

Ad professor Frøde Gaabergs utredning over begrepet  
Konstitusjonell nødrett. St. Dok. nr. 2 (1953).

(183)  
116133

Utdrag av essensielle punkter: (alleuthevelser er gjort her)

Innledning.

"oppgaven er etter min mening den å redegjøre i sammenheng for de viktigste tilfeller av nødrettsutøvelse fra statsmaktenes side her i landet og de standpunkter til problemene som er kommet til uttrykk innenfor de konstitusjonelle styringsmakter".

"Hva er forutsetningene for utøvelsen av konstitusjonell nødrett?"

Foreløbig avrensning av begrepet: Konstitusjonell nødrett.

"Den konstitusjonelle nødrett kan vi foreløbig definere som retten til, når det er tvingende nødvendig i en ekstraordinær situasjon, da å handle på en måte som vel er i pakt med forfatningens prinsipper, men som strider mot de normalt gjeldende retteregler om statsmaktens myndighet".

"Den konstitusjonelle nødrett kan utøves av et statsorgan i en konkret situasjon, uten at der på forhånd er fattet noen beslutning overensstemmende med gjeldende lovregler om den ekstraordinære myndighetsutøvelse. Og utatrekningen av den myndighet som nødsituasjonen danner forutsetningen for, vil bero på nødsituasjonens art og det behov denne situasjon skaper for handling ut over de vanlige myndighetsgrenser".

"Nødretten forutsettes alltid å bryte med de ellers gjeldende forfatningsregler. Nødretten blir for så vidt en- som regel ukreven- spesiallov av ubestemt innhold. Det er nettopp denne motstrid mellom de normalt gjeldende forfatningsregler og nødrettsbehandlingen som skaper det forfatningsrettelige problem".  
Elverumsfullmakten.

"Noen formelig votering over dette forslag, som var fremsatt av president Hambro, fant ikke sted. Men Høyesterett har i sin énstemmige beslutning av 6. august 1945 i Hælandsaken fortolket Stortingets holdning på den måte at "fullmakten må anses vedtatt av Stortinget".

"Elverumsfullmakten var under hele krigen påberopt som grunnlag for bestemmelser av regjeringen på såvel Stortingets eksklusive myndighetsområde som på det myndighetsområde hvor Stortinget og regjeringen normalt utøver myndighet i fellesskap".

De provisoriske anordninger under krigen.

"De mange provisoriske anordninger som ble utferdiget av regjeringen under krigen utenfor rammen av grunnlovens § 17, kunne bygge på Elverumsfullmakten av 9. april 1940. Men, som

ovenfor fremhevet, innebærer Elverumsfullmakten i seg selv en utøvelse av konstitusjonell nødrett. Provisoriske anordninger utenfor de grenser grunnlovens § 17 anviser, ville man sikkert ha grepet til også uten Elverumsfullmaktens uttrykkelige bemyndigelse til å foreta det nødvendige av hensyn til landets sikkerhet og fremtid. For så vidt kan man si at Elverumsfullmakten rettslig sett ikke var nødvendig. Det kan imidlertid ikke ansees å ha vært uten enhver konstitusjonell betydning at fullmakten forelå".

"Der ble også utferdiget anordninger som gikk ut på endringer av den lovbestemte rett, f.eks. skjerpelse i straffelovgivningen. Også dette er i strid med den uttrykkelige bestemmelse i grunnlovens § 17. Spørsmålet om regjeringens konstitusjonelle adgang til å utferdige anordninger på denne måte utøver rammen av § 17, tok ~~Årsmøtet~~ Høyesterett stilling til i den før siterte beslutning av 6. august 1945. Det uttales her av førstvoterende, dommer Schjelderup: "...Jeg mener etter dette at Kongen fra 9. april 1940 har hatt adgang til å treffe de av krigen og krigsforholdene betingede tiltak., deriblant også å forberede gjennomføringen av det rettsoppgjør som måtte komme når krigen en gang var slutt.. Å gå nærmere inn på hvor langt denne Kongens lovgivende myndighet i krigsårene strekker seg, finner jeg ved denne anledning ikke nødvendig"."

"Det faller i Øynene at Høyesterett åpenbart tillegger regjeringen en betydelig skjønsmessig myndighet til å avgjøre hva som skulle foretas og hva ikke, til fremme av det formål Elverumsfullmakten hadde fastslått".

#### Nødrett og liberal fortolkning.

"...mange av de provisoriske anordninger som ble utferdiget av regjeringen under annen verdenskrig, må søke sin hjemmel i nødretten. Bl.a. stred en rekke av disse anordninger, som før nevnt, mot bestemmelser i formell lov, tross den uttrykkelige bestemmelse i grunnlovens § 17".

"Hjemmelen for en slik tilsidesettelse av de grunnlovsbestemte regler kan alene søkes i forfatningens prinsipp om nødrett".

