 2021, s. 128 og Erik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget 2021, s. 207

³ Sjø særleg Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 5. utgåve, Fagbokforlaget 2021, s. 121 flg.

⁴ Sjø Eirik Holmøyvik, «Med instruks skal landet byggjast? Om Stortingets instruksjonsrett overfor regjeringa og rettsutvikling på statsrettens område», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 5/2018, s. 461-492, særleg på s 483 flg.

⁵ Sjø Arne Fliflet, *Statsrett i et nøtteskall*, Gyldendal 2020, s. 19-20 og 25; Benedikte Moltumyr Høgberg, *Statsrett*, tredje utgåve, Universitetsforlaget 2020, s. 23-25; Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, ellefte utgåve, Universitetsforlaget 2017, s. 46 flg. Sjø tilsvarande i den nyaste læreboka i juridisk metode, Knut Berge, *Rett praksis*, Fagbokforlaget 2022, s. 135. Ei grundig framstilling av og forsvar for konstitusjonell sedvanerett er gjeve av Erik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget 2021, på s. 168-212.

⁶ Sjø til dømes Prop. 135 L (2021-2022), Endringer i stiftelsesloven (opphøvelse av boligstiftelser opprettet av kommuner), s. 19.

⁷ Sjø til dømes Meld. St. 29 (2018-2019), Opplysningsvesenets fond, s. 103.

⁸ Sjø NOU 2020: 11, Den tredje statsmakt – Domstolene i endring, s. 30 og NOU 2019: 13, Når krisen inntreffer, s. 122-123.

Stortinget vart vilkåra for konstitusjonell sedvanerett problematisert så seint som i 2020.⁹ Stortingsrepresentantar viser også til konstitusjonell sedvanerett i spørsmål til statsrådar¹⁰ og i komitéinnstillingar.¹¹ Også Høgsterett har vist til konstitusjonell sedvanerett i fleire dommar dei siste åra. Vi finn også døme på at advokatar i prosedyren for Høgsterett prosederer på konstitusjonell sedvanerett i håp om å gå klår av lova.¹²

Konstitusjonell sedvanerett er altså anerkjent av Stortinget, regjeringa, domstolane og rådande juridisk teori gjennom store delar av 1900-talet og fram til i dag. Det betyr at konstitusjonell sedvanerett har vore eit fenomen i norsk statsrett. Det betyr likevel ikkje at konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag er prinsipielt haldbar og at bruken av det i konkrete tilfelle er juridisk forsvarleg.

For norske juristar er det kanskje lett å miste av syne kor radikal læra om konstitusjonell sedvanerett er. Grunnproblemet er at konstitusjonell sedvanerett omgår den prosedyren som Grunnlova i § 121 påbyr for danning eller endring av rettsnormer med grunnlovs rang. Med det omgår ein også endringsprosedyrens krav til særskilt demokratisk grunnlag i form av kvalifisert fleirtal på Stortinget og mellomliggjande val. Problemet blir forsterka ved at det ikkje finst klare vilkår for danning av konstitusjonell sedvanerett.

Ei slik prinsipiell innvending kan lett bli abstrakt og ho gjer neppe inntrykk på tilhengjarar av konstitusjonell sedvanerett. Heile poenget med læra om konstitusjonell sedvanerett er jo at Grunnlova § 121 *ikkje* er den einaste måten å danne reglar av grunnlovs rang. Difor skal eg i denne artikkelen gå meir konkret til verks og undersøke korleis konstitusjonell sedvanerett har blitt framstilt og brukt i praksis av Stortinget, Høgsterett og juridisk teori. Føremålet er å vise problema med bruk av konstitusjonell sedvanerett som følgje av uklære og skjønnsprega vilkår (punkt 2), det spesielle politiske og rettsteoretiske grunnlaget for læra på byrjinga av 1900-talet (punkt 3), problema med bruk av sedvanerettsvilkåra i statspraksis generelt (punkt 4) og høgsterettspraksis spesielt (punkt 5), og til slutt utfordringane med å handheve brot på konstitusjonell sedvanerett som følgje av legalitetsprinsippet (punkt 6). Konklusjonen (punkt 7) bør ikkje overraske nokon: Læra om konstitusjonell sedvanerett bør gravleggjast og merksemda til juristar og politikarar bør heller vendast mot reform av Grunnlova gjennom den prosedyren Grunnlova sjølv påbyr i § 121.

2. Kva er konstitusjonell sedvanerett?

2.1. Teoretiske utgangspunkt

Konstitusjonell sedvanerett er eit rettsgrunnlag for å danne, endre eller fråvike rettsreglar av grunnlovs rang. Dette skil konstitusjonell sedvanerett frå sedvanerettsdanningar som supplerer

⁹ Sjø S.tid. (2020-2021), s. 1540, 1543-1544, 1555, 1580.

¹⁰ Sjø Dokument nr. 15:1632 (2017-2018), Skriftlig spørsmål fra Audun Lysbakken (SV) til justis-, beredskaps- og innvandringsministeren: «I henhold til konstitusjonell sedvanerett er regjeringen forpliktet til å følge stortingets vedtak.»

¹¹ Sjø til dømes Innst. 258 S (2019-2020) og Innst. 140 S (2021-2022).

¹² Sjø Rt. 2015 s. 921, avsn. 24.

reglar i Grunnlova, men som ikkje har grunnlovs rang. Eit døme er embetsmenns rett til løn i suspensjonstida. I Rt. 1953 s. 24 P kom Høgsterett til at ein slik regel ikkje kunne utleiast av Grunnlova § 22. Høgsterett kom likevel til at grunnlovsregelen vart supplert av ein sedvane om lønspåbod som var bindande for staten. Denne sedvanen hadde derimot ikkje med grunnlovs rang slik at den la band på ein framtidig lovgjevar. Sedvanar med lovs eller lågare rang som supplerer Grunnlova reiser ikkje dei same prinsipielle innvendingane som sedvanar med grunnlovs rang. Eg diskuterer rangspørsmålet i punkt 2.2 nedanfor.

Grunnlova anerkjenner naturlegvis ikkje konstitusjonell sedvanerett, då den sjølv påbyr ein prosedyre for grunnlovsending i § 121. Konstitusjonell sedvanerett er med det eit ulovfesta rettsgrunnlag som er utvikla i juridisk teori (sjå punkt 3) og seinare vist til av Stortinget (sjå punkt 2 og 4) og Høgsterett (sjå punkt 5).

Når ei rettsnorm får status som konstitusjonell sedvanerett, får det fleire rettslege konsekvensar som ikkje gjeld for supplerande sedvanerettsnormer med lovs rang eller ein fast praksis. For det fyrste vil grunnlovs rang verne rettsnorma mot endring gjennom lov og andre trinnlågare vedtaksformer. Endring krev anten grunnlovsvedtak etter Grunnlova § 121 eller, i teorien i alle fall, etablering av ei ny konstitusjonell sedvane. For det andre vil rettsnorma gå føre rettsnormer av lågare rang ved motstrid. For det tredje vil brot på konstitusjonell sedvanerett i prinsippet kunne falle innanfor det konstitusjonelle ansvaret til statsrådar, stortingsrepresentantar og høgsterettsdommarar og som vert handheva av Riksretten. I punkt 6 skal eg likevel vise at det i praksis er vanskeleg å handheve eit konstitusjonelt ansvar for brot på ein sedvanerettsregel.

I motsetnad til konstitusjonell naudrett (sjå punkt 2.3), er ikkje konstitusjonell sedvanerett reservert for krisesituasjonar der Grunnlova ikkje kan følgjast utan store skadeverknader på viktige samfunnsinteresser. Grunnlova er taus om kva som skal skje i ein slik situasjon, og læra om konstitusjonell naudrett har blitt rekna å vere ein underforstått føresetnad i Grunnlova.¹³ Både rekkevidda og grunnlaget skil læra om konstitusjonell naudrett frå læra om konstitusjonell sedvanerett. Juridisk teori framstiller konstitusjonell sedvanerett som ein generell måte å danne eller fråvike rettsnormer av grunnlovs rang og som «er sideordnet med Grunnloven i vår statsskikk».¹⁴

Læra om konstitusjonell sedvanerett gjev altså ein alternativ måte å danne eller fråvike reglar av grunnlovs rang samanlikna med den formelle endringsprosedyren i Grunnlova § 121. Frå lærebøker i statsrett og juridisk teori på 1900-talet og framleis i dag kan ein få inntrykk at konstitusjonell sedvanerett er noko daglegdags og normalt. Eg vil snu på det. Læra om konstitusjonell sedvanerett er radikal og utfordrar tre sentrale perspektiv på grunnlovsending.

Det fyrste perspektivet som spring i auga er *det prosessuelle perspektivet*. Grunnlova inneheld éin prosedyre for å endre Grunnlova i form av å supplere, endre eller fråvike dei reglane som finst der. Rett nok er sedvanerett eit anerkjent rettsgrunnlag på lovs nivå sjølv om Grunnlova

¹³ Sjå til dømes Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 5. utgåve, Fagbokforlaget 2021, s. 301.

¹⁴ Torkel Opsahl, *Statsmakt og menneskerett*, bind 1, Ad Notam Gyldendal 1995, s. 608.

§§ 76–79 gjev ein bindande prosedyre for lovvedtak. Her pretenderer likevel ikkje Grunnlova å gje ein prosedyre for danning av rettsnormer med lovs rang, då Grunnlova § 17 gjev regjeringa kompetanse til å vedta supplerande provisoriske lover. Alt i 1814 anerkjente også Grunnlova i dåverande § 94 at eksisterande lover vedtekne før Grunnlova og utan å følgje lovprosedyren der, var gjeldande inntil dei vart oppheva. Noko tilsvarende prosessuell pluralisme for grunnlovsending kan ikkje lesast ut av Grunnlova verken historisk eller i dag. Medan sedvanerett med lovs rang var eit veletablert rettsgrunnlag lenge før Grunnlova, skal eg i punkt 3 nedanfor vise at det same ikkje er tilfelle for sedvanerett med grunnlovs rang. Etter mitt syn må ein difor tolke prosedyren i Grunnlova § 121 som bindande om Stortinget utanfor naudrettssituasjonane vil gje, endre eller fråvike reglar med grunnlovs rang.¹⁵ Det same følgjer av at Grunnlova § 121 gjev mindretallet vern mot grunnlovsendingar frå eit knapt fleirtal ved at desse krev to tredjedels fleirtal. Når Grunnlova stiller opp eit særskilt mindretalsvern i § 121, må føresetnaden vere at denne prosedyren er bindande for danning av reglar med grunnlovs rang. Om ikkje vert mindretalsvernet uthola. Konstitusjonell sedvanerett bryt altså med både systemet og føresetnaden i Grunnlova, som er at danning av reglar med grunnlovs rang skal skje på den måten Grunnlova § 121 bestemmer.

Konstitusjonell sedvanerett kan også problematiserast i eit *trinnhøgdeperspektiv*. Grunnlova har høgare rang enn andre rettsnormer i kraft av å vere kompetansegrunnlaget for den lovgjevande og den utøvande makta. Rangordninga kjem også til uttrykk i den særskilte og strengare vedtaksprosedyren for grunnlovsending i Grunnlova § 121.¹⁶ Dersom Stortinget ved lov eller andre stortingsvedtak kan danne konstitusjonell sedvanerett som supplerer, fråviker eller endrar Grunnlova, blir trinnhøgdeprinsippet uthola ved at rettskjelder med lågare rang er grunnlag for reglar med høgare rang.

Konstitusjonell sedvanerett kan også problematiserast i eit *maktfordelingsperspektiv*. Maktfordeling blir vanlegvis forstått som horisontal mellom statsorgan, til dømes mellom regjeringa og Stortinget. Maktfordeling kan også forståast vertikalt, mellom organ på ulike styringsnivå. Eit slikt vertikalt maktfordelingsperspektiv har vore ei rådande forståingsramme for konstitusjonell endring sidan slutten av 1700-talet og dei fyrste moderne grunnlovene.¹⁷

I sentrum av ei vertikal maktfordeling står skiljet mellom det suverene folket som *konstituerande makt* og statsorgana som *konstituerte makter* som utøver makt på vegner av folket. Synspunktet er at kompetansen til å gje og endre grunnlova i staten ligg til det suverene folket på grunnlag av folkesuverenitetsprinsippet. Folket er då den konstituerande makta i staten og kjelda til den kompetansen statsorgana som konstituerte makter får gjennom grunnlova. Dette perspektivet byggjer på ei vertikal maktfordeling mellom den konstituerande og grunnlovsgjevande makta øvst, og dei konstituerte maktene under. I Noreg vil folket som veljarar vere den konstituerande makta, medan Stortinget, kongen og regjeringa, og domstolane, er konstituerte makter. Den norske grunnlova kan seiast å etablere ei vertikal

¹⁵ Sml. her artikkel 79 i den tyske grunnlova, som eksplisitt seier at grunnlova berre kan endrast («kan nur durch») i samsvar med prosedyren der.

¹⁶ Sjå grunnleggjande Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 5. utgåve, Fagbokforlaget 2021, s. 69-70.

¹⁷ Sjå Eirik Holmøyvik, *Maktfordeling og 1814*, Fagbokforlaget 2012, s. 129 flg. og 239 flg.

maktfordeling ved å skilje lovvedtak frå grunnlovsvedtak og krevje ein strengare endringsprosedyre for sistnemnte og krevje medverknad frå folket i val.

I norsk forfatningshistorie var ein sær s medviten om skiljet mellom konstituerande og konstituerte makter både i 1814 og gjennom heile 1800-talet.¹⁸ I den lange forfatningskampen som munna ut i riksrettsdommen i 1884, var hovudspørsmålet nettopp om grunnlovsending var reservert for folket som konstituerande makt, eller om kongen som konstituert makt kunne leggje ned veto mot grunnlovsending. Som kjend konkluderte Riksretten med det fyrste, og med det at grunnlovsending er ei suverenitetshandling som krev medverknad frå folket gjennom prosedyren i Grunnlova § 121. I norsk juridisk teori forsvann omgrepsparet konstituerande og konstituerte makter ut av det statsrettslege vokabularet på 1900-talet. Dette skjedde samstundes som teorien la vekt på konstitusjonell sedvanerett som heimel for rettsnormer med grunnlovs rang, sjå punkt 3. Dei siste åra har omgrepsparet blitt revitalisert av Eivind Smith, som brukar skiljet mellom konstituerande og konstituerte makter som eit gjennomgåande strukturerande element i framstillinga av norsk statsrett.¹⁹

I praksis er det sjeldan endringsprosedyren i Grunnlova § 121 fungerer slik at folket i val faktisk tek stilling til forslag om grunnlovsending.²⁰ I praksis er skilnaden mellom Stortinget som lovgjevar og Stortinget som grunnlovsgjevar ikkje organisatorisk, men prosessuell gjennom strengare formkrav for grunnlovsvedtak.

Terminologien og perspektivet på grunnlovsending har likevel konsekvensar for korleis vi vurderer grunnlovsending utan å følgje prosedyren i Grunnlova § 121. Dersom ein anerkjenner at danning og endring av reglar med grunnlovs rang er ei suverenitetshandling som er heva over statsorgana som konstituerte makter og reservert for den konstituerande makta, er det vanskeleg å akseptere praksis frå dei konstituerte maktene som sjølvstendig grunnlag for danning av rettsnormer av grunnlovs rang. Her gjev vedtaksprosedyren i Grunnlova § 121 særskilt sterk demokratisk involvering gjennom kravet om kvalifisert fleirtal og potensialet for å involvere folket i val. I alle høve blir det vanskeleg å akseptere konstitusjonell sedvanerett som eit allment rettsgrunnlag likestilt med Grunnlova, slik det er vanleg i norsk juridisk teori. I eit slikt perspektiv vil utøving av konstituerande makt frå dei konstituerte maktene vere ein konstitusjonell revolusjon.²¹

Felles for dei tre perspektiva er at konstitusjonell sedvanerett utfordrar Grunnlovas funksjon som kompetansegrunnlag og grense for statsorganas maktutøving. Ein føresetnad for denne funksjonen er at Grunnlova ikkje kan endrast gjennom statsorganas praksis.

¹⁸ Sjå Eirik Holmøyvik, «Mellom revolusjon og restaurasjon. Striden om Grunnlovas vesen 1814-1884», i Eirik Holmøyvik (red.), *Tolkingar av Grunnlova. Om forfatningsutviklinga 1814-2014*, Pax 2013, s. 307-337.

¹⁹ Sjå Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2021, s. 81.

²⁰ Sjå slik Eirik Holmøyvik, «Reform av grunnlovprosedyren», *Kritisk juss*, 2018, s. 5-34.

²¹ Sjå slik Gary Jeffrey Jacobsohn og Yaniv Roznai, *Constitutional revolution*, Yale University Press 2020, s. 14.

Dei nemnte innvendingane mot konstitusjonell sedvanerett kunne stått svakare dersom vilkåra for konstitusjonell sedvanerett var klåre, presise og avgrensa bruken av konstitusjonell sedvanerett til usedvanlege situasjonar. Som eg skal vise i det følgjande, er det ikkje tilfelle.

2.2. Vilkår

Utgangspunkt

Vilkåra for konstitusjonell sedvanerett byggjer på vilkåra for sedvanerett på andre rettsområde.²² Dei tradisjonelle sedvanerettsvilkåra er at det må vere ein *fast praksis* som er *følgd over lang tid* i trua på at ein har følgd ein rettsregel (*opinio juris*).²³

I tillegg til dei tradisjonelle sedvanerettsvilkåra har juridisk teori stilt opp ytterlegare moment i sedvanerettsvurderinga.²⁴ Det må vurderast om sedvanen er ein *god eller fornuftig regel*. Og det må gjerast ei *totalvurdering* framfor ei mekanisk praktisering av vilkåra.

Det er brei semje om at eit statsorgan ikkje mistar kompetansen etter Grunnlova berre fordi ein lèt vere å bruke den over lang tid.²⁵ Ut over det er det er neppe mogleg å stille opp faste retningsliner til om ein praksis er tilstrekkeleg fast og langvarig. Stavang har peikt på at einslege unnatak frå ein elles fast praksis ikkje kan vere hinder for sedvanerettsdanning når tilhøva elles ligg til rette for det.²⁶ Problemet er at vurderinga av om praksis er fast og langvarig, er avhengig av at praksisen er følgd i trua på at ein følgjer ein rettsregel. Kravet om rettsovertyding (*opinio juris*) spelar altså ei nøkkelrolle i vurderingar av konstitusjonell sedvanerett. Kravet om rettsovertyding reiser sjølv vanskelege bevissspørsmål. Dette gjeld både spørsmålet om det har oppstått ein sedvanerett og spørsmålet om sedvaneretten har grunnlovs rang eller ikkje (sjå punkt 2.3).²⁷ Dette kan vere grunnen til at juridisk teori etter kvart har framheva at ein må gjere ei totalvurdering utan faste rammer. Resultatet er at vurderinga av konstitusjonell sedvanerett er sterkt prega av skjønn og få klåre grenser. I det følgjande skal eg peike på nokre utfordringar.

²² For ein grundig gjennomgang av vilkåra, sjå Erik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget 2021, s. 168 flg.

²³ Sjø til dømes Rt. 1932 s. 639 på s. 643: «Til en saadan sedvanerettssdannelse er det ikke nok, at det i tidens løp er blitt en opfatning blandt officerene at løytnantene har rettslig krav paa efter anciennitet at avansere til kapteiner. Det maatte kunne fastslaaes at vedkommende myndigheter i sin handlemaate har latt sig bestemme av denne angivelige rett.» Frå nyare rettspraksis på forvaltningsrettens område, sjå Rt. 2006 s. 1348, avsn. 49-52.

²⁴ Sjø generelt om sedvanerettsvilkåra i Ola Mestad, «Rettsens kilder og anvendelse», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 77-113, på s. 103, For konstitusjonell sedvanerett, sjå Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgåve, Universitetsforlaget 2017, s. 48-49; Per Stavang, *Parlamentarisme og folkestyre*, 4. utgåve, Fagbokforlaget 2002, s. 44; Jan Helgesen, «Om den såkalte 'konstitusjonelle sedvaneretten', *Jussens Venner*, 1977, s. 193-240, på s. 203; Fredrik Sejersted, *Kontroll og konstitusjon*, Cappelen Akademisk Forlag 2002, s. 76.

²⁵ Sjø døme i eldre rettspraksis, Rt. 1922 s. 624 (Vauvert). Frå juridisk teori, sjå til dømes Carl August Fleischer, *Grunnlovens grenser*, Universitetsforlaget 1968, s. 109-111.

²⁶ Sjø Per Stavang, *Parlamentarisme og folkestyre*, 4. utgåve, Fagbokforlaget 2002, s. 44.

²⁷ Dette spørsmålet er grundig drøfta i Jan Helgesen, «Om den såkalte 'konstitusjonelle sedvaneretten'», *Jussens Venner*, 1977, s. 193-240, på s. 208 flg.

Lågt medvit om den rettslege statusen til praksis

Jan Helgesen rettar følgjande åtvaring: «Stol aldri på politikere når de snakker om konstitusjonell sedvanerett. Det er vanskelig å vite kva de egentlig mener.»²⁸ Denne vurderinga sluttar eg meg til.

Statspraksis syner at politikarar omtalar konstitusjonell sedvanerett på ein måte som gjer det vanskeleg å slå fast om dei snakkar om rettslege eller politiske normer og kva rekkevidda av normene er. For politikarane er skiljet mellom rettslege og politiske plikter mindre viktig. I eit parlamentarisk system der regjeringa er avhengig av tillit hos stortingsfleirtalet, treng ikkje Stortinget påvise brot på rettsreglar for å sanksjonere regjeringa. Stortinget kan vedta både mistillit etter Grunnlova § 15 og kritikk mot statsrådar og regjeringa for å ha handla i strid med parlamentarisk praksis, skikk og bruk eller berre stortingsfleirtalets interesser. Det er difor ikkje overraskande at politikarar har lågt medvit om forholdet mellom rettslege og politiske normer, og at dette kjem til syne i korleis dei ordlegg seg.

Stavang erkjenner vanskane med å finne klåre fråsegn om rettslege plikter hos politikarane. Løysinga hans er å «falle tilbake på den gamle læresetninga om at politikarar bør vurderast ut frå kva dei faktisk har gjort, og ikkje kva dei seier dei vil gjere. Det vil i denne samanhengen seie at oppgåva først og fremst vil verte å få klårlagt om dei har halde fast ved den same løysinga utan omsyn til skiftande politiske konstallasjonar og – kanskje framfor alt – utan omsyn til om dei har site med regjeringsmakta eller vore i opposisjon.»²⁹ Tilnærminga til Stavang byggjer på ein presumsjon om at handlingane til partia og dei politiske leiarane alltid blir styrt av rettslege omsyn. Denne presumsjonen stemmer neppe reint faktisk. Tilnærminga til Stavang betyr i praksis at fast og langvarig statspraksis i seg sjølv kvalifiserer til å anerkjenne den som ein regel av grunnlovs rang.

«Crotale-saka» frå 1973 illustrerer problemet. Her hadde regjeringa Korvald kopla saman forhandlingar om handelsavtale med EF med innkjøp av rakettsystemet Crotale til Forsvaret. Spørsmålet var om regjeringa hadde brote opplysningsplikta overfor Stortinget ved å ikkje nemne forhandlingane om Crotale-systemet i saksframlegget. På dette tidspunktet var ikkje opplysningsplikta grunnlovsfesta, og eit spørsmål var om regjeringa skulle ha opplyst Stortinget og omfanget av opplysningane. Eit anna spørsmål var om regjeringa skulle ha konsultert med Den utvida utanriks- og konstitusjonskomiteen. Det var lang praksis for slik konsultasjon i viktige utanrikssaker, og Stortingets forretningsorden sa at drøfting med den utvida utanriks- og konstitusjonskomiteen «*bør* finne sted før viktige beslutningar fattes» (mi utheving).

I komitéinnstillinga uttalte Arbeiderpartiet at i forhandlingar med framande statar er «det konstitusjonell sedvane at regjeringa i forhandlingar av denne art rådfører seg med Stortingets organer både om opplegget av forhandlingane og om forhandlingenes gang».³⁰ Konklusjonen

²⁸ Jan Helgesen, «Om den såkalte 'konstitusjonelle sedvaneretten', *Jussens Venner*, 1977, s. 193-240, på s. 217.

²⁹ Per Stavang, *Parlamentarisme og folkestyre*, 4. utgåve, Fagbokforlaget 2002 s. 47.

³⁰ Innst. S nr. 352 (1972-1973), s. 1191.

var at regjeringa ikkje hadde opplyst Stortinget «i samsvar med vanlig praksis og konstitusjonell sedvane.»³¹

Høgre meinte at regjeringa burde ha drøfta Crotale-saka med Stortinget, «selv om det neppe besto noen i egentlig forstand konstitusjonell forpliktelse til det.»³²

Komiteleiaren frå Det nye folkepartiet (partiet vart danna av utbrytarar frå Venstre i 1972 grunna EF-striden) uttalte at «[d]et er fast konstitusjonell sedvane at regjeringen rådfører seg med Stortingets organer om viktige spørsmål som gjelder vårt forhold til utlandet. Derfor har regjeringen også jevnlig orientert om forhandlingsopplegget overfor EF og om forhandlingenes gang, og har påberopt seg disse konsultasjoner i deres presentasjon av saken for Stortinget. Det kan etter Det nye folkepartiets mening ikke være tvil om at Crotale-saken var av en slik karakter at den både av utenriksøkonomiske og av utenriks- og sikkerhetspolitiske grunner burde vært forelagt Stortingets organer for konsultasjon.»³³

Regjeringspartia erkjende at «[k]onsultasjoner skal foretas» ved viktige avgjerder, men viste til at koplinga mellom handelsforhandlingane og våpenavtalen ikkje var «en beslutning av en slik karakter at det nødvendigvis måtte forelegges for Stortingets organer på forhånd.»³⁴

Som vi ser er det låg merksemd om og interesse for opplysnings- og konsultasjonspliktas rettslege status. Berre Høgre seier noko klårt om den rettslege statusen til regjeringas konsultasjonsplikt, nemleg at denne ikkje er ei rettsleg plikt. Regjeringspartia argumenterte konkret for at det var opp til regjeringa å vurdere når Stortinget skulle informerast. Dersom vi tolkar dei andre fråsegnene om «konstitusjonell sedvane» til å bety konstitusjonell sedvanerett, så var det sprikande meiningar på Stortinget. Det er likevel ikkje klårt at uttrykket «konstitusjonell sedvane» viser til ei rettsleg konsultasjonsplikt for regjeringa. Fråsegnene til Arbeiderpartiet og Det nye folkepartiet er utforma slik at uttrykket like gjerne kan vise til fast praksis («fast konstitusjonell sedvane» og «vanlig praksis og konstitusjonell sedvane») uavhengig av om denne følgjer av ei rettsleg plikt eller ikkje. Arbeiderpartiet valde også ordet «burde» i staden for «skulle». Dessutan seier ingen av fråsegnene noko om innhaldet i og rekkevidda av ei opplysnings- og konsultasjonsplikt. Alt i alt er det vanskeleg å trekkje sikre slutningar frå komitéinnstillinga om eksistensen av konstitusjonell sedvanerett.

I seinare tid har det i juridisk teori blitt argumentert for at konstitusjonell sedvanerett pålegg regjeringa ei rettsleg plikt til å konsultere Den utvida utanriks- og forsvarskomiteen i viktige utanrikssaker.³⁵ Argumentet er hovudsakleg at slik konsultasjon har 100 år lang praksis sidan

³¹ Innst. S nr. 352 (1972-1973), s. 1191.

³² Innst. S nr. 352 (1972-1973), s. 1194.

³³ Innst. S nr. 352 (1972-1973), s. 1194.

³⁴ Innst. S nr. 352 (1972-1973), s. 1193.

³⁵ Sjø Christoffer Conrad Eriksen, «Utredning av konstitusjonelle rammer for norsk deltakelse i internasjonale operasjoner», i *Evaluering av norsk deltakelse i Libya-operasjonene i 2011. Rapport frå Libya-utvalget*, Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon 2018, s. 220-260, på s. 244-247, Per Stavang, *Parlamentarisme og folkestyre*, 4. utgåve, Fagbokforlaget 2002 s. 178–202, Fredrik Sejersted, *Kontroll og konstitusjon*, Cappelen Akademisk Forlag 2002, s. 576 flg. Sjø motsett Erik Colban, *Stortinget og*

1923. Crotale-saka viser likevel at det ikkje er lett å seie om denne praksisen er uttrykk for at Stortinget meiner regjeringa har ei rettsleg konsultasjonsplikt eller om denne er politisk som ein del av den parlamentariske arbeidsforma. Framleis seier Stortingets forretningsorden berre at regjeringa «bør» og ikkje «skal» konsultere Den utvida utanriks- og forsvarskomiteen i viktige utanrikssaker.³⁶

Crotale-saka illustrerer også vanskaner med å avgjere rettsovertyding i eit kollegialt organ. Må alle personane som utgjer organet vere samde eller er det tilstrekkeleg med eit fleirtal eller kvalifisert fleirtal som for grunnlovsending? Ta følgjande døme: Eit knapt fleirtal på Stortinget gjer vedtak der dei seier at ein regel er konstitusjonell sedvanerett. Mindretalet er usamd. Er vilkåret om rettsovertyding då oppfylt? Kva om Stortinget i éi sak seier at ein regel er konstitusjonell sedvanerett, medan Stortinget i ei anna sak eller på eit seinare tidspunkt seier at regelen ikkje er konstitusjonell sedvanerett? Er vilkåret om rettsovertyding då oppfylt? Desse døma er ikkje tekne ut av lufta. Som eg skal vise i punkt 4.2, var dette tilfellet for mistillitsregelen, som «alle» seinare har rekna som konstitusjonell sedvanerett.

Lågt medvit om sedvanerettsvilkåra

Eit anna problem er at politikarar og juristar viser til konstitusjonell sedvanerett utan medvit om vilkåra og om desse er oppfylte. Dette er mogleg fordi sedvanerettsvilkåra uansett viser til ei skjønnsvurdering. Til saman opnar dette for misbruk, då konstitusjonell sedvanerett med grunnlovs rang vil kunne vere eit trumfkort i ein politisk debatt eller rettsleg tvist.

Dette problemet kom eklatant på spissen under Stortingets behandling av domstolsreforma i 2020. I tolvte time hevda ei gruppe dommarar at det ville stride mot konstitusjonell sedvanerett om Stortinget vedtok å endre domstolsstrukturen. Påstanden om konstitusjonell sedvanerett vart ikkje grunngeven av dommarane, men førte likevel til politiske forviklingar på Stortinget, då Arbeiderpartiet bad presidentskapet om å utsetje behandlinga av saka for å få greia ut spørsmålet. Leiaren av justiskomiteen, Peter Christian Frølich frå Høgre, sette ord på problemet med konstitusjonell sedvanerett:

«Da er spørsmålet: Skal det være sånn at med en gang noen påstår at det er brudd på konstitusjonell sedvane, skal det være full stopp, blås i fløyten, Stortinget legger ned arbeidet sitt, og vi utsetter saker? Det kan ikke være sånn. Derfor utfordrer jeg representanten Dag Terje Andersen til å komme opp på talerstolen og fortelle i klartekst hvilke vilkår Arbeiderpartiet mener det er man legger til grunn når man har med konstitusjonell sedvane å gjøre. Det trenger ikke være relatert til dette spørsmålet. Når har vi med konstitusjonell sedvane å gjøre? Og hvilken tidligere praksis er det i dette tilfellet som skal gjøre at vi er i nærheten av å stå overfor en konstitusjonell sedvane som krever en annen framgangsmåte enn det vi har lagt opp til?»³⁷

utenrikspolitikken, Universitetsforlaget 1961, s. 40 og Eirik Holmøyvik, «Bruk av norske styrkar utanfor Noreg – statsrettslege utfordringar i fortid og notid», i *Jussens Venner*, 3/2012, s. 1814-214 på s. 197-198.

³⁶ Sjå Stortingets forretningsorden § 16 andre ledd.

³⁷ S.tid. (2020-2021), s. 1580.

Frølich fekk naturlegvis ikkje svar på spørsmålet om vilkåra for konstitusjonell sedvanerett var oppfylt i den konkrete saka eller kva vilkåra var generelt. Dette dømet syner korleis konstitusjonell sedvanerett lett kan misbrukast til å innskrenke kompetansen til eit statsorgan. Dømet syner også at få stortingsrepresentantar (og nokre dommarar) kjenner vilkåra for konstitusjonell sedvanerett, om dei kjenner fenomenet i det heile. Dømet viser også tydeleg misbrukspotensialet i konstitusjonell sedvanerett basert på skjønn etter uklære vilkår.

Er det mogeleg å vere i god tru om konstitusjonell sedvanerett?

Kravet om rettsovertyding reiser ikkje berre store bevisproblem. Ein kan spørje om rettsovertyding er inkompatibelt med sjølve konseptet konstitusjonell sedvanerett.

Kravet om rettsovertyding synest å krevje at aktørane skal «oppdage» ein uskriven regel av grunnlovs rang i ein langvarig og fast praksis. For dei fleste vil det ha presumsjonen mot seg at ein praksis som anten bryt med Grunnlova eller som ikkje går fram av ho skal følgje av ein regel med grunnlovs rang. Utgangspunktet er jo at reglar med grunnlovs rang er å finne i Grunnlova riktig tolka. Alternativet er at aktørane over lang tid konsekvent har feiltolka Grunnlova i god tru. Meir vanleg er det at ein i ettertid set merkelappen «konstitusjonell sedvanerett» på praksisar som i lang tid har vore rekna å følgje av prinsippa og systemet i Grunnlova, sjå nærare i punkt 4.3 under.

Då parlamentarismen vart innført gjennom praksis i tiåra etter riksrettsdommen i 1884, var det naturlegvis ingen som meinte at parlamentarismen følgde av rettsreglar.³⁸ Heile poenget med innføringa av parlamentarismen var at den braut med reglane om regjeringsskifte og statsrådsavgang i Grunnlova. Som eg skal vise nedanfor i punkt 4.2, gjekk argumentasjonen for at parlamentarismen var konstitusjonell sedvanerett ut på at den *burde* ha grunnlovs rang, ikkje at aktørane *trudde* at den hadde det.

Kravet om rettsovertyding er særleg problematisk i dei tilfella ei konstitusjonell sedvanerettsregel fråvik ein regel i Grunnlova. Dersom grunnlovsregelen er klår og har vore tolka og praktisert på ein bestemt måte tidlegare, er det vanskeleg å sjå korleis vilkåret for rettsovertyding skal vere oppfylt dersom eit statsorgan handlar i strid med den etablerte tolkinga av grunnlovsregelen. I eit slikt tilfelle legitimerer læra om konstitusjonell sedvanerett grunnlovsbrot. Castberg legg ikkje skjul på dette når han drøftar om ein konstitusjonell sedvanerettsregel kan fråvikast gjennom ei ny sedvanerettsdanning: «Denne nye praksis vil til å begynne med være rettsstridig. Men om den allikevel til sist bæres oppe av en tilstrekkelig utbredt rettsoverbevisning, vil den nye regel også rettslig tre i den gamles sted.»³⁹ I eit slikt tilfelle blir vilkåra for konstitusjonell sedvanerett meiningslause, då det til sjuande og sist berre handlar om at makta rår.

³⁸ I same retning Erik Magnus Boe, *Innføring i juss. 1: Juridisk tenkning og rettskildelære*, TANO 1993, s. 278.

³⁹ Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, bind 1, 3. utgåve, Universitetsforlaget 1964, s. 51. Sjå i same retning, Benedikte Moltumyr Høgberg, *Statsrett*, tredje utgåve, Universitetsforlaget 2020, s. 23.

Kva er ein god regel etter ei totalvurdering?

Sjølv om vilkåra til lang og fast praksis og rettsovertyding har sterke skjønnelement og uklåre grenser, inneheld desse vilkåra i det minste eit visst objektivt element ved at praksis kan kvantifiserast. Fem år er kanskje ikkje lenge på statsrettens område, men 70 år er det. Eitt unntak kan kanskje tolererast, men neppe annakvart tilfelle. Uklåre fråsegner om praksisens konstitusjonelle status kan kanskje aksepterast når det også finst klåre fråsegner.

Desse objektive halmstråa går likevel heilt i oppløysing når juridisk teori ber oss gjere ei totalvurdering av om praksisen gjev ein god regel.⁴⁰ Stavang skriv «at ein parlamentarisk praksis som uomtvisteleg vert rekna som ein god og nyttig regel både mellom parlamentarikarar og folk reint allment, bør kunne godtakast som ein bindande rettsregel etter relativt kort tid.»⁴¹ Slik Stavang formulerer totalvurderinga, kan konstitusjonell sedvanerett oppstå nesten spontant. Om vi tek Stavang på ordet, kan synspunkt som var rådande i ein kort periode, til dømes i to–tre samanhengande stortingsperiodar, bli ein sedvanerettsregel med grunnlovs rang. Ei brei, men relativt kortvarig rettsovertyding som følgje av den politiske situasjonen eller ideologiske strøymingar, kan med det binde seinare storting som har eit anna syn. Dømet Stavang viser til er parlamentarismen. Etter mitt syn er det uhaldbart å trekkje generelle rettslege slutningar frå eit døme med ein så sær eigen politisk, historisk og rettsteoretisk samanheng, sjå vidare punkt 4.2.

I totalvurderinga er det tilsynelatande få grenser. Sejersted peiker på at relevante kjelder for konstitusjonell sedvanerett kan vere skriven rett, rettspraksis og riksrettspraksis, førarbeid og juridisk teori.⁴² Andenæs og Fliflet meiner at reelle omsyn må vege tungt på statsrettens område.⁴³ Kva dei reelle omsyna skal vere, er det derimot vanskeleg å få auge på. Utgangspunktet er jo at den potensielle sedvanerettsregelen ikkje er grunnlovsfesta. Dette kan vere fordi Stortinget ikkje ønsker det eller fordi grunnlovsfesting ikkje har tilstrekkeleg politisk støtte. Dersom dette er situasjonen, kan ein spørje om det finst relevante reelle omsyn for likevel å rekne regelen som å ha grunnlovs rang.

Som Fleischer har påpeikt, er det fånytt i ettertid å gjere ei totalvurdering der ein tek stilling til om sedvanen er ein god regel.⁴⁴ Dersom Stortinget har gjeve ei lov eller gjort eit stortingsvedtak i strid med Grunnlova, må vi gå ut i frå at Stortinget også har vurdert forholdet til Grunnlova og vurdert rettsoppfatninga som god. Det er vanskeleg å sjå at ein domstol skulle overprøve Stortingets vurdering av om regelen er god, ikkje minst fordi stortingspraksis jo vil vere grunnlaget for sedvanerettsdanninga.

⁴⁰ Sjø til dømes Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, 8. utgåve, Universitetsforlaget 1998, s. 22. Augdahl synest å ha introdusert totalvurderinga som grunnlag for sedvanerett generelt, sjå Per Augdahl, *Rettskilder*, 3. utgåve, Aschehoug 1973, s. 214 flg.

⁴¹ Per Stavang, *Parlamentarisme og folkestyre*, 4. utgåve, Fagbokforlaget 2002 s. 49.

⁴² Sjø Fredrik Sejersted, *Kontroll og konstitusjon*, Cappelen Akademisk Forlag 2002, s. 76.

⁴³ Sjø Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgåve, Universitetsforlaget 2017, s. 49.

⁴⁴ Sjø Carl August Fleischer, *Grunnlovens grenser*, Universitetsforlaget 1968, s. 113.

Det finst døme på grundige og samvitsfulle vurderingar av statspraksis opp mot sedvanerettsvilkåra.⁴⁵ I konkrete saker har likevel både Høgsterett og juridisk teori ein tendens til å konstatere konstitusjonell sedvanerett framfor å vurdere konkret om vilkåra er oppfylte på grunnlag av dokumentasjon av praksis. Eg gjev fleire døme på dette i gjennomgangen av høgsterettspraksis i punkt 5. Proklamasjonar av sanning utan dokumentasjon av faktiske forhold og vurdering av rettslege vilkår høyrer til teologien og ikkje rettsvitenskapen.

Rangspørsmålet

Dersom ein kjem til at sedvanerettsvilkåra er oppfylte, er det ikkje automatikk i at ei sedvanerettsdanning på statsrettens område får grunnlovs rang. Alternativet er at sedvaneretten får lovs rang, eventuelt stortingsvedtaks rang. Skilnaden er avgjerande for sedvanerettens gjennomslagskraft overfor lover og stortingsvedtak. Dersom sedvaneretten ikkje har grunnlovs rang, kan Stortinget avskaffe eller fråvike den gjennom vanleg lov- eller stortingsvedtak. Dette spørsmålet kom på spissen i to dommar om embetsmenns stillingsvern i Rt. 1952 s. 932 P og Rt. 1953 s. 24 P (sjå også punkt 5.2). I begge avgjerdene kom Høgsterett til at ein sedvanerettsregel om løn i suspensjonstida hadde lovs rang og at den «ikke kan sies å være av konstitusjonell karakter slik at det skulle være lagt bånd på den fremtidige utøvelse av vanlig lovgivningsmyndighet på dette område.»⁴⁶

Eit omstridd spørsmål er korleis ein skal avgjere at ein sedvanerettsregel har grunnlovs rang eller lovs rang. Alternativt kan ein forstå dette som eit spørsmål om kva vekt ein sedvane skal ha.⁴⁷ Her har det vore ulike syn i juridisk teori og spørsmålet er ikkje avklara i rettspraksis.⁴⁸ Det er difor uråd å setje opp faste retningslinjer.⁴⁹

Ei tilnærming, som har røter i dansk juridisk teori, er å skilje mellom sedvanerett som strir med eller presiserer Grunnlova på den eine sida, og sedvanar som utfyller Grunnlova på den andre sida.⁵⁰ Synspunktet er då at sedvanerettsregelen må ha grunnlovs rang for å kunne erstatte eller presisere ein rettsregel med grunnlovs rang. Motsett kan sedvanar som berre supplerer reglane i Grunnlova, ha lågare rang sidan det ikkje er motstrid.