#### Handlingsrett og handlingsplikt.

"Når det gjelder de provisoriske anordninger som ble utferdiget under krigen, er det klart at man ikke i hvert enkelt tilfelle kan si at regjeringen har vært forpliktet til å utferdige en provisorisk anordning av det eller det innhold. Man kan i høyden fastslå at regjeringen var forpliktet

til å utøve myndighet - også lovgivningsmyndighet - i den utstrekning det for regjeringen måtte fremstille seg som nødvendig å gjøre dette, for å realisere det store mål: frigjøringen av landet".

Den ordinære vei må være stengt.

"Utøvelsen av en provisorisk anordningsmyndighet ut over de grenser som er fastsatt ved grunnlovens § 17, var berettiget under krigen. Det ordinære lovgivningsapparat var da p.g. av okkupasjonen faktisk satt ut av funksjon".

Handlingen må være nødvendig.

"Kravet om at nødrettshandlingen må være nødvendig, innebærer at den irregulære fremgangsmåte må være nødvendig som et adekvat middel til å realisere et nødvendig formål".

"Når det gjelder regjeringens utøvelse av ekstraordinær lovgivningsmyndighet ved de provisoriske anordninger under krigen, berodde nødvendigheten av en slik myndighetsutøvelse fra regjeringens side på den omstendighet at landet var okkupert og Stortinget satt ut av funksjon. Man må da antagelig se slik på situasjonen at regjeringen måtte ha ganske vidtgående skjønsmessig myndighet til å avgjøre hvordan denne lovgivningsmyndighet skulle brukes i det store formåls tjeneste: å gjennomføre frigjøringen. Det ligger også nær å fortolke Elverumsfullmakten på denne måte".

Interesseavveilingen.

"Forøvrig kan man fastslå at selvsagt ikke alle grunnlovsbestemmelser har den samme verdi, ved bedømmelsen av nødretts-situasjonen. Det skal langt mere til for at det skal være berettiget å krenke grunnlovsbestemmelser, som er avgitt til vern av den enkelte, enn for at regler om kompetansefordeling skal kunne tilsidesettes".

"Etter min mening kan man ikke uten videre fastslå at en hvilken som helst tilsidesettelse av grunnlovens bestemmelser om individets rettigheter innebærer en overskridelse av nødretten, uansett hvor store interesser som står på spill for stat og samfunn. Men visse absolutte grenser må allikevel gjelde for den konstitusjonelle nødrett. Jeg mener at man trygt må kunne fastslå at det ikke under noen omstendighet... kan være tilstedelig f.eks... å ta uskyldige menneskers liv i stid med de fundamentale prinsipper for hederlig rettspleie som kommer til uttrykk i grunnlovens §§ 96 og 97."

Folkets rettsoppfatning.

"Det er et viktig moment ved bedømmelsen av en nødretts-handling om den må antas å være i overensstemmelse med den

rådende rettsopfatning i samfunnet eller ikke".

"Allerede av den grunn var det av betydning at Stortinget gjennom Elverumsfullmakten- slik som Høyesterett har fortolket denne- ga regjeringen i oppdrag å foreta det nødvendige for å sikre landets frihet og fremtid. For vurderingen av de provisoriske anordninger om inaføring av dødsstraff i krigstiden spiller Stortingets beslutning om dødsstraff i 1945 en viktig rolle. Stortinget kunne ikke ved en etterfølgende lov gi tidligere utferdigede bestemmelser en formell gyldighet, som de ikke måtte ha hatt allerede ved utferdigelsen. Men den etterfølgende lovbeslutning var dog et vitnesbyrå om den sterke støtte regjeringens politikk på dette område den gang åpenbart hadde, og under krigen har hatt, i folkets rettsoverbevisning."

Nødrett og Unntakslovgivning.

"En lov, som selv baserer seg på nødrett, kan ikke skape kompetanse utover hva nødrettsituasjonen til enhver tid krever for Domstolens prøvesrett.

"I mange land er det slik at domstolene er avskåret fra å prøve rettsgyldigheten av regjeringens beslutninger eller av visse arter av regjeringsbeslutninger".

"Hos oss er det ingen tvil om at domstolene har kompetanse til å underkjenne som rettsstridig og ugyldig en bestemmelse, som er truffet av det ene eller det annet statsorgan under påberopelse av konstitusjonell nødrett, men som etter vedkommende domstols oppfatning innebærer en overskridelse av nødrettens grenser".

"I den situasjon som var skapt ved okkupasjonen i Norge under krigen, måtte, som før sagt, regjeringens ekstraordinære lovgivningsmyndighet kunne utøves med en viss frihet. Domstolene kunne ikke i hvert enkelt tilfelle ta stilling til hvor vidt vedkommende provisoriske anordning hadde vært absolutt nødvendig i den foreliggende situasjon. Det er denne tilbake- trukne holdning til prøvespørsmålet som kommer til uttrykk i førstvoterendes votum..i Haalandssaken den 8.august 1945".

Konklusjon og rettspolitisk vurdering.