⁴⁵ Om Stortingets instruksjonsrett overfor regjeringa, sjå Per Stavang, *Storting og regjering*, Alma Mater 1999. Om konsultasjonsplikt for regjeringa i utanrikssaker, sjå Christoffer Conrad Eriksen, «Utredning av konstitusjonelle rammer for norsk deltakelse i internasjonale operasjoner», i *Evaluering av norsk deltakelse i Libya-operasjonene i 2011. Rapport frå Libya-utvalget*, Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon 2018, s. 220-260, på s. 244-247, og Fredrik Sejersted, *Kontroll og konstitusjon*, Cappelen Akademisk Forlag 2002, s. 576 flg.

⁴⁶ Rt. 1953 s. 24 P.

⁴⁷ Sjø slik Jan Helgesen, «Om den såkalte ‘konstitusjonelle sedvaneretten’», *Jussens Venner*, 1977, s. 193-240, på s. 230-240, og Erik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget 2021, s. 202-203.

⁴⁸ Sjø gjennomgangen i Jan Helgesen, «Om den såkalte ‘konstitusjonelle sedvaneretten’», *Jussens Venner*, 1977, s. 193-240, på s. 223 flg.

⁴⁹ Sjø til dømes Torstein Eckhoff, «Legalitetsprinsippet», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1963, s. 225-285 på s. 235: «Det forekommer meg temmelig problematisk hvilke kriterier som skal være avgjørende for om det ene eller det annet ansees for å foreligge.»

⁵⁰ Sjø slik Per Helset og Bjørn Stordrange, *Norsk statsforfatningsrett*, Ad Notam Gyldendal 1997, s. 82-85.

Ei anna tilnærming finn vi hos Fleischer, som skil mellom sjølvstendige sedvanar og sedvanar som presiserer føresegnene i Grunnlova der ordlyden kunne valde tvil.⁵¹ Berre dei sjølvstendige sedvanane er konstitusjonell sedvanerett i eigentleg tyding og har grunnlovs rang. Sedvanar om tolkinga av Grunnlova får ikkje grunnlovs rang, då desse sedvanane berre er éin av fleire faktorar i rettskjeldebiletet på lik line med til dømes prejudikat.

Ei tredje tilnærming er at sedvanar som gjeld dei øvste statsorgana får grunnlovs rang. Dette ser ut til å ha vore den rådande tilnærminga i norsk juridisk teori.⁵² Problemet er at denne tilnærminga fører oss raskt inn i vanskelege avgrensingsproblem.⁵³ For det fyrste er det ikkje klårt korleis dei øvste statsorgana skal avgrensast. Er Høgsterett ei statsmakt, men ikkje dei underordna domstolane? Er den utøvande makta berre Kongen i statsråd, altså berre vedtak i form av kongelege resolusjonar, eller også praksis frå departementa når dei opptrer som forvaltningsorgan? For det andre finst det i lov og reglement mange reglar som gjeld Stortinget, kongen og regjeringa og Høgsterett og som ikkje har grunnlovs rang. Då gjev det lita meining om alle sedvanar om desse organa skulle få grunnlovs rang. For det tredje er denne tilnærminga for snever, då juridisk teori og rettspraksis har peikt på fleire konstitusjonelle sedvanerettsreglar som ikkje berre gjeld dei øvste statsorgana. Eit døme er det allmenne legalitetsprinsippet, som gjeld for alle offentlege organ, til dømes kommunane. Eit anna døme er retten til å drive politiske parti, som Høgsterett i Rt. 1997 s. 1821 P *Hvit valgallianse* sa var konstitusjonell sedvanerett. Politiske parti er juridiske personar som ikkje har ei direkte kopling til dei øvste statsorgana.

Som svar på innvendingane mot den rådande tilnærminga, har Sejersted og Stavang føreslått at rangen må avgjerast etter «hvor sentral sedvanerettsregelen er for forholdet mellom statsmaktene.»⁵⁴ Som vurderingsmoment nemner Sejersted kvar rettstrinn regelen etter sin karakter høyrer heime, korleis regelen passar inn med alt lovfest rett, og festna rettsoppfatningar om trinnhøgda til regelen. Til slutt meiner Sejersted at reelle omsyn må ha stor vekt i vurderinga. Med andre ord er det også her snakk om ei totalvurdering.

Problemet med den totalvurderinga Sejersted og Stavang legg opp til, er at ho ikkje gjev faste rammer for rangspørsmålet. Som nemnt i punkt 2.1 utfordrar konstitusjonell sedvanerett viktige omsyn ved grunnlovsending. Dersom ein skal halde fast på konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag, må det etter mitt syn vere ein presumsjon for at rekkevidda er så snever som mogleg. Då kan ikkje rangspørsmålet avgjerast etter ei totalvurdering der reelle omsyn styrer. Ein kan berre anerkjenne med grunnlovs rang sedvanar som klårt strir mot reglar i Grunnlova

⁵¹ Carl August Fleischer, *Grunnlovens grenser*, Universitetsforlaget 1968, s. 92 flg.

⁵² Sjå til dømes Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, bind 1, 3. utgåve, Universitetsforlaget 1964, s. 51; Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgåve, Universitetsforlaget 2017, s. 52; Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgåve, Universitetsforlaget 1971, s. 280.

⁵³ Sjå grunnleggjande Jan Helgesen, «Om den såkalte 'konstitusjonelle sedvaneretten', *Jussens Venner*, 1977, s. 193-240, på s. 194-198. Sjå også Fredrik Sejersted, *Kontroll og konstitusjon*, Cappelen Akademisk Forlag 2002, s. 77-78.

⁵⁴ Fredrik Sejersted, *Kontroll og konstitusjon*, Cappelen Akademisk Forlag 2002, s. 78. Sjå tilsvarende Per Stavang, *Parlamentarisme og folkestyre*, 4. utgåve, Fagbokforlaget 2002 s. 51: «Berre sedvanerett som gjeld heilt sentrale punkt i tilhøvet mellom dei øvste statsmaktene bør reknast for å ha grunnlovs rang.» Sjå i same retning Erik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget 2021, s. 203.

og som ikkje kan harmoniserast gjennom tolking. I eit slikt tilfelle er eg samd med Sejersted i at det kan vere meir ærleg å bruke sedvanerettskonstruksjonen enn å presse tolkinga av ordlyd og føremål lenger enn rimeleg.⁵⁵ Men i så fall er eg også samd med Smith i at merkelappen «konstitusjonell sedvanerett» ikkje gjev ei grunngeving for regelen, men berre konstaterer som gjeldande rett at statspraksis har sett Grunnlova til side.⁵⁶

Etter mitt syn er det vanskeleg å legitimere at sedvanar som supplerer Grunnlova skal få grunnlovs rang. Overfor supplerande sedvanar har Stortinget høve til å gje regelen grunnlovs rang gjennom grunnlovsvedtak etter Grunnlova § 121. Så lenge Stortinget har vald å ikkje grunnlovsfeste sedvanen eller ikkje oppnådd kvalifisert fleirtal til det, må presumsjonen vere at sedvanen ikkje har grunnlovs rang. Noko anna betyr i praksis at ein frå sak til sak opphevar mindretalsvernet og demokratielementet som ligg i Grunnlova § 121, og i staden lèt meininga til leiande politikarar og juristar styre kva reglar som skal ha grunnlovs rang.

Oppsummering

Gjennomgangen av dei vilkåra for konstitusjonell sedvanerett som er stilt opp i juridisk teori, syner at vilkåra er uklåre, til dels uavklara og sterkt skjønnsprega. Dersom vi legg til grunn Stavang og Sejersteds tilnærming til rangspørsmålet, så vil både vurderinga av om det er ein sedvanerettsregel og rangen av denne regelen avgjerast etter ei totalvurdering der reelle omsyn veg tungt. Etter mitt syn er ei så laus og skjønnsprega vurderingsnorm ikkje forsvarleg for å danne reglar av grunnlovs rang utanfor endringsprosedyren i Grunnlova § 121. Ei slik tilnærming er problematisk både i eit prosessuelt perspektiv, eit trinnhøgdeperspektiv og eit maktfordelingsperspektiv, sjå punkt 2.1 ovanfor. Når det i tillegg ikkje er semje om vilkåra, kan ein spørje om læra om konstitusjonell sedvanerett i det heile kan forsvarast i ein rettsstat der også staten er bunden av retten.⁵⁷

Eit anna spørsmål er korleis norsk statsrett kom i ein situasjon der reglar av grunnlovs rang blir danna på grunnlag av ei lære utvikla i juridisk teori med uklåre vilkår som det ikkje er semje om og som til sjuande og sist kokar ned til ei totalvurdering. Som eg skal kome tilbake til i punkt 3, skuldast dette at juridisk teori har forsøkt å byggje eit allment rettsgrunnlag for å legitimere ein svært spesiell og konkret historisk situasjon i samband med innføringa av parlamentarismen rundt 1900.

Eg nemner også at ein kan problematisere rettskjeldeverdien av vilkåra som er oppstilt av juridisk teori. Det finst ingen døme på at Stortinget eller Høgsterett har teke stilling til vilkåra for konstitusjonell sedvanerett samla, sjå vidare punkt 5.

2.3. Forholdet til konstitusjonell naudrett

I norsk statsrett er det brei semje om at Grunnlova kan fråvikast med heimel i konstitusjonell naudrett. Tilhøvet mellom konstitusjonell sedvanerett og konstitusjonell naudrett kan valde tvil.

⁵⁵ Sjø Fredrik Sejersted, *Kontroll og konstitusjon*, Cappelen Akademisk Forlag 2002, s. 58.

⁵⁶ Sjø Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 5. utgåve, Fagbokforlaget 2021, s. 126.

⁵⁷ Sjø vidare Ingvald Falch, «Rettsstatens betydning», *Lov og rett*, 1/2021, s. 43-57.

Begge rettsgrunnlaga er ulovfesta og opnar for å fråvike Grunnlova, men vilkåra er ulike. Læra om konstitusjonell sedvanerett opnar for å fråvike Grunnlova på generelt grunnlag utan omsyn til situasjonen. Læra om konstitusjonell naudrett krev at ein naudsituasjon gjer det naudsynt å fråvike Grunnlova for å hindre skade på viktige samfunnsinteresser, men berre så langt naudsituasjonen krev.⁵⁸ Det som skil bruken av dei to rettsgrunnlaga er situasjonen: Den konstitusjonelle naudretten rettar seg mot det akutte behovet for å fråvike Grunnlova. Konstitusjonell sedvanerett er i prinsippet ikkje brukbar i ein slik situasjon, då vilkåret om lang praksis og rettsovertyding ikkje vil vere oppfylt. Likevel vert forholdet mellom dei to rettsgrunnlaga mindre skarpt når juridisk teori tonar ned dei tradisjonelle vilkåra om fast og lang praksis til fordel for ei totalvurdering der reelle omsyn veg tungt.

2.4. Andre forklaringsmodellar på uformell grunnlovsending

Eit argument ein av og til ser for konstitusjonell sedvanerett, er at den norske grunnlova er mindre detaljert og fullkomen enn andre grunnlover.⁵⁹ Etter mitt syn er dette eit sidespor.

For det fyrste er Grunnlova slik ho er som følgje av at Stortinget anten ikkje har ønska å endre ho eller fordi det ikkje har vore tilstrekkeleg fleirtal på Stortinget og i folket til å endre ho. Det siste er i så fall ingen mangel ved Grunnlova, men viser tvert om at den høgare terskelen for grunnlovsending i Grunnlova § 121 fungerer. Ein kan ikkje bruke vanskaner med å endre Grunnlova som argument for å omgå den regelen som definerer terskelen for grunnlovsending.

For det andre finst det ingen grunnlover som regulerer uttømande alle statsrettslege ordningar. Detaljgraden i grunnlover varierer. Den norske grunnlova må fram til grunnlovsreformene dei seinaste åra seiast å vere av dei meir minimalistiske, til liks med til dømes den amerikanske og den danske grunnlova. Dei statsrettslege utfordringane mangelfull grunnlovsregulering reiser, er likevel ikkje unike for Noreg. Alle grunnlover vil kunne bli tolka utvidande eller innskrenkande av statsorgana eller domstolane, slik at grunnlovsteksten ikkje gjev eit fullt ut dekkande uttrykk for rettsnormene.⁶⁰ I alle land vert også grunnlover utfylt av andre lover, reglement og instruksar for parlamentet og regjeringa, rettspraksis og statspraksis. Ingen grunnlover gjev ei fullt ut dekkande skildring eller normering av korleis staten vert styrt.

Det er difor ikkje noko argument for konstitusjonell sedvanerett at den norske grunnlova er lite detaljert eller at grunnlovsteksten ikkje er fullt ut dekkande for faktisk praksis. Med unnatak frå Danmark, er det så vidt eg er kjend med få døme på rettssystem som anerkjenner sedvanerett med grunnlovs rang. I tysk statsrett er det til dømes omstridd om statsorganas praksis i det heile kan ha normerande verknad og haldninga til sedvanerett i statsretten er jamt over avvisande.⁶¹ Heller ikkje i Danmark har konstitusjonell sedvanerett fått ei like sentral rolle som rettsgrunnlag i statsretten som i Noreg. Det nyaste standardverket i dansk statsrett peiker på at det i Danmark

⁵⁸ Sjå grunnleggjande Ola Rambjør Heide, *Konstitusjonell nødrett*, Universitetsforlaget 1998.

⁵⁹ Sjå til dømes Erik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget 2021, s. 206.

⁶⁰ For USA, sjå til dømes Akhil Reed Amar, *Americas Unwritten Constitution*, Basic Books 2012.

⁶¹ Sjå Ingvill Helland, «Grunnlovstekstens betydning for forfatningens rekkevidde – norske særtrekk i en komparativ kontekst», i Eirik Holmøyvik (red.), *Tolkingar av Grunnlova. Om forfatningsutviklinga 1814-2014*, Pax 2013, s. 221-255 på s. 248 og flg.

berre finst tre klåre døme på sedvanerett med grunnlovs rang, noko som tyder på ei strengare praktisering av rettsgrunnlaget.⁶² Oppslutnaden om sedvaneretten synest dessutan å ha vore mindre unison i dansk juridisk teori enn i Noreg.

Uformell endring av konstitusjonelle reglar eller måten reglane fungerer på, er altså ikkje eit særnorsk fenomen.⁶³ Den norske forklaringsmodellen, der statspraksis blir formalisert gjennom konstitusjonell sedvanerett som eit generelt rettsgrunnlag side om side med formell grunnlovsending, er derimot uvanleg.

Ein mykje diskutert forklaringsmodell i den internasjonale litteraturen er teorien om «constitutional moments», som vart sett fram av amerikanaren Bruce Ackerman på 1990-talet.⁶⁴ Ackerman ville forklare kvifor det på den tida og på fleire tidspunkt i amerikansk historie vart eit stort gap mellom konstitusjonell teori og tolking av konstitusjonen på den eine sida og praksis på den andre sida. Løysinga til Ackerman var å forstå demokratiet som dualistisk, der demokratiet og politikken under visse omstende opererer på eit høgare nivå («higher track lawmaking») enn ved vanleg lovgjeving. Det som kjenneteiknar lovgjeving på høgare nivå er ein djuptgripande, inkluderande og langvarig samfunnsdebatt om konstitusjonelle ordningar. I ein slik konstitusjonell augneblink, meiner Ackerman at det høgare demokratinivået legitimerer ein transformasjon av verdiane og innhaldet i konstitusjonen utan bruk av den formelle endringsprosedyren.

Av konstitusjonelle omveltingar i norsk historie, vil både unionsoppløysinga i 1905 og innføringa av parlamentarismen i åra etter riksrettsdommen i 1884 kunne kvalifisere som «constitutional moments» etter teorien til Ackerman. I begge tilfella prega dei konstitusjonelle reformspørsmåla samfunnsdebatten på alle nivå over lang tid og endringane hadde brei støtte i folket over fleire stortingsval.

Skilnaden mellom Ackermans «constitutional moment» og konstitusjonell sedvanerett i norsk drakt, er at fyrstnemnte er ein demokratiteori der folket og ikkje statsorgana står i sentrum: «This is what changes during a constitutional moment. As a result of many electoral victories on many different levels, a broad movement of transformative opinion has now earned the authority to set major aspects of the political agenda.»⁶⁵ Ackerman krev altså at folket som heilskap er engasjert aktivt i den konkrete konstitusjonelle endringa over tid. Læra om

⁶² Dei tre sedvanerettsdanningane er for det fyrste kompetansen til Folketingets finansutval til å gje ministrar løyve til å dekke utgifter, noko som er direkte i strid med grunnlova § 46 andre ledd. Den andre sedvanerettsdanninga er kongens kompetanse til å stadfeste lovforslag og andre regjeringsavgjerder utanfor statsråd, noko som er i strid med grunnlova § 17 andre ledd. Det tredje dømet er Folketingets kompetanse til å delvis avskjere domstolsprøving av lover gjennom såkalla «endeligheidsbestemmelser», noko som bryt med grunnlova § 63, men som har støtte i lovgjevings- og rettspraksis. Sjå Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, *Dansk statsret*, 3. utgåve, Jurist- og Økonomiforbundets forlag 2020, s. 31-33. Sjå også Helle Krunke, «Formal and informal methods of constitutional change in Denmark», i Xenophon Contiades (red.), *Engineering Constitutional Change A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Routledge 2013, s. 73-92.

⁶³ Sjå døme i Gary Jeffrey Jacobsohn og Yaniv Roznai, *Constitutional revolution*, Yale University Press 2020.

⁶⁴ Sjå Bruce Ackerman, *We the People: Foundations*, Harvard University Press 1991, og Bruce Ackerman, *We the People: Transformations*, Harvard University Press 1998.

⁶⁵ Bruce Ackerman, *We the People: Transformations*, Harvard University Press 1998, s. 409.

konstitusjonell sedvanerett derimot, ser berre på praksisen til statsorgana og ikkje demokratiet som heilskap. Ein annan skilnad er at «constitutional moments» blir forstått som revolusjonsliknande hendingar, medan konstitusjonell sedvanerett blir framstilt som eit generelt rettsgrunnlag i statsretten, sjå punkt 2.1–2 og 3.

3. Historisk bakgrunn og opphav

3.1. Innleiing

Når vi snakkar om konstitusjonell sedvanerett i dag, er det som ein særskilt statsrettsleg rettskjeldekategori som er likestilt med den skrivne grunnlova som grunnlag for reglar av øvste rang i regelhierarkiet. Denne formelle likestillinga mellom grunnlovsbestemt rett og sedvanerett er ikkje opplagt, og ho har ei historisk forklaring. For å forstå korleis og kvifor konstitusjonell sedvanerett vart ein del av norsk statsrett, må vi gå historisk til verks.

Poenget er dette: Læra om konstitusjonell sedvanerett oppstod for å løyse eit konkret statsrettsleg problem som følgje av ein spesiell politisk situasjon på byrjinga av 1900-talet. Dette statsrettslege problemet er ikkje lenger aktuelt etter grunnlovsfestinga av parlamentarismen i 2007. Vidare byggjer læra byggjer også på eit bestemt rettsteoretisk syn som viskar ut skiljet mellom faktisk makt og retten. Min påstand er at få i dag vil godta fullt ut det rettsteoretiske grunnlaget for læra om konstitusjonell sedvanerett.

3.2. Sedvanerett som praksisnær grunnlovstolking

Historisk har lov og sedvane vore dei to sentrale rettskjeldene. Også på statsrettens område finn vi sedvanerettsleg argumentasjon langt tilbake i tid og lenge før bruken av omgrepet konstitusjonell sedvanerett.

Det som skil bruken av sedvanerett i statsretten på 1800-talet frå det seinare omgrepet konstitusjonell sedvanerett, er at det ikkje var ei klår forståing av sedvanerett som ein særskilt statsrettsleg rettskjeldekategori på lik line med formelle grunnlovsendingar. I staden vart det Aubert kalla den «sædvansmæssige Fortolkning» gjerne forstått som ei pragmatisk og ofte politisk opportunistisk grunnlovstolking der statspraksis var eit viktig tolkingsmoment.⁶⁶ I nokre tilfelle vart den sedvanerettslege tolkinga brukt til å fråvike Grunnlova.⁶⁷ Oftare vart sedvanerett brukt som argument for ei innskrenkande eller utvidande tolking av Grunnlova ved at denne tolkinga var stadfesta gjennom praksis. Eit ofte brukt døme var trykkefridomen i Grunnlova § 100, som gjennom rettspraksis hadde fått eit snevrare nedslagsfelt i injuriersaker enn ordlyden isolert tilsa.⁶⁸ Tilsvarende spurte Jon Skeie i 1907 om «konstitutionel sedvane» i form av fast praksis tilsa ei utvidande tolking av Grunnlova § 19 som gav kongen kompetanse til å leggje ned offentleg eigedom og verksemd.⁶⁹ Eit anna døme er argumentasjonen for

⁶⁶ Sjå vidare Eirik Holmøyvik og Dag Michalsen, *Lærebok i forfatningshistorie*, Pax 2015, s. 399.

⁶⁷ Sjå til dømes Ole Munch Ræder, *Den norske statsforfatnings historie og væsen*, 1841, s. 80.

⁶⁸ Sjå til dømes Oscar Platou, *Forelæsninger over retskildernes teori* Kristiania 1915, s. 78-79, Jon Skeie, *Om ærekrenkelser eftger norsk ret*, Olaf Norlis forlag 1910, s. 323 og Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, første utgåve, 1945, s. 24.

⁶⁹ Sjå Jon Skeie, *Af den norske ekpropriations- og stats-ret*, Aschehoug 1907, s. 83.

kongens vetorett overfor grunnlovsendingar under forfatningskampen som førte fram til riksrettsdommen i 1884. Tilhengjarane argumenterte her for at kongens konsekvente praksis med å sanksjonere grunnlovsvedtak var uttrykk for sedvanerett⁷⁰ eller «hævdvunden konstitusjonel Praxis».⁷¹ I desse tilfella kunne det vere uklårt om sedvaneretten var eit sjølvstendig rettsgrunnlag eller uttrykk for praksis som tolkingsmoment.

Illustrerande er den kanskje fyrste kjende bruken av uttrykket konstitusjonell sedvanerett. I samband med femtiårsjubileet for tilsetjinga av Frederik Stang ved universitetet i 1879, publiserte Aubert ein artikkel der han mellom anna hylla Stangs systematiske framstilling av norsk statsrett frå 1833.⁷² Her gjorde Aubert eit poeng ut av at Stangs akademiske prestasjon var stor av di han hadde liten hjelp av den konstitusjonelle praksisen dei fyrste femten åra etter vedtakinga av Grunnlova, då denne var «meget uklar og vakkende».⁷³ Aubert meinte at Stangs systematiske framstilling av norsk statsrett av denne grunnen hadde hatt «den største Indflydelse paa vor konstitutionelle Sædvaneret, ligesom den danner Grundlaget for den videnskabelige Behandling af vor Grundlov.»⁷⁴ Ut frå samanhengen synest det nærliggjande at Aubert nytta omgrepet konstitusjonell sedvanerett som uttrykk for praksis. Det er ingen spor av metodiske refleksjonar av denne praksisens forhold til den skrivne grunnlovsteksten og plassering i rettskjeldehierarkiet. For Aubert synest omgrepet konstitusjonell sedvanerett å vere synonymt med statspraksis.

3.3. Konstitusjonell sedvanerett blir ein særskilt rettskjeldekategori

Konstitusjonell sedvanerett som vi kjenner det i dag, er eit 1900-talsfenomen. Som nemnt var det ikkje uvanleg at ein på 1800-talet omtalte praksis som presiserte eller utfylte ordlyden i Grunnlova som sedvanerett. Det var også brei semje om at langvarig praksis om tolkinga av Grunnlova hadde stor vekt.⁷⁵ Det nye med læra om den konstitusjonelle sedvaneretten, slik den vart formulert av Frede Castberg i *Norges statsforfatning* i 1935, var at den kunne endre den grunnlovsbestemte retten ved at statsorgan fekk utvida eller innskrenka kompetansen som følgde av Grunnlova. No kunne også statsmaktenes praksis danne grunnlag for reglar av grunnlovsrang frikopla frå og til fortrengsel av reglar i Grunnlova.

Dette var ei perspektivendring i den statsrettslege rettskjeldeleæra, der grunnlovsteksten ikkje lenger var det opplagte utgangspunktet for fastlegginga av gjeldande statsrett. Endringa var

⁷⁰ Sjå særleg Ludvig Mariboe Benjamin Aubert, *Om det kongelige Veto ved Grundlovsbeslutninger*, 1880 s. 5-6. Sjå vidare Eirik Holmøyvik, «Frå revolusjon til restaurasjon: Striden om Grunnlovas vesen 1824-1884», i: *Tolkingar av Grunnlova. Om forfatningsutviklinga 1814-2014*, Eirik Holmøyvik, red., Pax 2013, s. 307-337 på s. 330.

⁷¹ Sjå Innst. O. IV. 1878, s. 6 (fleirtalet i protokollkomiteen).

⁷² Sjå Frederik Stang, *Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovbestemte Ret*, P. J. Hoppes forlag 1833.

⁷³ Ludvig Mariboe Benjamin Aubert, «Et videnskabeligt Jubilæum», i: *Aftenbladet* 19. september 1879, s. 1 spalte 3.

⁷⁴ Ludvig Mariboe Benjamin Aubert, «Et videnskabeligt Jubilæum», i: *Aftenbladet* 19. september 1879, s. 1 spalte 3.

⁷⁵ Sjå Torkel Halvorsen Aschehoug, *Norges nuværende statsforfatning*, andre utgåve, bind 1, Christiania 1891, s. 79: «at man ikkje uden overveiende Grunde kan fravige en Forstaaelse af Grundloven, som har faaet Hævd i vor constitutionelle Liv.» Sjå tilsvarande Bredo Morgenstjerne, *Lærebog i den norske Statsforfatningsret*, andre utgåve, Oslo 1909, s. 55.

synleg i systematikken i dei statsrettslege standardverka. I statsrettsverka til Stang på fyrste halvdel av 1800-talet, Aschehoug på siste halvdel av 1800-talet, og hos Morgenstjerne på byrjinga av 1900-talet, var omtalen av rettskjeldene i statsforfatningsretten monistisk og sentrert rundt Grunnlova.⁷⁶ Alle anerkjente praksis som eit viktig tolkingsmoment, men den var kopla til grunnlovsteksten. Hos Castberg i 1935 og frå 1945 hos Andenæs, møter vi ei dualistisk rettskjeldelære, der «statsforfatningsrettens kilder» er «den grunnlovsbestemte rett» og «forfatningsrettslig sedvanerett» som separate og likestilte rettsgrunnlag.⁷⁷

Castberg var tydeleg på at hans tilnærming til den statsrettslege rettskjeldelæra var eit brot med dei til då rådande synspunkta i juridisk litteratur.⁷⁸ I fyrste avsnitt i kapittelet om «Forfatningsrettslig sedvanerett», refererte Castberg til at forgjengaren Morgenstjerne i 1909 hadde avvist sedvanerett som statsrettsleg rettskjelde, «[m]en med urette», la Castberg til.⁷⁹ Morgenstjerne hevda at sedvaneretten ikkje kunne vere ei rettskjelde likestilt med Grunnlova, då statsmaktene ikkje gjennom sin praksis kunne endre sitt eige kompetansegrunnlag, som var Grunnlova.⁸⁰ Castberg var samd i at det «[r]ent prinsipielt» var utelukka at eit statsorgans kompetanse vart utvida eller innskrenka som følgje av ein rettsstiftande sedvane på grunnlag av statsorganas praksis.⁸¹ Når han likevel godtok sedvanerett som rettsgrunnlag i statsretten, var det fordi «betingelsene for at der skal kunne opstå en sedvaneretsregel, som innskrenker et statsorgans myndighet, bare sjelden vil være til stede.»⁸² Resonnementet til Castberg var altså at ei statsrettsleg normdanning som var prinsipielt utelukka, likevel skulle vere tillateleg så lenge vilkåra var strenge. Dette sær pragmatisk synspunktet har både ei rettsteoretisk og ei realhistorisk forklaring.⁸³

3.4. Realhistorisk bakgrunn

Den realhistoriske bakgrunnen for konstitusjonell sedvanerett var dei store endringane i det norske politiske systemet i kjølvatnet av riksrettsdommen i 1884 og oppløysinga av unionen med Sverige i 1905.⁸⁴ Med valet av Haakon VII som konge i 1905, fekk kongen ei seremoniell rolle og skulle ikkje personleg utøve den politiske makta han hadde etter Grunnlova. Vidare var

⁷⁶ Sjø Frederik Stang, *Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovbestemte Ret*, P. J. Hoppes forlag 1833, s. 6-8, Torkel Halvorsen Aschehoug, *Norges nuværende statsforfatning*, 2. utgåve, bind 1, P.T. Mallings Boghandels Forlag 1891, s. 5-79, Bredo Morgenstjerne, *Lærebog i den norske Statsforfatningsret*, 1. utgåve, Steen'ske Bogtrykkeri og Forlag 1900, s. 8-33.

⁷⁷ Sitat er frå Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, bind 1, fyrste utgåve, Universitetsforlaget 1935, s. 37-47. Sjø tilsvarande i Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, fyrste utgåve, Universitetsforlaget 1945, s. 10-27. I kortfatta og populærvitskapleg form finn vi ei likestilling alt i 1923, sjø Ole F. Harbek, Carl Platou og Per Augdahl, *Norsk statsborgerbok: Forfatning og forvaltning*, bind 1, Gyldendal Norsk Forlag 1923, s. 10-11: «Norges statsforfatning hviler på grunnloven, enkelte konstitusjonelle lover og konstitusjonell sedvanerett.»

⁷⁸ Sjø vidare referansar i Eirik Holmøyvik, «Tolkingar av Grunnlova», i Eirik Holmøyvik (red.), *Tolkingar av Grunnlova. Om forfatningsutviklinga 1814-2014*, Pax Forlag 2013 s. 11-31 på s. 16.

⁷⁹ Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, bind 1, fyrste utgåve, Universitetsforlaget 1935, s. 43.

⁸⁰ Sjø Bredo Morgenstjerne, *Lærebog i den norske Statsforfatningsret*, andre utgåve, Oslo 1909, s. 54-55.

⁸¹ Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, bind 1, fyrste utgåve, Universitetsforlaget 1935, s. 44.

⁸² Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, bind 1, fyrste utgåve, Universitetsforlaget 1935, s. 44.

⁸³ Sjø inngåande om den historiske bakgrunnen for parlamentarismen i Fredrik Sejersted, «§ 15», i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), *Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814-2020*, Universitetsforlaget 2021 s. 231-244.

⁸⁴ Sjø vidare Eirik Holmøyvik, «§ 121», i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), *Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814-2020*, Universitetsforlaget 2021 s. 1359-1400 på s. 1372-1375.

det klart for alle at statsrådanes møterett i Stortinget etter riksrettsdommen i 1884 var det fyrste steget mot eit parlamentarisk system. Sjølv om Grunnlova § 12 sa at kongen «vælger selv» regjeringa, var det rundt 1905 brei semje om at kongen måtte utnemne ei regjering som hadde tillit i Stortinget og at ei regjering som fekk eit mistillitsvedtak mot seg, måtte gå av.⁸⁵ Sjølv om det nye politiske systemet ikkje var direkte i strid med Grunnlova, var det klart for juristane på denne tida at Grunnlova ikkje lenger skildra den faktiske maktfordelinga mellom Stortinget, regjeringa og kongen. Vidare inneheldt Grunnlova ingen reglar om at regjeringa måtte gå av dersom Stortinget vedtok mistillit, noko som er ein grunnleggjande regel i eit parlamentariske system.

Læra om den konstitusjonelle sedvaneretten var eit statsrettsleg svar på det Castberg må ha oppfatta som eit legitimitetsproblem ved at Grunnlova i ordlyden ikkje anerkjente dei faktiske politiske ordningane. I ein artikkel om maktfordelingsprinsippet frå 1918, brukte Castberg for fyrste gong omgrepet «konstitusjonel Sedvane» om statspraksis under parlamentarismen.⁸⁶ Konkret meinte han at det var utvikla ein konstitusjonell sedvaneregulering om at statsministeren hadde plikt til å bøye seg for fleirtalet i statsrådet. Vidare meinte Castberg at på grunnlag av «Sedvane og Praksis» hadde det oppstått ein regel om at statsrådet hadde plikt til å gå av ved mistillitsvedtak. Sjølv om Grunnlova ikkje inneheldt nokon slik regel, meinte Castberg dette no var «gjældende norsk Forfatningsret».⁸⁷

Tolkinga til Castberg var ikkje opplagt. Både i 1814 og i 1905 vart endringar i Grunnlova utan bruk av prosedyren i Grunnlova § 121 legitimert med konkrete ekstraordinære hendingar og naudrett i samband med respektive inngåinga og oppløysinga av unionen med Sverige.⁸⁸ Dette syner at Stortinget ikkje var framandt for radikale tiltak dersom det meinte den konstitusjonelle situasjonen tilsa det. Ein kunne tenkje seg ei tilsvarande konkret grunngeve argumentasjonsline knytt til avskaffinga av den personlege kongemakta i 1905 og statsrådanes møterett på Stortinget ved grunnlovsending i 1884. Grunnlova var heller ikkje til hinder for at Stortinget etablerte og handla etter politiske normer som var snevrare enn dei rettslege normene. Både på den tida og i dag finst det mange politiske normer og praksisar som styrer måten Stortinget og regjeringa arbeider på og forholdet mellom dei, men som ikkje er rettslege plikter. Samtidige teoretikarar som Morgenstjerne og Gjelsvik meinte at parlamentarismen nettopp var eit «politisk princip» og ikkje ei rettsleg norm i form av sedvanerett.⁸⁹ Som eg skal vise i punkt 4.2, var det heller ikkje klart i 1918 at Stortinget forstod det parlamentariske systemet som ei rettsleg ordning, noko som er eit vilkår for sedvanerettsdanning. Det var likevel rettsteoretiske grunnar til at Castberg trekte normative slutningar frå endringane i det politiske systemet.

⁸⁵ Sjø til dømes Ola Mestad, «Unionsoppløysinga i 1905: parlamentarisme, strategi og statsrett», i Ola Mestad og Dag Michalsen, red., *Retts, nasjon, union*, Universitetsforlaget 2005, s. 334-419, på s. 409-413.

⁸⁶ Frede Castberg, «Nogen Ord om Magtfordelingsprinsippet og dets Stilling i fransk og norsk Statsret», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1918, s. s. 243-296 på s. 295.

⁸⁷ Frede Castberg, «Nogen Ord om Magtfordelingsprinsippet og dets Stilling i fransk og norsk Statsret», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1918, s. s. 243-296 på s. 291.

⁸⁸ Sjø Eirik Holmøyvik, «§ 121», i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), *Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814-2020*, Universitetsforlaget 2021, s. 1359-1400 på s. 1376-1378

⁸⁹ Sjø Nikolaus Gjelsvik, *Innledning i rettsstudiet*, 1. utgåve, Det norske samlaget 1912, s. 41 note 35. Sjø tilsvarande Bredo Morgenstjerne, *Lærebok i den norske statsforfatningsret*, 3. utgåve, 2. bind, O. Christiansens trykkeri 1927, s. 16 (noten).

3.5. Rettsteoretisk bakgrunn

Rettsteoretisk forklarte Castberg konstitusjonell sedvanerett med å vise til at det gjeld for «de statsrettslige kompetanseregler som for all annen positiv norsk rett at grunnlovens og sedvanerettens gyldighet aksepteres uten ytterligere rettslig bevis, altså som rettslige postulater».⁹⁰ For Castberg var det avgjerande at den rettslege makta til staten samsvarte med den faktiske makta: «All rett, ikke minst de rettsregler som organiserer staten og bestemmer statsorganenes myndighet, tilsikter å bli realisert i det virkelige liv.»⁹¹ Dersom statspraksis utvikla seg i strid med dei gjeldande statsrettslege reglane eller dei vart sett til side gjennom ein revolusjon, meinte Castberg at det som i utgangspunktet var eit grunnlovsbrot, over tid ville bli ny og gyldig statsrett i kraft av at den vart etterlevd og anerkjent. Også under normale forhold vil det ofte vere slik at den faktiske makta til eit statsorgan er ulik den rettslege kompetansen. Som døme viste Castberg til at Stortingets råderett over statsbudsjettet gav det ei faktisk maktstilling overfor regjeringa som gjekk ut over den rettslege kompetansefordelinga. Motsett hadde, og har, kongen mykje formell kompetanse etter Grunnlova, men lita faktisk makt.

Observasjonen til Castberg var utvilsamt empirisk riktig. Castberg nógde seg likevel ikkje med å konstatere det banale, at rettsleg kompetanse og faktisk makt kan vere ulik. Han trekte også normative slutningar frå denne erkjenninga: «Også av en annen grunn har det sin interesse å konstatere et statsorgans faktiske maktstilling ut over grensene for dets rettslige myndighet. Det som i dag bare kan betraktes som utslag av en rent faktisk makt, kan i morgen være en rettslig kompetanse.»⁹² Synspunktet er at faktisk makt er lik rettsleg kompetanse, og at statsorganas praksis difor er rettsleg normerande.

Det er verdt å stoppe opp og reflektere over Castbergs syn på statsretten. Dersom faktisk makt er både utgangspunktet og endepunktet, er tinnhøgdeprinsippet og Grunnlovas status som *lex superior* i prinsippet irrelevant. Castberg meinte på ingen måte at Grunnlova var irrelevant. Poenget hans var at Grunnlova ikkje var den einaste kjelda til rettsdanning i statsretten og at reglar i Grunnlova måtte vike i møte med ein motstridande statspraksis over tid. I artikkelen frå 1918 sa Castberg det rett ut: «Er først det Faktum paa det rene, at en Retssætning, som er uttalt i Grundloven, staar i Strid med hvad Nationen i sin Almindelighet anser for gjældende, positiv Ret, daa maa denne Retssætning betragtes som ophævet.»⁹³ Synspunktet er altså at så lenge Stortinget med stort fleirtal eller over tid handlar i strid med Grunnlova, er det ikkje eit grunnlovsbrot, men etablering av sedvanerett. Dette synet på rettens grunnlag ser ut til å liggje bak Castbergs lære om den konstitusjonelle sedvaneretten.

Då Castberg publiserte sin artikkel i 1918, var det teoretiske landskapet fruktbart for den typen uformell forfatningskonstruksjon som Castberg argumenterte for. I 1916 publiserte

⁹⁰ Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, bind 1, fyrste utgåve, Universitetsforlaget 1935, s. 13 jf. s. 44.

⁹¹ Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, bind 1, fyrste utgåve, Universitetsforlaget 1935, s. 14.

⁹² Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, bind 1, fyrste utgåve, Universitetsforlaget 1935, s. 17.

⁹³ Frede Castberg, «Nogen Ord om Magtfordelingsprinsippet og dets Stilling i fransk og norsk Statsret», *Tidsskrift for Retsvidenskab* 1918, s. s. 243-296 på s. 286.

amerikanaren Roscoe Pound ein artikkel med tittelen «Law in Books and Law in Action».⁹⁴ Dette uttrykket har gått inn i det internasjonale juridiske vokabularet som at praksis ikkje alltid stemmer med den formelle retten. I Tyskland erkjende fleire førande teoretikarar at den føderale Keisarforfatninga frå 1871 ikkje heldt følgje med den politiske utviklinga og tok til orde for å anerkjenne den uskrivne statsretten.⁹⁵ Ein av dei leiande teoretikarane, Georg Jellinek, framheva med stor kraft den normative krafta til det faktiske som grunnlag for statsrettslege rettsdanningar.⁹⁶ Jellinek var mykje lest i Noreg, også av Castberg, og han inspirerte Francis Hagerup til å framheve sedvanens bindande kraft i statsretten i artikkelen *Det psykologiske Grundlag for Retten* i 1907.⁹⁷ Som Jellinek meinte Hagerup at «det faktiskes Magt» var normativ og at store delar av «vor Forfatningsret hviler udelukkende paa Sædvaneret».⁹⁸ Som døme viste Hagerup til kongemaktas nye konstitusjonelle rolle etter unionsoppløysinga i 1905. Ein kan spørje korleis ei hending berre to år tidlegare skulle vere grunnlag for sedvanerett når fast praksis over lang tid er eit vilkår for sedvanerett. Dømet viser at Hagerup ikkje forstod statsrettsleg sedvanerett som praksis over lang tid, men heller den til ei kvar tid faktiske praksisen til statsmaktene. Med referanse til Jellinek og Hagerup argumenterte Knud Berlin i Danmark i 1916 for at «en sædvanemæssig Retsudvikling» kunne ikkje berre utfylle, men også endre innhaldet i grunnlova utan å endre grunnlovsteksten.⁹⁹ Også i Danmark var det innføringa av parlamentarismen i 1901 som førte til eit gap mellom den skrivne grunnlova og politisk praksis.¹⁰⁰ I dette teoretiske landskapet var det Castberg henta inspirasjon til læra om konstitusjonell sedvanerett i Noreg.

3.6. Samanfating

Grunnen til at eg har brukt så mykje plass på den historiske bakgrunnen for læra om den konstitusjonelle sedvaneretten, er for å vise at læra sprang ut av ei tidstypisk teoretisk retning på byrjinga av 1900-talet og den svært spesielle konstitusjonelle situasjonen i Noreg i åra etter 1905. Det er lett å skjønne kvifor Castberg og juristar i samtida såg behov for å «rettsleggjere» parlamentarismen gjennom læra om konstitusjonell sedvanerett. Dette var ei politisk uroleg tid med stadige regjeringsskifte og sterk kritikk mot parlamentarismen frå dei politiske ytterkantane på både sosialistisk og borgarleg side.¹⁰¹ Avstanden mellom Grunnlovas formelle ordning og praksis for regjeringsdanningar og -avgangar kunne føre til eit legitimitetsproblem. Samstundes feila forsøk på å grunnlovsfeste parlamentarismen både i 1928, 1937 og 1951. Læra om konstitusjonell sedvanerett gav parlamentarismen vern mot endring frå dei antiparlamentariske rørsleane i mellomkrigstida. Spissformulert kan ein seie at læra om

⁹⁴ Roscoe Pound, «Law in Books and Law in Action», *American Law Review*, 1/1910, s. 12-36.

⁹⁵ Sjø Michael Stolleis, *Public Law in Germany, 1800-1914*, s. 351-352. Dag Michalsen, *Rettshistorisk kritikk*, s. 95.

⁹⁶ Sjø Georg Jellinek, *Allgemeine staatslehre*, tredje utgåve, 1914, s. 332 flg.

⁹⁷ Sjø Francis Hagerup, «Det psykologiske Grundlag for Retten», *Tidsskrift for Retsvidenskab* 1907, s. 1-14. Sjø vidare om Hagerup i Eirik Holmøyvik, «Tolkingar av Grunnlova», i Eirik Holmøyvik (red.), *Tolkingar av Grunnlova. Om forfatningsutviklinga 1814-2014*, Pax Forlag 2013 s. 11-31 på s. 16-17.

⁹⁸ Francis Hagerup, «Det psykologiske Grundlag for Retten», *Tidsskrift for Retsvidenskab* 1907, s. 1-14 på s. 7 og 13.

⁹⁹ Sjø Knud Berlin, *Den Danske Statsforfatningsret*, bind 1, G.E.C. Gad 1916, s. 75.

¹⁰⁰ Sjø Jens Peter Christensen, «Sædvane og forfatningsret», *Ugeskrift for Retsvæsen, afdeling B*, 1990, s. 321-329.

¹⁰¹ Sjø Jostein Nerbøvik, *Antiparlamentariske straumdrag i Noreg 1905-1914*, Universitetsforlaget 1969.

konstitusjonell sedvanerett er resultatet av konstitusjonell omsorgssvikt av Stortinget og ein rettsteori der faktisk makt og ikkje Grunnlova var grunnlaget for retten.

Spørsmålet vi må stille oss i dag, er om dei spesielle omstenda ved innføringa av parlamentarismen er tilstrekkeleg grunnlag for ei generell lære om danning av rettsnormer med grunnlovs rang på grunnlag av sedvanerett. Vi må også spørje om vi i dag godtek den teoretiske premissen om at statsretten skal spegle dei politiske maktforholda slik dei er til ei kvar tid. Etter mitt syn må vi svare nei på begge spørsmåla.

4. Konstitusjonell sedvanerett i statspraksis

4.1. Innleiing

I denne delen skal eg sjå nærare på korleis lære om konstitusjonell sedvanerett har blitt brukt i statspraksis. Føremålet med framstillinga er ikkje å gje ei fullstendig oversikt over statspraksis om konstitusjonell sedvanerett, men å løfte fram særtrekk som illustrerer to praktiske problem ved bruk av konstitusjonell sedvanerett. Bruk av konstitusjonell sedvanerett i høgsterettspraksis blir drøfta særskilt i punkt 5.

Fyrst skal eg peike på praktiske problem ved å fastleggje konstitusjonell sedvanerett. Her brukar eg parlamentarismen som døme. Deretter skal eg vise korleis konstitusjonell sedvanerett har blitt brukt for å heimle konstitusjonelle ordningar som før var heimla i eit anna rettsgrunnlag enn sedvanerett. Spørsmålet her er om norsk statsrett treng konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag og om dette kan virke meir tilslørande enn oppklarande.

4.2. utfordringar med å fastleggje sedvanerettsvilkåra

Parlamentarismen som døme

Parlamentarismen og regjeringas plikt til å gå av ved mistillitsvedtak har alltid vore sett på som det fremste dømet på konstitusjonell sedvanerett.¹⁰² Difor er dette dømet velegna for å vise dei praktiske problema ved bruk av vilkåra for konstitusjonell sedvanerett. Det skjer nemleg ofte at konstitusjonell sedvanerett blir proklamert utan å drøfte og dokumentere at vilkåra er oppfylte. Samstundes er det ofte slik at det ikkje er lett å avgjere om vilkåra er oppfylte. Dette gjeld også parlamentarismen.

Lang og fast praksis?

For parlamentarismen kan ein spørje om vilkåret om fast og lang praksis var oppfylt då Castberg i 1918 skreiv at det var gjeldande norsk forfatningsrett at regjeringa måtte gå av ved mistillitsvedtak.¹⁰³ På det tidspunktet var praksis i form av regjeringsskifte på grunnlag av tillit i Stortinget 34 år, om vi reknar frå Johan Sverdrups regjering etter riksrettsdommen i 1884.

¹⁰² Sjå til dømes Benedikte Moltumyr Høgberg, *Statsrett*, tredje utgåve, Universitetsforlaget 2020, s. 24. Sjå også drøftinga i Fredrik Sejersted, «§ 15», i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), *Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814-2020*, Universitetsforlaget 2021 s. 231-244 på s. 233 flg.

¹⁰³ Døme på positivt svar: Per Stavang, *Parlamentarisme og folkestyre*, 4. utgåve, Fagbokforlaget 2002, s. 50. Døme på negativt svar: Carsten Smith, «Rettsvitenskapens rolle i forfatningsrett og forfatningsutvikling», i Eivind Smith (red.), «*Jus*» og «*politikk*» i det norske statsliv, Universitetsforlaget 1989, s. 38.

Stavang har likevel peikt på at fram til unionsoppløysinga i 1905 var kongen ein maktfaktor i norsk politikk og ikkje samd i parlamentarismen.¹⁰⁴ Så lenge mistillitsregelen innskrenka kongens kompetanse etter Grunnlova § 12 til å utnemne regjering, er det vanskeleg å godta ei sedvanerettsdanning så lenge den personlege kongemakta var ein realitet. Dersom vi reknar 1905 som startpunkt, var praksisen berre 13 år gamal i 1918. Oppfyller det vilkåret om lang praksis? Problemet er dessutan at i 1918 fanst det enno ingen døme på at ei regjering gått av som følge av mistillitsvedtak. Tvert om hadde den andre regjeringa til Emil Stang i 1893 nekta å gå av då den fekk eit mistillitsvedtak mot seg.¹⁰⁵ Det neste mistillitsvedtaket kom fyrst i 1928, og då gjekk regjeringa Hornsrud av. Sjølv om det nok var ei klår oppfatning på Stortinget på byrjinga av 1900-talet at ei regjering måtte gå av ved mistillitsvedtak, var det lite praksis og ingen kjende døme i 1918 då Castberg skreiv sin artikkel. Dømet illustrerer at det kan vere vanskeleg å trekke sikre slutningar frå statspraksis når den påståtte sedvanerettsregelen ikkje har kome på spissen i ei konkret sak.

Rettsovertyding (opinio juris)?

Vilkåret om rettsovertyding er særleg interessant for dømet med parlamentarismen. Praktiserte Stortinget mistillitsregelen i den trua at det var ein rettsleg bindande regel i kraft av konstitusjonell sedvanerett? Som nemnt var det i juridisk teori på byrjinga av 1900-talet delte syn på parlamentarismens konstitusjonelle status. Ein slik meiningskilnad kan vere ein indikasjon på at ein statspraksis ikkje kvalifiserer som sedvanerett, men berre er ein politisk praksis.

Det er likevel ikkje den juridiske teorien som vilkåret om rettsovertyding knyt seg til, men dei statsorgana som utøver den sedvanerettsdannande praksisen. For plikta til å gå av ved mistillitsvedtak er dette Stortinget, regjeringa og kongen. Vi har klare haldepunkt i dei historiske kjeldene for at leiande stortingsrepresentantar i åra etter 1905 meinte at regjeringa hadde plikt til å gå av ved mistillit.¹⁰⁶ Men desse kjeldene er ikkje klare på om stortingsrepresentantane meinte at denne plikta følgde av ei rettsleg norm eller ei politisk norm. Til dømes uttalte nokre medlemmer i konstitusjonskomiteen i 1917 at «indførelsen av den parlamentariske statskik» hadde gjort at statsrådene «er kommet i en helt anden stilling end tidligere» ved at grunnlaget for både utnemning og avskil hadde sin «egentlige grund i Stortinget og partiforholdene der».¹⁰⁷ Ordvalet «egentlige grund» synest å peike mot politiske realitetar framfor ei rettsnorm. Eit anna døme finn vi i 1928 i samband med Stortingets behandling av eit forslag om å endre Grunnlova § 12 om regjeringsdanning i samsvar med det parlamentariske prinsippet. Konstitusjonskomiteen forkasta forslaget, men erkjende at den politiske utviklinga hadde ført til at «paragrafens nuværende form vanskelig kan sies helt å dekke den rådende parlamentariske opfatning og den på grunnlag herav hevdvundne praksis».¹⁰⁸ Det er ikkje klart om komiteen her har ei rettsnorm eller ei politisk norm i tankane. Eit tredje døme er statsminister Løvland, som i 1908 viste til «vor grundlovsmæssige ordning:

¹⁰⁴ Sjå Per Stavang, *Parlamentarisme og folkestyre*, 4. utgåve, Fagbokforlaget 2002, s. 46.

¹⁰⁵ Sjå Trond Nordby, *Grunnlov og styreform. Norge 1814-2010*, Universitetsforlaget 2010, s. 42.

¹⁰⁶ Sjå Trond Nordby, *Grunnlov og styreform. Norge 1814-2010*, Universitetsforlaget 2010, s. 46 og 64-65

¹⁰⁷ Indst. S. LI (1919), s. 9.

¹⁰⁸ Innst. S. nr. 141 (1928), s. 335.

parlamentarisme uden opløsningsret». ¹⁰⁹ Ved fyrste augekast kan det sjå ut som at Løvland her seier at parlamentarismen har grunnlovs rang. Men han kan like gjerne ha meint at regjeringa etter Grunnlova ikkje hadde oppløysingsrett, og at parlamentarismen vart praktisert innanfor denne grunnlovsbestemte ordninga.

Vi veit heller ikkje om synspunkta til einskildrepresentantar om parlamentarismens konstitusjonelle status var delt av fleirtalet og om dette synet heldt seg fast over tid. Verken Castberg i 1918 og 1935, Andenæs i 1945 og seinare, eller andre i juridisk teori som har konstatert konstitusjonell sedvanerett, har dokumentert at Stortinget frå byrjinga av 1900-talet konsekvent praktiserte mistillitsvedtak med den overtydinga at regjeringa hadde ei rettsleg plikt til å gå av. Når ein går inn i stortingspraksis på fyrste halvdel av 1900-talet, er det difor overraskande å finne sprikande syn på den konstitusjonelle statusen til mistillitsregelen. ¹¹⁰

Eit døme som ofte blir trekt fram som prov på at Stortinget rekna mistillitsregelen som konstitusjonell sedvanerett, er innstillinga til Stortingets spesialkomité i 1929. Komiteen var oppretta for å greie ut endringar i riksrettsordninga etter riksrettssaka mot Abraham Berge i 1926–1927. I innstillinga sa komiteen at riksretten var mindre konstitusjonelt relevant som følgje av utviklinga av parlamentarismen, der Stortinget kunne tvinge ei regjering til å gå av ved mistillitsvedtak. I denne samanhengen uttalte komiteen at om ei regjering skulle nekte å bøye seg for eit mistillitsvedtak i Stortinget, ville det måtte reknast som «stridende mot statsformen» etter Grunnlova § 30, og vere grunnlag for riksrettstiltale. ¹¹¹ Referansen til «statsformen» i Grl. § 30 vart på denne tida rekna som ein referanse til Grunnlova. ¹¹² Ordbruken og samanhengen tyder på at komiteen meinte at plikta til å gå av ved mistillitsvedtak var blitt ei rettsnorm med grunnlovs rang på grunnlag av praksis.

Går vi litt fram i tid, finn vi eit klårt uttrykk for at parlamentarismen var konstitusjonell sedvanerett i Protokollkomiteens tilråding frå 1948 om innstillinga frå Undersøkingsskomisjonen av 1945. Eit spørsmål var om Stortinget under okkupasjonen kunne ha avsett eksilregjeringa i London gjennom eit mistillitsvedtak. Protokollkomiteen fann dette spørsmålet så tvilsamt at den ikkje konkluderte, men var ikkje i tvil om at regjeringa hadde plikt til å gå av ved mistillitsvedtak under normale forhold. Her viste Kommisjonen til Castberg og Andenæs og uttalte at «Grunnlovens ord og mening er derunder i stor utstrekning blitt endret gjennom konstitusjonell sedvanerett [...] For *Regjeringen* er regelen etter vår gjeldende forfatningsrett at Stortinget kan fremtvinge dens avgang når det ønsker det». ¹¹³

¹⁰⁹ Sjø St.tid. 1908, s. 872.

¹¹⁰ Det følgjande byggjer delvis på Eirik Holmøyvik, «§ 121», i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), *Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814-2020*, Universitetsforlaget 2021 s. 1359-1400 på s. 1373-1375

¹¹¹ Innstilling fra komiteen til revisjon av grunnlov, ansvarlighetslov og riksrettsreglement, lagt ved Indst. S. nr. 1 (1932) s. 37.

¹¹² Sjø Bredo Morgenstjerne, *Lærebog i den norske Statsforfatningsret*, andre utgåve, Oslo 1909, s. 714 og s. 726.

¹¹³ Sjø Innst. O. IX. A. (1948), Tilråding frå protokollkomiteen om «Innstilling frå Undersøkelseskomisjonen av 1945», s. 81. Utheving i originalen.

Desse to døma kunne isolert sett vore klare indikasjonar på at Stortinget på 1920-talet og i alle høve i 1948 rekna mistillitsregelen for å vere konstitusjonell sedvanerett. Problemet er at vi på same tid finn like klare døme på det motsette.

I 1935 vart det sett fram eit grunnlovsforslag om ei heilskapleg grunnlovsfesting av parlamentarismen. Grunnlovsforslaget regulerte både regjeringsutnemninga og -oppløysinga ved kabinettspørsmål og mistillitsvedtak. Grunngevinga for forslaget viste til den då nye statsrettsboka til Castberg.¹¹⁴ Forslagsstillaren kan ha meint at sidan Castberg hevda at parlamentarismen hadde fått grunnlovs rang i kraft av konstitusjonell sedvanerett, burde Stortinget endre Grunnlova slik at reglane gjekk fram av grunnlovsteksten. Stortinget behandla grunnlovsforslaget i 1937. Konstitusjonskomiteen forkasta forslaget med grunngevinga at det var uklårt og sjølvmotseiande. Det interessante i denne samanhengen er at konstitusjonskomiteen nytta høvet til å uttale seg prinsipielt om parlamentarismens konstitusjonelle status. Ein samrøystes komité sa følgjande:

«Forslagets mening er som det vil sees å få fastslått parlamentarismens hovedprinsip i grunnlovs form. Siden 1905 har Konge og Storting uavbrutt praktisert det parlamentariske system.

Like så lite i England – parlamentarismens moderland – som i Norge har den sin hjemmel i noen skreven forfatningsregel. Den er begge steder blitt betraktet som et viktig og fastslått ledd i vår forfatningspraksis og ikke som uttrykk for nogen rettslig regel.»¹¹⁵

I 1948 vart grunnlovsforslaget sett fram på nytt. I 1951 vart forslaget på nytt forkasta. Og på nytt valde ein samrøystes utanriks- og konstitusjonskomité å gjenta grunngevinga frå 1937 om at parlamentarismen var fast praksis, men ingen «rettslig regel».¹¹⁶

I 1937 og 1951 seier altså ein samrøystes komité rett ut at parlamentarismen som fast praksis, men ingen rettsregel. Ordvalet «fastslått ledd i vår forfatningspraksis» tyder på at det brei semje og medvit om praksis. Samanlikninga til England er viktig, fordi ein i engelsk statsrett reknar parlamentariske sedvanar, såkalla «constitutional conventions», som ikkje rettsleg bindande for parlamentet. Det Stortinget i dei to komitéinnstillingane seier, er at dei rekna parlamentarismen som nettopp ein ikkje-bindande politisk sedvane, og med det ingen rettsregel i kraft av konstitusjonell sedvanerett.

I lys av dei klare orda til to samrøystes stortingskomitear på direkte spørsmål om parlamentarismens og mistillitsregelens konstitusjonelle status, skulle ein tru at statusen som konstitusjonell sedvanerett vart problematisert i juridisk teori. Det skjedde ikkje. Tvert i mot. I boka *Den utøvande makt* frå 1945 viste Castberg til den nemnte innstillinga frå spesialkomiteen i 1929 og konkluderte:

¹¹⁴ Dokument nr. 23 (1935) forslag nr. 1 på s. 4. «Taler for sig selv, jf. Castbergs bok.»

¹¹⁵ Innst. S. nr. 51 (1937) s. 104.

¹¹⁶ Sjø Innst. S. nr. 121 (1951).

«For så vidt reglene om parlamentarisk styre skal kunne sies å være rettslig gjeldende også i norsk statsrett, må derimot hjemmelen søkes i sedvanerett. Det er visstnok riktig å betrakte som en gjeldende rettsregel den setning at statsrådets medlemmer plikter å ta avskjed dersom stortinget i en votering gir uttrykk for sin vilje om at så skal skje. Det er m.a.o. visstnok riktig å betrakte dette parlamentariske prinsipp hos oss ikke bare som en forfatningssedvane – slik som den tilsvarende regel i England – men som en forfatningsrettslig regel.»¹¹⁷

Legg merke til den siste setninga. Formuleringa er nesten lik konklusjonen til konstitusjonskomiteen i 1937, men med motsett konklusjon! Der konstitusjonskomiteen gav uttrykk for at mistillitsregelen var ein ikkje-bindande politisk sedvane slik som i England, skreiv Castberg at den same regelen i Noreg var rettsleg bindande konstitusjonell sedvanerett. Castberg måtte kjenne til konstitusjonskomiteens innstilling frå 1937, men nemner den ikkje, verken i *Den utøvende makt* eller i seinare utgåver av standardverket *Norges statsforfatning*.

Overdreiv juridisk teori kjeldegrunnlaget?

Som døma frå praksis syner, var det på Stortinget på fyrste halvdel av 1900-talet ulike syn på parlamentarismens konstitusjonelle status. Denne sprikande praksisen gjer det krevjande å slå fast at mistillitsregelen oppfylte vilkåra for konstitusjonell sedvanerett. Sjølv Castberg ser ut til å innrømme at parlamentarismens konstitusjonelle status var usikker, trass i at han heile tida heldt fast på at mistillitsregelen var konstitusjonell sedvanerett. Då han i *Den utøvende makt* frå 1945 diskuterte om parlamentarismen kunne avskaffast, kjem tvilen til syne: «Det kan imidlertid tvistes om hvorvidt det parlamentariske system kan betraktes som forankret i vår statsrett på denne måten [som konstitusjonell sedvanerett].»¹¹⁸ Denne ordbruken er ein klår indikasjon på at parlamentarismen ikkje var solid forankra som konstitusjonell sedvanerett på 1940-talet. Problemet er at denne tvilen om parlamentarismens konstitusjonelle status ikkje kom til uttrykk i dei statsrettslege standardverka til Castberg og Andenæs på 1900-talet. Konsekvensen var at generasjonar av juristar og politikarar vart lært at mistillitsregelen var konstitusjonell sedvanerett. Til slutt vart det eit statsrettsleg postulat som alle aksepterte – også Stortinget – utan å vurdere kjeldene.

I denne drøftinga har eg berre sett på mistillitsregelen, som det har vore brei semje om i juridisk teori. Derimot har det ikkje vore semje om eit anna grunnlag for regjeringas avgang i eit parlamentarisk system, kabinettspørsmål, pålegg regjeringa ei rettsleg plikt til å gå av i kraft av konstitusjonell sedvanerett. Eckhoff har peikt på at dersom praksis har relevans for vurderinga av konstitusjonell sedvanerett, har ein mykje meir praksis å byggje på når det gjeld kabinettspørsmål enn mistillitsvedtak.¹¹⁹ Grunnen til at juridisk teori ikkje trekt same normative slutningar frå denne praksisen som for mistillitsregelen, kan vere at ein har rekna sistnemnte som meir sentral i det parlamentariske systemet. Dei ulike slutningane frå praksis illustrerer det sterke skjønnelementet i vilkåra for konstitusjonell sedvanerett.

¹¹⁷ Frede Castberg, *Den utøvende makt*, John Griegs Forlag 1945, s. 12.

¹¹⁸ Frede Castberg, *Den utøvende makt*, John Griegs Forlag 1945, s. 34.

¹¹⁹ Sjø Torstein Eckhoff, «Utviklingslinjer i norsk statsstyre og forfatningsrett 1814-1964», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1964, s. 171-231, på s. 214.

Kva fortel dømet med parlamentarismen om konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag?

For det fyrste viser dømet at det kan vere svært vanskeleg å slå fast sikkert at Stortinget har utøvd ein praksis ut frå ei tru om at dei følgjer ein konstitusjonell sedvanerettsregel. Stortinget er ei folkevald forsamling med 169 representantar frå ulike parti og bakgrunnar. Samansetnaden skiftar kvart fjerde år. Om eitt stortingsfleirtal har meint at dei følgjer ein konstitusjonell sedvanerettsregel, kan eit anna stortingsfleirtal meine at dei handlar i samsvar med ein politisk sedvane utan rettsleg innhald. Som nemnt i punkt 2.2 kan forskjellen på rettsleg og politisk plikt vere praktisk irrelevant for ein politikar så lenge det er brei semje om og interesse i å halde på dei politiske spelereglane. Eit stortingsfleirtal kan også handle ut frå politiske interesser og forsøke å legitimere desse juridisk ved å påstå at ei ordning er konstitusjonell sedvanerett. Kva som er fast og langvarig praksis er dessutan vanskeleg å ta stilling til når rettsreglane ikkje kjem på spissen i konkrete saker.

For det andre viser dømet at det er naudsynt å undersøke statspraksis for å dokumentere og grunnge påstandar om fast og langvarig praksis som grunnlag for konstitusjonell sedvanerett. Sjølv paradeeksempelet på konstitusjonell sedvanerett, som «[a]lle er enige om»,¹²⁰ har eit meir usikkert kjeldegrunnlag enn juridisk teori har gjeve uttrykk for.

For det tredje viser dømet at juridisk teori har vore den drivande krafta i utviklinga av konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag i norsk rett. Då protokollkomiteen på Stortinget i 1948 slo fast at mistillitsregelen var konstitusjonell sedvanerett, viste komiteen til dei statsrettslege standardverka til Castberg og Andenæs. Og etter at ein annan stortingskomité på direkte spørsmål gav uttrykk for at mistillitsregelen ikkje var konstitusjonell sedvanerett, kom denne meiningsskilnaden ikkje til uttrykk i juridisk teori. Med det har juridisk teori gjeve inntrykk av at stortingspraksis og rettsovertydinga var meir eintydig og sterkare enn det er grunnlag for i kjeldene.

Parlamentarismen er ikkje eit isolert tilfelle

Dømet med parlamentarismen har særleg tyngd fordi det har vore rekna som det fremste dømet på konstitusjonell sedvanerett. Det bør tene til ettertanke at dømet med parlamentarismen heller ikkje er eit isolert tilfelle. Vi ser den same dynamikken i eit anna ofte brukt døme på konstitusjonell sedvanerett, nemleg Stortingets instruksjonsrett overfor regjeringa.¹²¹

Frå og med Castbergs *Norges statsforfatning* i 1935 var det rådande synet i norsk juridisk teori på 1900-talet at Stortinget også utan særskilt heimel i Grunnlova kunne instruere regjeringa med rettsleg bindande verknad både generelt og i einskildsaker. Også her konstaterte teorien konstitusjonell sedvanerett utan å ta stilling til sedvanerettsvilkåra eller dokumentere statspraksis. Og her, som i tilfellet med mistillitsregelen, var Stortingets syn på

¹²⁰ Torstein Eckhoff, «Utviklingslinjer i norsk statsstyre og forfatningsrett 1814-1964», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1964, s. 171-231, på s. 214.

¹²¹ Sjø inngåande i Eirik Holmøyvik, «Med instruks skal landet byggjast? Om Stortingets instruksjonsrett overfor regjeringa og rettsutvikling på statsrettens område», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 5/2018, s. 461-492 og Fredrik Sejersted, «Om Stortingets kompetanse til å regjere over regjeringa», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 3/2003, s. 281-294.

instruksjonsrettens konstitusjonelle status og innhald langt meir sprikande over tid enn den juridiske teorien gav inntrykk av. Eit stortingsoppnemnt utval konkluderte i 2002 med at «Stortingets instruksjonsmyndighet er sikker konstitusjonell sedvanerett».¹²² Men både i 2008 og i 2021 slo Stortinget utvitydig fast at Stortinget ikkje har ein rettsleg bindande instruksjonsrett i kraft av konstitusjonell sedvanerett.¹²³ I lys av desse klåre meiningsytringane, er det heva over tvil om at vilkåret om rettsovertyding ikkje er oppfylt og at Stortinget ikkje har ein allmenn instruksjonsrett overfor regjeringa i kraft av konstitusjonell sedvanerett. Ein slik instruksjonsrett må heimlast i Grunnlova.¹²⁴

4.3. Konstitusjonell sedvanerett med tilbakeverkande kraft

To døme

Eit anna trekk ved bruk av konstitusjonell sedvanerett er at rettsgrunnlaget har blitt brukt til å heimle konstitusjonelle ordningar som for lengst var etablerte og grunnjevne på anna rettsgrunnlag. Eg skal nemne to døme: Det allmenne legalitetsprinsippet og domstolanes kompetanse til å prøve lover mot Grunnlova.

Legalitetsprinsippet

Det fyrste dømet er det det allmenne legalitetsprinsippet, som sidan 2014 følgjer av Grunnlova § 113. Dei fleste rettsstatar opererer med eit legalitetsprinsipp som vern mot vilkårleg maktbruk anten det følgjer direkte av ordlyden i konstitusjonen eller ikkje. Aschehoug, som var den førande statsrettsprofessoren på siste halvdel av 1800-talet, kalla legalitetsprinsippet «Kjernepunktet i alle frie Forfatninger og følger ligefrem af disses Hovedformaal, at sikre Borgerne Frihed».¹²⁵ For Aschehoug kunne altså legalitetsprinsippet utleiast av føremålet med og maktfordelingssystemet i Grunnlova, ikkje statspraksis. På 1800-talet og størstedelen av 1900-talet var legalitetsprinsippet anerkjent som eit etablert prinsipp i norsk rett og utan referanse til konstitusjonell sedvanerett.¹²⁶ Også Castberg, som introduserte omgrepet konstitusjonell sedvanerett, meinte som Aschehoug at legalitetsprinsippet følgde av føremålet med og maktfordelingssystemet i Grunnlova. I denne samanhengen sa Castberg ingenting om konstitusjonell sedvanerett.¹²⁷ Den merkelappen kom seinare.

Illustrerande er utviklinga i boka *Statsforfatningen i Norge* av Johs. Andenæs, som saman med Castbergs *Norges statsforfatning* var standardverket i statsrett på siste halvdel av 1900-talet. I

¹²² Sjø Dokument nr. 14 (2002-2003), s. 90.

¹²³ Sjø respektive Innst. S. nr. 111 (2007–2008), s. 6.og Innst. 143 S (2021-2022), s. 24.

¹²⁴ Sjø til dømes Grunnlova § 19.

¹²⁵ Torkel Halvorsen Aschehoug, *Norges nuværende statsforfatning*, 2. utgåve, bind 2, P.T. Mallings Boghandels Forlag 1892, s. 119.

¹²⁶ Sjø Frederik Stang, *Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovbestemte Ret*, P. J. Hoppes forlag 1833, s. 485-486, Bredo Morgenstjerne, *Lærebok i den norske statsforfatningsret*, 3. utgåve, 2. bind, O. Christiansens trykkeri 1927, s. 92. I ein artikkel om legalitetsprinsippet frå 1963, viste Torstein Eckhoff til at sjølv om haldepunkta i Grunnlovas fõrhistorie og ordlyd var usikre, og parlamentarismen hadde endra maktfordelinga, var læra ”gammel og grunnfestet” og at vilkåra tente til vern for einskildindividua. På det grunnlaget godtok Eckhoff legalitetsprinsippet som eit prinsipp av grunnlovsrang, og meinte at unnatak måtte grunnjevast i konstitusjonell sedvanerett, sjå Torstein Eckhoff, «Legalitetsprinsippet», i: *Statsrettslige emner*, Universitetsforlaget 1975, s. 72-75. Sjø vidare Hopsnes og Solberg, s.

¹²⁷ Sjø Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, bind 2, tredje utgåve, Universitetsforlaget 1964, s. 9-10.

fyrsteutgåva frå 1945 skriv Andenæs: «Legalitetsprinsippet er ikke slått fast i en bestemt grunnlovsparagraf. Men det er en naturlig konsekvens av regelen om at materielle lover må gis i lovs form. Kravet om lovsformen skal gi borgerne trygghet mot vilkårlige eller uoverveide inngrep i deres rettsstilling.»¹²⁸ Seinare i framstillinga viste han til at legalitetsprinsippet følgjer av «vår forfatning» utan å referere til konstitusjonell sedvanerett, som han anerkjente og brukte i andre samanhengar.¹²⁹ Altså meinte Andenæs, som Castberg og teorien på 1800-talet, at legalitetsprinsippet følgde av maktfordelingssystemet i Grunnlova og at dette var tilstrekkeleg heimel.

Dette synet heldt Andenæs på i dei neste seks utgåvene.¹³⁰ I den åttande utgåva frå 1998, heldt han fast på referansen til maktfordelingssystemet, men la no til at legalitetsprinsippet var stadfesta i «langvarig og sikker praksis».¹³¹ Dette er ikkje ein referanse til konstitusjonell sedvanerett, men Andenæs må ha meint at praksis no var så sikker at også den heimla legalitetsprinsippet. Denne framstillinga vart vidareført av Arne Fliflet i dei to påfølgjande utgåvene i 2004 og 2006.¹³²

Men så: I den ellefte og førebels siste utgåva av *Statsforfatningen i Norge* frå 2017, blir legalitetsprinsippet med tilbakeverkande kraft heimla i konstitusjonell sedvanerett. På dette tidspunktet hadde legalitetsprinsippet vore grunnlovsfesta i Grl. § 113 sidan 2014. Etter å ha konstatert dette legg Fliflet til: «Prinsippet ble antatt å ha grunnlovs rang i kraft av konstitusjonell sedvanerett.»¹³³ Det står som kjent ikkje eit ord om legalitetsprinsippet som konstitusjonell sedvanerett i dei føregåande ti utgåvene av *Statsforfatningen i Norge* forfatta av Andenæs.

Fliflet har likevel rett i at legalitetsprinsippet etter kvart «ble antatt» vere konstitusjonell sedvanerett. Vi finn døme på dette i juridisk teori.¹³⁴ Tilsvarande med tilbakeverkande kraft konstaterte også Høgsterett i Rt. 2014 s. 1105 *Acta*, med referanse til førearbeida, og i HR-2020-1263-A at legalitetsprinsippet følgde av konstitusjonell sedvanerett før grunnlovsfestinga i 2014.¹³⁵

Domstolanes prøvingsrett

Det andre dømet er domstolanes kompetanse til å prøve om lover er i samsvar med Grunnlova. Sidan 2015 har denne kompetansen følgd av Grunnlova § 89. Domstolane har likevel utøvd denne kompetansen i nær heile levetida til Grunnlova.¹³⁶ Det fyrste dømet frå Høgsterett finn vi så langt tilbake som i 1822.¹³⁷ I Rt. 1976 s. 1 P *Kløfta* skreiv Høgsterett om domstolanes

¹²⁸ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, fyrste utgåve, Universitetsforlaget 1945, s. 156.

¹²⁹ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, fyrste utgåve, Universitetsforlaget 1945, s. 301.

¹³⁰ Sjø utgåvene i 1948 s. 161, 1962 s. 164, 1976 s. 183, 1981 s. 204, 1986 s. 216, 1990 s. 213.

¹³¹ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, åttande utgåve, Universitetsforlaget 1998 s. 176.

¹³² Sjø utgåvene ved Arne Fliflet i 2004 s. 168 og 2006 s. 226.

¹³³ Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, ellefte utgåve, Universitetsforlaget 2017 s. 274.

¹³⁴ Sjø Per Helset og Bjørn Stordrange, *Norsk statsforfatningsrett*, Ad Notam Gyldendal 1997, s. 124.

¹³⁵ Rt. 2014 s. 1105 (*Acta*), avsn. 24: “Dette følger allerede av det almennelige legalitetsprinsippet som er etablert ved konstitusjonell sedvanerett, og som nå kommer til uttrykk i Grunnloven § 113, [...]”

¹³⁶ Sjø Eirik Holmøyvik og Dag Michalsen, *Lærebok i forfatningshistorie*, Pax 2015 s. 333 flg.

¹³⁷ Sjø Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret*, Universitetsforlaget 1993.

prøvingsrett: «Vi står her overfor en sikker konstitusjonell sedvanerett, og domstolenes kompetanse – den såkalte prøvelsesrett – er da heller ikke bestridt av kommunen eller Justisdepartementet i denne sak.»¹³⁸ Då Høgsterett skreiv dette, hadde Høgsterett i om lag 150 år utøvd prøvingsretten. Men Høgsterett hadde før dette ikkje kome på at kompetansen skulle følgje av sedvanerett.¹³⁹

Ser vi på korleis Høgsterett legitimerte prøvingsretten tidlegare, finn vi få spor av sedvanerettstenking. Då Høgsterett i 1866 offentleg formulerte prinsippet om prøvingsretten for fyrste gong, vart domstolanes kompetanse til å setje til side grunnlovsstridige lover framstilt som ein konsekvens av trinnhøgdeprinsippet («ved Domstolene maa Grundloven sættes over den private Lov») som det var naturleg for domstolane å handheve.¹⁴⁰ På same måte hadde prøvingsretten blitt forstått av den føderale amerikanske høgsteretten i *Marbury v. Madison* frå 1803. Heller ikkje i USA seier konstitusjonen at domstolane kan eller ikkje kan prøve lover mot konstitusjonen. Då høgsterettsjustitiarius Lasson i 1869 svarte på kritikk mot Høgsteretts prøving av lover mot Grunnlova, hadde han ingen tanke om sedvanerett som rettsleg grunnlag for prøvingsretten. I staden argumenterte Lasson med at domstolanes prøvingskompetanse følgde av maktfordelingsprinsippet i Grunnlova og folkesuverenitetsprinsippet. Synspunktet var at det var ein del av den dømande funksjonen å handheve Grunnlova gjeve av folket som konstituerande makt mot motstridande lover gjeve av Stortinget som konstituert makt.¹⁴¹

På byrjinga av 1900-talet vart det politisk strid om prøvingsretten som følgje av at Høgsterett i fleire saker sette Stortingets lover til side som grunnlovsstridige. I plenumsdommen i Rt. 1918 s. 403 *Den store konsesjonssaka* kom den konstitusjonelle statusen til domstolanes prøvingsrett på spissen. Assessor Backer, som representerte fleirtalet, viste til det same maktfordelingsargument som justitiarius Lasson før han, nemleg at «grundloven sætter rettslige grænser for lovgivningsmyndighetens kompetanse til at træffe bestemmelser, og at domstolen har ret og da ogsaa pligt til at prøve, om disse grænser er overholdt eller overskredet». Deretter viste Backer til synspunkt i tidlegare juridisk teori og til tidlegare prejudikat frå Høgsterett. Fleire av dei andre dommarane uttrykte liknande synspunkt om at prøvingsretten var ein integrert og naturleg del av den dømande funksjonen.¹⁴²

Justitiarius Thinn var skeptisk til prøvingsretten og meinte at domstolane ikkje burde ha ein slik kompetanse. Likevel måtte han innrømme at synet hans ikkje hadde fleirtal: «Jeg maa imidlertid

¹³⁸ Rt. 1976 s. 1 P (Kløfta), på s. 5.

¹³⁹ Castberg meinte i 1935 at domstolanes prøvingsrett hadde «utvilsomt sedvanerettslig hjemmel i vår forfatning», sjå Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, fyrste utgåve, bind 2, Universitetsforlaget 1935, s. 210. Sjø tilsvarande bind 1, s. 46.

¹⁴⁰ Høgsterettsdom av 1. November 1866 (Wedel Jarlsberg mot Marinedepartementet), trykt i *Ugeblad for statistik og statsøkonomi*, bind VI 1866-67, s. 165-174, sitatet frå assessor Løvenskiold på s. 172. Justitiarius Lasson: «Hvad har Høiesteret at afgjøre, naar der forelægges paa en Gang Grundlov og privat Lov? Da har det. saavidt jeg kjender Statsretslæren, almindelig været vedtaget, at forsaavidt man ikke kan paalægge Domstolene at dømme efter begge Love paa engang, saa maa de nødvendigvis foretrække Grundloven».

¹⁴¹ Sjø Peder Carl Lasson, *Supplement til det i 1868 trykte skrift om «Straffeprocessen i dens nyeste Skikkelse m.v.*, Christiania 1869. Sjø meir utfyllande i Eirik Holmøyvik og Dag Michalsen, *Lærebok i forfatningshistorie*, Pax 2015 s. 339-346.

¹⁴² Sjø votuma til assessor Bjørn og ekstraordinær assessor Berg.

medgi, at *denne opfatning av grundlovsbestemmelserne* [at domstolane ikkje hadde prøvingskompetanse] ikke stemmer med den almindelige retsopfatning, saaledes som denne i tidens løp har utviklet sig og git sig tilkjende i den juridisk-videnskabelige litteratur og, som før sagt, ogsaa er kommet til uttryk dels direkte og dels forutsætningsvis i forskjellige høiesteretsvoteringer» (mi utheving). Også hos Thinn er det «grundlovsbestemmelserne» riktig tolka, som er grunnlaget for prøvingsretten, sjølv om han personleg var usamd. Det finst ikkje noko spor etter konstitusjonell sedvanerett i resonnementet hans. Når han viser til utviklinga over tid og rettspraksis, er det som prov på ei bestemt tolking av Grunnlova og domstolanes kompetanse etter denne.

På dette tidspunktet var domstolanes kompetanse så rotfesta at kritikarane på Stortinget sette fram grunnlovsforslag for å forby domstolane å prøve Stortingets lover mot Grunnlova.¹⁴³ Dette viser at prøvingsretten vart rekna å vere heimla i Grunnlova som ein del av domstolanes dømande funksjon utan konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag.

Problemet med konstitusjonell sedvanerett som tilbakeverkande rettsgrunnlag

Ein kan spørje kva problemet er med å omtale legalitetsprinsippet og prøvingsretten som konstitusjonell sedvanerett. Då Høgsterett gjorde dette var begge prinsippa stadfesta i lang og fast rettspraksis. Problemet ligg i grunnlaget for regelen. Konstitusjonell sedvanerett gjev uttrykk for at regelen ikkje følgjer av Grunnlova opphøveleg og prinsippa ho byggjer på, men at regelen har oppstått som følgje av og gjennom praksis anten i motstrid til reglar i Grunnlova eller som supplement til desse. Altså har det skjedd ei konstitusjonell endring utanfor Grunnlova gjennom praksis som det rettsskapande elementet. Dersom regelen har grunnlovs rang, er alternativet at regelen følgjer av Grunnlova sjølv, anten direkte etter ordlyden eller etter ordlyden riktig tolka i lys av systemet i Grunnlova og bindande føresetnader der. Når konstitusjonell sedvanerett blir brukt om legalitetsprinsippet og prøvingsretten, tilslørar det at begge prinsippa kan forståast som og har historisk blitt forstått som å følgje direkte av Grunnlovas system.¹⁴⁴

Legalitetsprinsippet og domstolanes prøvingsrett er ikkje særtilfelle. Eg skal kort nemne to andre døme som klårt viser den tilslørande effekten.

Eit døme er det rettslege grunnlaget og statusen til prinsippet om domstolanes sjølvstende før dette vart kodifisert i Grunnlova § 95 i 2014. Her har det blitt vist til konstitusjonell sedvanerett som grunnlag for å rekne domstolane sjølvstende som eit prinsipp av grunnlovs rang.¹⁴⁵ Alternativet var å forstå prinsippet om ein naudsynt konsekvens av både maktfordelinga i Grunnlova og §§ 88 og 90 som seier at Høgsterett dømmer i siste instans og at dommane ikkje

¹⁴³ Sjå vidare i Eirik Holmøyvik og Dag Michalsen, *Lærebok i forfatningshistorie*, Pax 2015, s. 351-353.

¹⁴⁴ For legalitetsprinsippet, sjå i same retning Nicolai V. Skjerdal, *Kvalitative hjemmelskrav. Legalitetsprinsippet i norsk rett og lovskravet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon med enkelte komparative linjer*, Tano Aschehoug 1998, s. 7.

¹⁴⁵ Sjå slik Fredrik Sejersted, «Schengen og Grunnloven», i Erik Boe og Fredrik Sejersted, *Schengen og Grunnloven*, Universitetsforlaget 1999, s. 31.

kan ankast.¹⁴⁶ Etter mitt syn er denne systemtolkinga meir overtydande og betre i samsvar med dei historiske kjeldene.

Eit anna døme er det dualistiske prinsippet. Det har vore brei semje i norsk rett om at folkerettslege reglar må gjennomførast for å bli ein bindande del av norsk rett. Derimot har grunnlaget vore omdiskutert. Dei fleste rettskjeldeprinsippa i norsk rett er ulovfesta, og grunnlaget for og rangen til rettskjeldeprinsippa er omdiskutert. Helmersen har nyleg føreslått at dualismen følgjer av konstitusjonell sedvanerett og at det såleis har grunnlovs rang.¹⁴⁷ Staten prosederte på det same i Rt. 2000 s. 1332 P, sjå punkt 5.2. Ei slik slutning kan synest tilforlateleg sidan både Høgsterett og Stortinget lenge og konsekvent har anerkjent dualismen. Alternativet, dersom det dualistiske prinsippet har grunnlovs rang, er å tolke Grunnlova slik at det dualistiske prinsippet følgjer føresetnadsvis av denne. Dette synest å vere den rådande tilnærminga i norsk juridisk teori.¹⁴⁸ I følgje Bekkedal er det dualistiske prinsippet «av fundamental konstitusjonell karakter» og kviler «på det faktum at vi har en Grunnlov».¹⁴⁹ Poenget til Bekkedal er at det dualistiske prinsippet kan lesast direkte ut av Grunnlovas funksjon, som er å konstituere rettsordenen og definere kven som kan lage rett og korleis. Grunngevinga til Bekkedal gjev ei langt meir overtydande forklaring på dualismen enn at den har vakse fram over tid gjennom praksis. Dersom rettsgrunnlaget er konstitusjonell sedvanerett, er det nærliggjande å slutte at norsk rett på eit tidlegare tidspunkt var monistisk.

Ein annan grunn til å peike på at heimelen og rettsgrunnlaget for legalitetsprinsippet og prøvingsretten har skifta over tid, er at dette medfører ei perspektivendring i den statsrettslege rettskjeldeleæra. Når heimelen kan finnast i konstitusjonell sedvanerett, trer stats- og rettspraksis i forgrunnen, medan Grunnlovas system, omsyn og føremål trer i bakgrunnen.

5. Konstitusjonell sedvanerett i høgsterettspraksis

5.1. Normative perspektiv

Før eg ser på bruken av konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag i høgsterettspraksis, vil eg problematisere rettskjeldevekta til høgsterettspraksis i denne samanhengen. Det tradisjonelle utgangspunktet er at høgsterettspraksis har stor rettskjeldevekt. Formelt kan dette knytast til at Høgsterett i Grunnlova §§ 88 og 90 er særskilt autorisert til å avklare rettsspørsmål i konkrete tvistar. Reelt følgjer rettskjeldevekta også av at Høgsterett dømmer i siste instans, og at alle underordna instansar og rettsbrukarar har ei eigeninteresse av å innrette seg etter tolkingsdirektiva frå den øvste domstolen. I norsk rett er det vidare akseptert at Høgsterett kan drive med rettsutvikling i eit visst omfang.

¹⁴⁶ Sjø slik Finn Hiorthøy, *Den dømmende makt. Domstolene og forfatningsutviklingen 1814-1964*, Universitetsforlaget 1967, s. 79-84.

¹⁴⁷ Sjø Sondre Torp Helmersen, «Dualismen i norsk rett som konstitusjonell norm», *Kritisk juss*, 3/2015, s. 161-183 på s. 167-169 og 178.

¹⁴⁸ Sjø til dømes Anders Narvestad, *Høyesterett og folkeretten*, dr.avh. Universitetet i Oslo 2022, s. 74 og Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 5. utgåve, Fagbokforlaget 2021, s. 134. For ei oversikt over eldre teori, sjå Carsten Smith og Lucy Smith, *Folkerettens stilling i norsk rett*, 2. utgåve, Universitetsforlaget 1982, s. 14 flg.

¹⁴⁹ Tarjei Bekkedal, «Har forordninger direkte virkning under EØS-avtalen?», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2019, s. 359

Etter Grunnlova er ikkje Høgsterett særskilt autorisert til eller samansett for å utvikle nye konstitusjonelle normer.¹⁵⁰ I dette perspektivet er Høgsterett ei konstituert makt på line med Stortinget og regjeringa. I motsetnad til mange andre europeiske land, har Noreg ingen konstitusjonsdomstol som er særskilt autorisert av konstitusjonen til å handheve og tolke denne. Rett nok har domstolane ein konstitusjonell kontrollfunksjon overfor Stortinget og regjeringa gjennom domstolskontrollen med Grunnlova etter Grunnlova § 89. I tillegg dømmer Høgsterett i siste instans, jf. Grunnlova § 88, og er såleis autorisert til endeleg å avklare gjeldande rett, noko som også omfattar tolkinga av Grunnlova. Det er i praksis ein glideskala mellom tolking og danning av nye rettsnormer.¹⁵¹ Likevel er det prinsipielt noko anna å etablere ei ny konstitusjonell norm gjennom å konstatere sedvanerett enn å avklare innhaldet i og rekkevidda av ei konstitusjonell norm med utgangspunkt i grunnlovsteksten. Etter Grunnlova er det berre den konstituerande makta etter Grunnlova § 121 som er autorisert til å utvikle nye konstitusjonelle normer. I motsetnad til mange konstitusjonsdomstolar er verknaden av domstolskontrollen etter Grunnlova § 89 avgrensa til den konkrete saka og har ingen generell verknad. Høgsterett er sjølv inne på skilnaden mellom tolking og danning av nye rettsnormer i HR-2021-655-P, der retten uttalar: «Ettersom det er tale om rekkevidden av § 26 annet ledd, er det rent systematisk mest nærliggende å se dette som et spørsmål om forståelsen av denne bestemmelsen, ikke av andre grunnlovsbestemmelser som § 115 eller § 121, eller som et spørsmål om det foreligger en konstitusjonell sedvanerettsdannelse.»¹⁵²

Dersom ein anerkjenner ei vertikal maktfordeling mellom den konstituerande og dei konstituerte maktene (sjå punkt 2.1), må ein vere varsam med å leggje stor vekt på høgsterettspraksis som prov på konstitusjonell sedvanerettsdanning. Ein kan rett nok innvende at det er statspraksisen som er rettsskapande, og at Høgsterett berre trekk slutningar frå gjeldande rettskjelder når den konkluderer med konstitusjonell sedvanerett. Denne innvendinga er ikkje haldbar. Statspraksis er ikkje i seg sjølv rettsskapande. I så fall er dei konstitusjonelle normene det som til ei kvar tid er statspraksis. Då har ikkje Grunnlova nokon funksjon som grunnlag og grense for statsmaktenes kompetanse. Slik konstitusjonell sedvanerett har blitt forstått i Noreg, er det ei skjønnsvurdering. Mykje av rettsdanninga vil i så fall skje i utøvinga av dette skjønnet.

5.2. Empiriske perspektiv

Den fyrste gongen Høgsterett viste eksplisitt til «konstitusjonell sedvanerett» som rettsgrunnlag var i 1951. I Rt. 1951 s. 189 måtte Høgsterett ta stilling til om ein suspendert lensmann hadde krav på løn i suspensjonstida. Etter å ha vurdert andre rettsgrunnlag, konstaterte Høgsterett kort at det heller ikkje «vil stride mot konstitusjonell sedvanerett i dette tilfelle å nekte en offentlig tjenestemann lønn i suspensjonstiden».

¹⁵⁰ Sjå grunnleggjande Svein Eng, *Rettskildelærens grunnlag*, Fagbokforlaget 2021, s. 137-139 og Eivind Smith, «Er Høyesterett en konstitusjonsdomstol?», *Jussens Venner*, 2017, s. 98-121.

¹⁵¹ Sjå vidare i Erik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget 2021, s. 192 flg.

¹⁵² HR-2021-655-P, punkt 3.2.

Sidan 1951 er konstitusjonell sedvanerett omtala i 15 høgsterettsavgjerder.¹⁵³ Talet omfattar også tilfelle der Høgsterett sjølv ikkje brukar uttrykket «konstitusjonell sedvanerett», men svarar på partanes påstandar om det med eit tilsvarande uttrykk.¹⁵⁴ Eit døme er Rt. 2015 s. 921, der den ankande parten hevda at allmenn sannsynsovervekt som beviskrav var «av en slik karakter at den i dag må anses å ha grunnlovs rang som konstitusjonell sedvanerett». Høgsterett fann her ikkje grunnlag for «en praksis av konstitusjonell karakter».

Ser vi på når Høgsterett har vist til konstitusjonell sedvanerett, er det snakk om tre avgjerder på 1950-talet,¹⁵⁵ to på 1970-talet,¹⁵⁶ fire i perioden 1996–2001,¹⁵⁷ og seks i perioden 2014–2021.¹⁵⁸ Reint numerisk er det altså ein viss auke dei siste åra. Talet på referansar til omgrepet konstitusjonell sedvanerett er likevel ingen god målestokk på kor viktig det er som rettsleg grunnlag. Tvert om viser dei nyare avgjerdene at konstitusjonell sedvanerett er mindre relevant som rettsgrunnlag som følgje av moderniseringa av Grunnlova på 2000-talet.

I tre av dei nyare avgjerdene konstaterer Høgsterett kort at reglar som på domstidspunktet er grunnlovsfesta, tidlegare vart rekna som konstitusjonell sedvanerett. Dette gjeld legalitetsprinsippet i Grunnlova § 113¹⁵⁹ og regjeringas opplysningsplikt i Grunnlova § 82.¹⁶⁰ I desse tilfella var altså referansen til konstitusjonell sedvanerett ei rettshistorisk saksopplysning og ikkje eit aktuelt rettsgrunnlag for regelen Høgsterett bygde avgjerda på.

I berre 6 av dei 15 avgjerdene tek Høgsterett stilling til ein rettsregel som konstitusjonell sedvanerett i den konkrete saka. Fleire av desse avgjerdene gjeld reglar eller ordningar som i dag er grunnlovsfesta. Dette gjeld retten til å danne politiske parti, som Høgsterett i Rt. 1997 s. 1821 P *Hvit valgallianse* kom til «i dag følger av konstitusjonell sedvanerett». Sidan 2014 har retten til å danne politiske parti vore verna av Grunnlova § 101 fyrste ledd. Det same gjeld Rt. 1976 s. 1 P *Kløfta*, som omtala domstolanes prøvingsrett med lover som konstitusjonell sedvanerett. Avgjerda i Rt. 2001 s. 995 sa det same om domstolskontrollen med forvaltninga. Sidan 2015 har domstolanes prøvingsretten med lover og forvaltningsvedtak vore grunnlovsfesta i § 89, noko som betyr at konstitusjonell sedvanerett ikkje lenger er eit relevant rettsgrunnlag for denne ordninga. I 1976 hadde også prøvingsretten vore utøvd i lang tid utan

¹⁵³ Eg har søkt i Lovdata i basen for avgjerder frå Høgsterett med søkeorda «konstitusjonell* sedvane*» og avgrensa søket til avsnitt der begge søkeorda er brukt. Eg har også søkt på søkeorda «konstitusjonell* karakter*». I talet på avgjerder har eg også teke med Høgsteretts utgreiing med heimel i Grunnlova § 83 til Stortinget i HR-2021-655-P om norsk tilknytning til EUs fjerde jarnbanepakke.

¹⁵⁴ Eit mogleg tilfelle er Rt. 1979 s. 572 P (Bankdemokratiseringsdommen), på s. 586. Der viste Høgsterett til at «verken grunnlovens § 105 eller konstitusjonell praksis» kunne vere til hinder for at Stortinget ved lov la til rette for ei erstatningsordning eller innløsning for å sikre at aksjonærar ikkje vart påført økonomisk tap som følgje av bankreforma i 1977. Her kan «konstitusjonell praksis» lesast som uttrykk for ein sjølvstendig sedvanerettsleg regel med grunnlovs rang. Ein kan likevel ikkje sjå vekk frå at referansen til praksis viser til ei sikker tolking av Grunnlova § 19, som hadde vore framme i diskusjonane om bankreforma, sjå til dømes Carsten Smith, «Grunnloven § 19 og demokratisering av forretningsbankene», i: NOU 1976: 52, s. 234.

¹⁵⁵ Rt. 1953 s. 24 P, Rt. 1952 s. 932 P, Rt. 1951 s. 189.

¹⁵⁶ Rt. 1978 s. 590, Rt. 1976 s. 1 *Kløfta*.

¹⁵⁷ Rt. 2001 s. 995, Rt. 2000 s. 1332 P, Rt. 1997 s. 1821 *Hvit valgallianse*, Rt. 1996 s. 1415 *Borthen*.

¹⁵⁸ HR-2021-655-P, HR-2021-417-P *Acer*, HR-2020-1263-A, HR-2016-296-A, Rt. 2015 s. 921, Rt. 2014 s. 1105 *Acta*.

¹⁵⁹ Sjø HR-2020-1263-A og Rt. 2014 s. 1105 *Acta*.

¹⁶⁰ Sjø HR-2016-296-A.

at nokon tidlegare hadde sett behov for å grunnkje domstolanes kompetanse med sedvanerett, sjå punkt 4.2.¹⁶¹

Eit liknande tilfelle er Rt. 2012 s. 1985 P *Lengeverande barn I*. Der viste Høgsterett til at domstolanes prøvingsrett overfor forvaltningsvedtak, og som sidan 2015 har vore grunnlovsfesta i § 89, «har konstitusjonelt grunnlag». Nærare om kva dette grunnlaget var, sa Høgsterett ingenting om. Høgsterett kan ha hatt konstitusjonell sedvanerett i tankane sidan det har vore hevda i teorien og i forarbeida til forvaltningslova.¹⁶² Men det konstitusjonelle grunnlaget kunne like gjerne ha vore ei tolking av domstolanes funksjon etter Grunnlova og systemet der som uavhengig statsmakt i lys av langvarig praksis.

Dei resterande fire avgjerdene der Høgsterett har teke stilling til rettsreglar som konstitusjonell sedvanerett, gjaldt stillingsvernet til offentlege tenestemenn, beviskrav, og rekkevidda av yrtingsfridomen i Grunnlova § 100. Felles for desse er at behandlinga av rettskjeldespørsmålet er knapp.

I Rt. 1952 s. 932 P var spørsmålet om seks politimenn som var suspendert grunna medlemskap i NS, med heimel i Grunnlova § 22 eller konstitusjonell sedvanerett kunne krevje løn i suspensjonstida. Fleirtalet kom til at løn i suspensjonstida følgde av lang og einsarta praksis og der det offentlege hadde gjeve uttrykk for at lønsutbetalingane skjedde «som følge av en rettsplikt». Fleirtalet tok ikkje stilling til rangen av denne regelen, men kom til at det ville stride mot tilbakeverknadsforbodet i Grunnlova § 97 å leggje til grunn den provisoriske lova som innførte suspensjon utan løn i strid med sedvanerettsregelen. Mindretalet drøfta rangen på sedvanerettsregelen og kom med det inn på konstitusjonell sedvanerett. Mindretalet uttalte at «jeg finner grunn til allerede her å nevne at det etter min mening ikke er grunnlag for den oppfatning at administrasjonens praksis etter 1814 har skapt en rettsregel av grunnlovsmessig karakter gående ut på at en uavsettelig embetsmann har ubetinget krav på lønn i suspensjonstiden». I Rt. 1953 s. 24 P, der saksforholdet var det same, vende Høgsterett tilbake til spørsmålet om «den sedvanerettsdannelse som ble antatt å foreligge, er en del av den grunnlovsbestemte rett». Denne gongen uttalte ein samla Høgsterett at «den sedvanerettsdannelse som plenumsdommen [Rt. 1952 s. 932 P] med støtte i administrativ praksis og positive lovbestemmelser bygger på, ikke kan sies å være av konstitusjonell karakter slik at det skulle være lagt bånd på den fremtidige utøvelse av vanlig lovgivningsmyndighet på dette område».

I Rt. 2015 s. 921 hevda ein innsett i fengsel at det var eit skjerpa beviskrav for overføring til fengsel med høgare tryggleiksnivå som følge av ei straffbar handling. Som rettsgrunnlag for påstanden viste den innsette til at «nevnte praksis er så langvarig og har en slik fasthet at det er tale om en sedvane med grunnlovs rang som derfor må gå foran loven». Høgsterett var usamd,

¹⁶¹ Sjå til dømes den prinsipielle diskusjonen i Rt. 1918 s. 403 P *Den store konsesjonssaka*.

¹⁶² Sjå til dømes Hans Petter Graver, «Hvor langt kan lovgivningen begrense domstolsprøvingen av forvaltningsvedtak?», i Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling: Festskrift til Tore Schei*, Universitetsforlaget 2016 s. 778-787, på s. 780. Sjå vidare NUT 1958: 3 Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning, s. 368.

og uttalte at «[s]elv om jeg ikke finner grunnlag for en praksis av konstitusjonell karakter, vil jeg ikke utelukke at forholdene i helt spesielle tilfelle kan ligge slik an at det kan gi grunnlag for et skjerpet beviskrav til tross for at den relevante loven opererer med alminnelig sannsynlighetsovervekt». Høgsterett avviste altså ikkje konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag generelt, men utelukka det som rettsgrunnlag for eit skjerpa beviskrav.

Den siste avgjerda der Høgsterett tok stilling til konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag er Rt. 1978 s. 590. Spørsmålet her var om vernet for «Frimodige Ytringer om Statsstyrelsen» i den dåverande Grunnlova § 100 måtte tolkast innskrenkande som følgje av straffelovas reglar om ærekrenkingar. Høgsterett uttalte at § 100 «er også utover det som følger av grunnlovens ord beskåret ved en konstitusjonell sedvanerettsdannelse». Når det derimot gjaldt politiske ytringar, fann Høgsterett «ingen praksis som viser at denne kjernen i grunnlovsbudet er innsnevret ved en sedvanerettsdannelse». Denne avgjerda skil seg frå dei andre avgjerdene ved at konstitusjonell sedvanerett blir brukt som grunnlag for å tolke ei grunnlovsføresegn innskrenkande. Ein kan spørje om det er riktig og treffande å definere innskrenkande tolking som uttrykk for sedvanerett. Det er i alle høve uvanleg. Det finst fleire døme på at Høgsterett tolkar ordlyd i Grunnlova innskrenkande eller på ein måte som innskrenkar rekkevidda av regelen ordlyden gjev uttrykk for, men utan å heimle ei slik tolking i konstitusjonell sedvanerett.¹⁶³ Bakgrunnen for Høgsteretts bruk av sedvanerett som rettsgrunnlag i Rt. 1978 s. 590 er historisk. I juridisk teori på byrjinga av 1900-talet vart den innskrenkande tolkinga av Grunnlova § 100 sett på som eit «prægnant Bevis paa, at Sædvaneret er Retskilde ogsaa paa Statsforfatningens Feldt».¹⁶⁴ Også her vart sedvanerettsomgrepet brukt som eit synonym med ei «indskrænkende Fortolkning» av Grunnlova.¹⁶⁵

I 5 av dei 15 avgjerdene er konstitusjonell sedvanerett nemnt, men ikkje brukt som rettsgrunnlag for avgjerda. I 2 avgjerder vart konstitusjonell sedvanerett nemnt som rettsgrunnlag av mindretalet åleine, og såleis ikkje lagt til grunn for avgjerda.¹⁶⁶ I begge dissensane vart sedvanerettsdanninga lagt til grunn utan diskusjon. I 3 avgjerder tok ikkje Høgsterett stilling til konstitusjonell sedvanerett i den konkrete saka, men viste til det som eit rettsgrunnlag på generelt eller hypotetisk grunnlag. Eit døme er Rt. 2000 s. 1332 P. Spørsmålet var om den såkalla Finanger-saka¹⁶⁷ skulle behandlast av Høgsterett i plenum fordi den etter dåverande plenumslov § 5 tredje ledd gjaldt spørsmål «om en bestemmelse er i strid med Grunnloven». Staten hevda at det dualistiske prinsippet var «av grunnlovs karakter» og «karakter av konstitusjonell sedvanerett». Høgsterett anerkjente konstitusjonell sedvanerett som mogleg rettsgrunnlag, men kom til at det ikkje kom på spissen i saka: «I vår sak er det ikke spørsmål om en bestemmelse er i strid med Grunnloven og heller ikke med konstitusjonell sedvanerett eller konstitusjonelle prinsipper som må likestilles med Grunnloven. Det er spørsmål om å tolke en lovbestemmelse innskrenkende eller sette den delvis til side fordi den er i strid med et EØS-

¹⁶³ Nylege døme er HR-2021-655-P, sjå særleg punkt 3.2, og HR-2020-2472-P *Klima*, sjå særleg avsn. 84-92 og 138-145.

¹⁶⁴ Oscar Platou, *Forelæsninger over retskildernes teori* Kristiania 1915, s. 78-79. Sjå tilsvarende Jon Skeie, *Om ærekrenkelses efter norsk ret*, Kristiania 1910, s. 323.

¹⁶⁵ Oscar Platou, *Forelæsninger over retskildernes teori* Kristiania 1915, s. 79 note 18.

¹⁶⁶ Sjå HR-2021-417-P *Acer*, avsn. 200flg., og Rt. 1996 s. 1415 *Borthen*, s. 1436.

¹⁶⁷ Sjå Rt. 2000 s. 1811 P *Finanger I*.

direktiv.» Liknande bruk av omgrepet konstitusjonell sedvanerett finn vi i HR-2021-655-P¹⁶⁸ og Rt. 1951 s. 189.¹⁶⁹

5.3. Kva seier høgsterettspraksis om konstitusjonell sedvanerett?

Samla viser gjennomgangen at konstitusjonell sedvanerett ikkje har spelt ei viktig rolle i høgsterettspraksis. Felles for alle avgjerdene der Høgstrett viser til konstitusjonell sedvanerett, er at retten ikkje tek konkret stilling til om vilkåra for konstitusjonell sedvanerett er oppfylte. I alle tilfella nøyer Høgsterett seg med å konstatere at ein regel er konstitusjonell sedvanerett eller referer generelt til konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag. Faktisk finst det ingen døme på at Høgsterett nemner at det finst bestemte vilkår for konstitusjonell sedvanerett, kva desse vilkåra er og kva terskelen for konstitusjonell sedvanerettsdanning er.

I to tilfelle viser Høgsterett til praksis som grunnlag for sedvanerettsdanning, men utan å gå inn på kva krav ein skal stille til lengd og konsistens. I Rt. 1978 s. 590, om rekkevidda av ytringsfridomen i Grunnlova § 100, viste Høgsterett til at det var «ingen praksis som viser at denne kjernen i grunnlovsbudet er innsnevret ved en sedvanerettsdannelse». Av dette går det ikkje fram kvalitative krav til praksisen eller kva type praksis det er snakk om. Plenumsdommen i Rt. 1976 s. 1 P *Kløfta* er noko meir informativ om praksis. Her la Høgsterett vekt på at rettspraksis var langvarig i form av «en lang rekke dommer av Høyesterett, og det er bekreftet i lov av 25. juni 1926 § 2, som gir særregler om Høyesteretts behandling av grunnlovskonflikter» som grunnlag for å rekne domstolanes prøvingsrett som «sikker konstitusjonell sedvanerett». I sitatet legg Høgsterett også vekt på at prosessuelle sider ved prøvingsretten var lovregulert. At bruken av ein kompetanse er lovregulert, er likevel neppe eit tungtvegande argument for at kompetansen er konstitusjonell sedvanerett. Organiseringa av domstolane og viktige forhold knytt til dommarvervet er til dømes ikkje regulert i Grunnlova, men derimot inngåande regulert i domstolslova.¹⁷⁰ Ingen har likevel hevda at reguleringa i domstolslova gjev uttrykk for konstitusjonell sedvanerett. Det finst også fleire lover som regulerer organ eller bruk av kompetansar i Grunnlova utan at reglane der vert rekna som konstitusjonell sedvanerett. Eit døme er riksrettgangslova, som regulerer prosessuelle forhold ved det konstitusjonelle ansvaret i Grunnlova § 86.¹⁷¹

For vilkåret om rettsovertyding finst det ingen klare døme frå Høgsterett på at det finst eller er vurdert som eit særskilt vilkår. Det næraste vi kjem er eit dissensvotum i Rt. 1952 s. 932 P. Der gav mindretalet indirekte uttrykk for at rettsovertyding er påkravd for å danne konstitusjonell

¹⁶⁸ «Ettersom det er tale om rekkevidden av § 26 annet ledd, er det rent systematisk mest nærliggende å se dette som et spørsmål om forståelsen av denne bestemmelsen, ikke av andre grunnlovsbestemmelser som § 115 eller § 121, eller som et spørsmål om det foreligger en konstitusjonell sedvanerettsdannelse.»

¹⁶⁹ «Jeg kan ikke gi motparten medhold i at det vil stride mot konstitusjonell sedvanerett i dette tilfelle å nekte en offentlig tjenestemann lønn i suspensjonstiden. Det er ikke nødvendig i denne sak å ta standpunkt til om det ut fra kontraktsforholdets natur ville være i strid med vår forfatningsmessige rett ved lov å bestemme, at offentlige tjenestemenn i intet tilfelle og uansett suspensjonsgrunn har krav på lønn i suspensjonstiden. Det er nok i denne sak å slå fast at vår forfatningsmessige rett ikke er til hinder for at lovgivningsmakten bestemmer at lønn ikke skal utbetales når suspensjonen skyldes et straffbart forhold av den art som nevnt i utrenskningsloven.»

¹⁷⁰ Sjøå lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).

¹⁷¹ Sjøå lov 5. februar 1932 nr. 2 om rettergangsmåten i riksrettssaker (riksrettsrettergangsloven).

sedvanerett. Mindretalet viste til at praksisen det var snakk om bygde på konkrete vurderingar i kvar sak framfor ei overtyding om at ein følgde ein allmenn sedvanerettsleg regel.¹⁷²

Som nemnt drøfta Høgsterett rangen til sedvanerett på statsrettens område i Rt. 1953 s. 24 P. Dette er det næraste vi kjem til at Høgsterett stiller særskilte vilkår for konstitusjonell sedvanerett, då dommen skil mellom sedvanerett på statsrettens område som har lovs rang og sedvanerett som har grunnlovs rang og med det bind Stortinget. Derimot gjev ikkje Høgsterett nokon peikepinn på kva vilkåra for konstitusjonell sedvanerett er eller rangvurderinga.

Gjennomgangen av høgsterettspraksis syner at Høgsterett aldri klårt og konkret har vurdert om reglar, som Høgsterett meiner er konstitusjonell sedvanerett, oppfyller dei vilkåra for konstitusjonell sedvanerett som er stilt opp i teorien. I dei to nemnte avgjerdene frå 1970-talet som viser til praksis, vert det berre kort konstatert at praksis finst eller ikkje. Høgsterettspraksis gjev ikkje rettleiing for kva praksisvilkåret går ut på. Av dette kan ein trekkje to slutningar: Den eine er at vilkåra for konstitusjonell sedvanerett ikkje har klårt grunnlag i høgsterettspraksis. Den andre er at høgsterettspraksis gjev eit svakare grunnlag for konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag enn talet på referansar tilseier.

Samla gjev Høgsteretts stemoderlege behandling av konstitusjonell sedvanerett eit tynt grunnlag for å rekne konstitusjonell sedvanerett som eit akseptabelt rettsgrunnlag i norsk statsrett. Sjølv om Høgsterett dømmer i siste instans og med det har til oppgåve å drive rettsavklaring i det norske rettssystemet, kviler autoriteten til Høgsterett i tolkingsspørsmål på at avgjerdene er forsvarleg grunnjevne i etablerte rettskjelder og tolkingsprinsipp. Også Høgsterett er bunden av retten og med det også den rettskjeldestrukturen som Grunnlova etablerer. Fordi referansane til konstitusjonell sedvanerett er knappe, konstaterande og ugrunna, er det vanskeleg å leggje stor vekt på høgsterettspraksis om konstitusjonell sedvanerett.

5.4. Uskrivne konstitusjonelle prinsipp og sedvanerett

I nokre saker har Høgsterett gjeve uttrykk for at Grunnlova inneheld visse uskrivne prinsipp som i særlege tilfelle kan handhevast av domstolane. Konkret handlar det om fire avgjerder der Høgsterett viste til at Grunnlova inneheld visse «alminnelige rettsprinsipper av grunnlovskaraktar» som kan krevje tilsidesetting av dei lov «selv om den ikke støter an mot noen positiv bestemmelse i Grunnloven ... i helt ekstreme tilfelle».¹⁷³ Her er det ikkje snakk om konstitusjonell sedvanerett, då Høgsterett i desse sakene gjev uttrykk for at dei aktuelle rettsprinsippa alt finst og alltid har funnest i Grunnlova som bindande føresetnader. Det nærare

¹⁷² Sjø dissensvotumet til dommar Helgesen i Rt. 1952 s. 932 P, på s. 944: «En kan så til slutt spørre om ikke den administrative praksis – slik som antatt av førstvoterende – har skapt en sedvanerettsregel som har slått igjennom overfor reskriptet av 1741 og derfor må gå foran dette. Det kan i så tilfelle bare bli tale om praksis fra 1880-årene og utover. Jeg kan imidlertid ikke finne at denne praksis gir grunnlag for en slik sedvanerettsdannelse. Jeg mener at denne praksis viser at man i hver enkelt sak har bygget på rimelighets- og billighetsbetraktninger, og at denne praksis i virkeligheten, dels bevisst (tilfellet Sørbye, kgl. res. av 22. desember 1912), dels ubevisst, har vært et utslag av hovedprinsippet i reskriptet av 1741. Og fremfor alt finner jeg det avgjørende at det etter min mening ikke er grunnlag for å anta at administrasjonen i noen av tilfellene, bortsett fra et enkelt som jeg ikke kan tillegge betydning, har betalt lønn i suspensjonstiden, fordi den har ansett Staten rettslig forpliktet til å gjøre dette ubetinget, uansett misgjerningens art eller grovhet.»

¹⁷³ Rt. 1983 s. 1004 *Børre Knudsen*, på s. 1017-1018.

innhaldet i og rekkevidda av desse prinsippa er usikkert, då Høgsterett omtalar dei på eit generelt og hypotetisk grunnlag. I Rt. 1997 s. 580 *OFS* var det snakk om foreinings- og streikeretten. I Rt. 1983 s. 1004 *Børre Knudsen* var det snakk om retten til liv i relasjon til abort. I Rt. 1966 s. 476 *Tannlege* og Rt. 1961 s. 1350 *Tannlege Iversen* var det snakk om «alminnelige frihetsprinsipper av grunnlovsmessig karakter» i relasjon til tenesteplikt for tannlegar. Felles for desse avgjerdene er at dei gjeld menneskerettar som ikkje var lov- eller grunnlovsfesta før inkorporeringa av fleire menneskerettskonvensjonar gjennom menneskerettslova i 1999 og menneskerettsreforma i Grunnlova i 2014. Denne typen prinsippargumentasjon er såleis mindre aktuell i dag.

6. Ansvar for brot på konstitusjonelle sedvanerett

Spørsmålet i denne delen er om og korleis brot på konstitusjonell sedvanerett kan handhevast. Sidan brot på konstitusjonell sedvanerett medfører brot på ein regel av grunnlovs rang, er det nærliggjande å slutte at konstitusjonelle sedvanerettsreglar høyrer under det konstitusjonelle ansvaret i Grunnlova § 86. Vi finn ikkje eit klårt svar i ordlyden i Grunnlova § 86, som definerer det konstitusjonelle ansvaret til «eit strafflagt eller anna rettsstridig tilhøve når dei har brote sine konstitusjonelle plikter». Omgrepet «konstitusjonelle plikter» er likevel ubestemt nok til å omfatte konstitusjonelle sedvanerettsnormer.

Problemet er at det konstitusjonelle ansvaret også er eit straffeansvar, i tillegg til eit erstatningsansvar. Dette reiser spørsmål om straff for brot på konstitusjonelle sedvanerettsreglar oppfyller legalitetsprinsippets krav til tilgjengeleg, klårt og presist rettsgrunnlag etter Grunnlova § 96.

Det konstitusjonelle ansvaret er nærare regulert i ansvarslova.¹⁷⁴ For stortingsrepresentantar inneheld ikkje ansvarslova nokon straffebed som omfattar brot på konstitusjonelle plikter generelt, men er avgrensa til brot på konkrete plikter i Grunnlova. For regjeringsmedlemmer inneheld ansvarslova § 11 fyrste ledd eit generelt forbod mot å «på annen måte enn nevnt i denne lovs øvrige bestemmelser ved handling eller undlatelse bevirker noget som er stridende mot Grunnloven». For høgsterettsdommarar forbyr § 17 fyrste ledd bokstav a og b desse frå å «i nogen betenkning, eller innstilling» eller «i sin embedsgjerning for øvrig» å handle eller unnlate noko i strid med «Grunnloven». Ordlyden i desse føresegnene kan omfatte brot på ei konstitusjonelt sedvanerettsleg norm dersom vi tolkar ordet «Grunnloven» utvidande til å omfatte alle rettsnormer av grunnlovs rang. Både i førearbeida til ansvarslova i 1932 og ved revisjonen i 2007 vart det lagt til grunn at uttrykket «Grunnloven» ikkje skulle tolkast snevert.¹⁷⁵ For ansvaret til regjeringsmedlemmane vart det vist til at uttrykket «Grunnloven» i ansvarslova § 11 fyrste ledd var meint å dekke det meir ubestemte «statsforma» i Grunnlova § 30 tredje ledd. Denne føresegna viser eksplisitt til at regjeringsmedlemmenes medverknad til brot på «statsform» kan føre til tiltalte for Riksretten. I juridisk teori har ein av denne grunnen tolka «Grunnloven» i ansvarslova § 11 tredje ledd slik at uttrykket også omfattar konstitusjonell

¹⁷⁴ Sjø lov 5. februar 1932 nr. 1 om ansvar for handlinger som påtales ved Riksrett (ansvarlighetsloven).

¹⁷⁵ Sjø respektive Innstilling fra komiteen til revisjon av grunnlov, ansvarlighetslov og riksrettsreglement, Oslo 1929, s. 37 og Dokument nr. 19 (2003-2004), s. 33.

sedvanerett.¹⁷⁶ Eit problem med denne tolkinga er at ein i 1814 ikkje kjende fenomenet konstitusjonell sedvanerett. Dessutan var definisjonen av det konstitusjonelle ansvaret i § 86 så vid inntil revisjonen i 2007 («øiensynelig skadeligt for riget») at det omfatta forhold som verken medførte brot på skrivne reglar i Grunnlova eller konstitusjonelle sedvanerettsnormer. Det er difor ikkje sikkert historisk grunnlag for at uttrykket «statsform» var meint som ein referanse til ulovfesta rett. Det er meir nærliggjande å sjå uttrykket i samanheng med den vide definisjonen av det konstitusjonelle ansvaret for statsrådar inntil 2007.

Lovskravet i Grunnlova § 96 krev berre at sjølve straffetrukselen følgjer av formell lov. Gjerningsskildringa kan bli nærare presisert i forskrift eller følgje av ulovfesta rett.¹⁷⁷ Presisjons- og klårleikskravet i legalitetsprinsippet gjeld likevel også her. Dersom vi godtek at Grunnlova og ansvarslova inneheld ein straffetruksel som omfattar brot på konstitusjonelle sedvanerettsnormer, må denne saman med gjerningsskildringa likevel vere tilstrekkeleg klår og presis til at dei det gjeld kan innrette seg.

Forholdet til legalitetsprinsippet når det gjeld konstitusjonelle sedvanerettsnormer vart drøfta av Kosmo-utvalet, som føreslo den revisjonen av riksrettsordninga som Stortinget vedtok i 2007. Utan ironi konkluderte utvalet med at straff for brot på konstitusjonelle sedvanerettsnormer etter ansvarslova § 11 ikkje var grunnlovsstridig som følgje av «langvarig praksis».¹⁷⁸ Det finst likevel ingen døme på at Riksretten har domfelt for brot på konstitusjonell sedvanerett. Alle riksrettssakene, bortsett frå kanskje den siste mot regjeringa Berge i 1926–27, er dessutan frå tida før læra om konstitusjonell sedvanerett fekk gjennomslag i norsk statsrett.

I eldre juridisk teori var det omdiskutert om og i kva grad det strafferettslege legalitetsprinsippet i Grunnlova § 96 gjeld for det konstitusjonelle ansvaret.¹⁷⁹ Spesialkomiteen av 1929, som utforma ansvarslova, peikte på at ansvarslova burde følgje legalitetsprinsippet krav til presisjon, sjølv om det kunne vere utfordrande når det gjaldt det konstitusjonelle ansvaret. Også Kosmo-utvalet uttrykte skepsis til at konstitusjonelle sedvanerettsnormer oppfylte lovkravet i Grunnlova § 96 sjølv om straffetrukselen gjekk fram av ansvarslova.¹⁸⁰

Problemet i relasjon til ansvarslova § 11 fyrste ledd for regjeringsmedlemmer og § 17 for høgsterettsdommarar, er at den ikkje gjev noko presis gjerningsskildring anna enn brot på ei konstitusjonell norm. Dette er ikkje ein ukjend situasjon i relasjon til legalitetsprinsippet og minner om dei tilfella der straffebodet følgjer av lova, medan gjerningsskildringa er presisert i forskrift. For dei konstitusjonelle normene i Grunnlova kan ein seie at desse er presiserte i

¹⁷⁶ Sjå Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, tredje utgåve, bind 2, Universitetsforlaget 1964, s. 64; Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgåve, Universitetsforlaget 2017, s. 644.

¹⁷⁷ Sjå slik Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 1*, Bergen 2022, s. 155.

¹⁷⁸ Dokument nr. 19 (2003-2004), s. 33.

¹⁷⁹ Mikael H. Lie meinte at legalitetsprinsippet ikkje gjaldt for det konstitusjonelle ansvaret for statsrådar etter Grunnlova § 30 av omsyn til «Bestemmelsens effektivitet», sjå Mikael H. Lie, *Ministeransvaret*, A. W. Brøgers boktrykkeris forlag 1926, s. 106-107. Motsett meinte T.H. Aschehough med referanse til Grunnlova § 96 at dei strafflagde handlingane måtte fastsetjast i lov, sjå Torkel Halvorsen Aschehough, *Norges nuværende statsforfatning*, 2. utgåve, bind 3, P. T. Mallings boghandlers forlag 1893, s. 439. Eit seinare døme er Erik Colban, *Stortinget og utenrikspolitikken*, Universitetsforlaget 1961, s. 281.

¹⁸⁰ Dokument nr. 19 (2003-2004), s. 33.

grunnlovsteksten. Det er ikkje tilfelle for konstitusjonelle sedvaneretsnormer. Det som er særleg problematisk i relasjon til konstitusjonell sedvanerett er at vilkåra ikkje er presise eller objektive, sjå punkt 2.2. Det finst ingen objektive haldepunkt for kva som er lang og fast praksis. Det same gjeld eksistensen om semje (*opinio juris*) om sedvaneretsregelen og om denne er god eller fornuftig etter ei totalvurdering. Med andre ord må straff for brot på ei konstitusjonell sedvaneretsnorm etter ansvarslova § 11 fyrste ledd skje på grunnlag av ei ulovfesta norm som må fastleggast etter ulovfesta og skjønnsprega vilkår der reelle omsyn står sentralt. Problemet vert forsterka ved at det i praksis er det same organet som fastlegg innhaldet i den straffesanksjonerte norma som også tek ut tiltale for Riksretten, nemleg Stortinget. Det vil vere som om Riksadvokaten fyrst skulle bestemme kva handlingar som var straffbare, for deretter å ta ut tiltale for brot.

For brot på konstitusjonelle sedvaneretsnormer er det difor vanskeleg å seie at straffebeda i ansvarslova § 11 fyrste ledd og § 17 oppfyller legalitetsprinsippet krav til presisjon og klårleik. Med det er det også vanskeleg å sjå at Riksretten skal kunne gje dom på straff for brot på konstitusjonell sedvanerett.

7. Avslutning

I denne artikkelen har eg retta kritikk mot konstitusjonell sedvanerett som rettsgrunnlag. Det betyr ikkje at eg avviser at læra om konstitusjonell sedvanerett har vore eit fenomen i norsk statsrett. Kritikken må heller forståast framoverretta: Læra om konstitusjonell sedvanerett tente eit historisk føremål som ikkje lenger er gjeldande i dag.

Som eit allment rettsgrunnlag for danning av reglar med grunnlovs rang har konstitusjonell sedvanerett fleire problematiske sider. Kombinasjonen av uklåre og sterkt skjønnsprega vilkår og ei vektlegging av faktiske makt framfor formell kompetanse gjer at konstitusjonell sedvanerett bryt med viktige konstitusjonelle verdiar som trinnhøgdeprinsippet, Grunnlovas funksjon som kompetansegrunnlag og grense for statsorganas maktutøving og folkesuverenitetsprinsippet. Konstitusjonell sedvanerett er, med Sejersteds ord, «en litt vanskelig og rar konstruksjon».¹⁸¹

Difor bør norsk statsrett takke læra om den konstitusjonelle sedvaneretten for tenesta og late henne gli over i rettshistoria. Statsretten klarar seg godt utan. Både legalitetsprinsippet og domstolanes prøvingsrett levde godt før dei vart klassifisert som konstitusjonell sedvanerett. Parlamentarismen vart praktisert i vel 100 år utan at den konstitusjonelle statusen kom på spissen. Andre land klarar seg også fint utan ei lære om konstitusjonell sedvanerett.

Framover bør vi heller vende merksemda mot den oppskrifta Grunnlova sjølv gjev for å danne reglar med grunnlovs rang. Det er ikkje gjennom ei «totalvurdering» av statspraksis, men

¹⁸¹ Fredrik Sejersted, «Det elastiske Panzer. Om utviklingen av den norske statsforfatningen 1814-2014», i Eirik Holmøyvik (red.), *Tolkingar av Grunnlova. Om forfatningsutviklinga 1814-2014*, Pax 2013, s. 35-109, på s. 94.

gjennom ein prosedyre som krev særleg sterk demokratisk involvering i form av to tredjedels fleirtal på Stortinget etter eit mellomliggjande val.

Her kviler det eit stort ansvar på juristane. Læra om konstitusjonell sedvanerett er eit ektefødd born av juridisk teori og det er juristane som har halde læra levande. Gjennom læra om konstitusjonell sedvanerett har juridisk teori teke på seg å vedta reglar med grunnlovs rang utan å vere autorisert til det. Statsvitaren Trond Nordby seier lakonisk at «jurister [har] til tider opptrådt som enmanns grunnlovsgivende forsamlinger».¹⁸² Det er lett å forstå kvifor ein på byrjinga av 1900-talet såg på konstitusjonell sedvanerett som eit juridisk svar på store politiske omveltingar utan at Stortinget endra Grunnlova. Eit historisk unnatak bør likevel ikkje danne eit statsrettsleg mønster. Difor bør dagens og framtidas juristar godta at politikken utøvast og utviklar seg innanfor Grunnlova utan at å endre eller supplere ho. Samstundes bør juristane påtale brot på Grunnlova som nettopp brot, framfor å legitimere grunnlovsstridig praksis som sedvanerett. Endring av dei mest grunnleggjande spelereglane i staten må skje på den måten Grunnlova sjølv bestemmer.

¹⁸² Sjå Trond Nordby, *Grunnlov og styreform. Norge 1814-2010*, Universitetsforlaget 2010, s. 71.