"Det ligger i dagen at prinsippet om den konstitusjonelle nødrett innebærer en stor fare for misbruk. Og det lar seg ikke nekte at vår politiske historie fra og med 1940 har akseptert en viss tendens til å bruke nødrett og til i den politiske debatt å påberope nødrett, undertiden på en etter min oppfatning temmelig lettsindig måte.

"Det må aldrig glemmes at den konstitusjonelle nødrett skal være en virkelig nødutvei. Den skal ikke være en snarvei til

side 2 - ad. professor Castbergs utredning - Dok.nr.2 (1953)

Å realisere formål, som i og for seg kan være ønskelige, men som ikke lar seg realisere i overensstemmelse med forfatningen".

En analyse av professor Castbergs utredning ville nødvendigvis gjøre en repetisjon av hendelsesforløpet, oppsatt i kronologisk orden og med henvisning til en mengde dokumenter og litteratur.

Utredningen er et typisk eksempel på de mange forsøk som er gjort på å ta kelegge det samlede rettsoppgjørs problem ved å utrede en enkelt tese, under utelatelse av den antitese som er nødvendig for å frembringe syntesen, det er den fulle og hele sannhet.

Glimtvis antydes:

Elverumsfullmakten.

Castberg godkjenner Elverumsfullmakten som en fullmakt for eksilregjeringen til, i londontiden å utøve myndighet utover den i grunnlovens § 17 foreskrevne, tiltross for at han innrømmer at ingen formell votering over Hambros forslag fant sted. Han utelater Hambros slutterklaring om at "Stortinget bekrefter alene ved sin beslutning den generelle adgang til å gi provisoriske anordninger som regjeringen har i den tid da Stortinget ikke er samlet".

Han overser professor Skeies erklaring i "Landsøvik" s.27 om at "Selv om Stortinget ved en lovformelig votering klart hadde tilkjennegitt at Kongen skulle ha en ubegrenset lovgivningsmyndighet, ville en sådan beslutning ikke hatt noen rettsgyldighet". Han overser stortingspresident Heri Valens utredning om Presidentkapets forhold under riksrådsforhandlingene, i hvilken Valen betoner at "Elverumsfullmakten" var en fiksjon som først ble brukt av riksrådsforhandlerne for "Å vinne friemoner" i kongespøremålet og først deretter ble brukt av eksilregjeringen i propagandaøyemed. Valen sier også at "politikerane såg det slik at det som var sagt under møtet på Elverum, sjølv sagt ikkje avgrensa Stortingets kompetanse", og "Stortinget såg det slik som president Hambro sa: "Stortinget bekrefter alene...o.s.v." Det var soleis utarvande å gjera eit slikt vedtak".

I møteetning til foranstående sier Castberg "Elverumsfullmaktens uttrykkelige bemyndigelse", han pointerer domstolenes kontrollmyndighet av lover og henholder seg til Høyesteretts godkjenning av Elverumsfullmakten.

Konstitusjonell nødrett.

Castberg godkjenner eksilregjeringens anvendelse av dette begrep under krigsårene: "Utøvelsen av en provisorisk anordningsmyndighet utover de grenser som er fastsatt ved grunnlovens § 17, var berettiget under krigen".

For de anordningers vedkommende som var grunnlaget for rettsoppgjøret sier han: "Der ble også utferdiget anordninger som gikk ut på endringer av den lovløstente rett, f. eks. skjerpelse i straffelovgivningen. Også dette er i strid med den uttrykkelige bestemmelse i grunnlovens § 17". Han innskrenker seg til å referere Høyesteretts godkjenning av anordningene, han tar ikke avstand fra denne. Ivertom sier han: "I den situasjon som var skapt ved okkupasjonen i Norge under krigen, måtte, som før sagt, regjeringens ekstraordinære myndighet kunne utøves med en viss frihet".

Men, sier han, visse absolutte grenser må gjelde for nødrett, f. eks. kan man ikke ta uskyldige menneskers liv i strid med de fundamentale prinsipper for hederlig rettspleie som kommer til uttrykk i grunnlovens §§ 96 og 97". Ved at han tar med § 97 kan man ev. anta at han innbefatter eksekvering av dødsdommer over medlemmer av NS, mens ordet "uskyldige" vel mer tyder på feilaktige likvidasjoner. Under avsnittet om Folkets rettsoppfatning finner han Stortingets beslutning i 1945 om dødsstraff å være viktig, selv om Stortinget ikke kunne gjøre en provisorisk anordning herom gyldig, dersom den ikke hadde vært gyldig allerede fra utferdigelsen.

At Castberg drar "Folkets rettsoppfatning" inn i utredningen må være et svakhetstegn. Han vet at okkupanten var hatet av en stor del av folket og han må vite at pressens og kringkastningens makt til enrettning, etter frigjøringen berøvet "folket" den sunne dømmekraft det normalt måtte være i besittelse av.

Castberg forbigår professor Skeies kategoriske dom i "Landsvik" om at "Ingen av de foran nevnte anordninger har noen rettsgyldighet", en påstand som Skeie underbygger i detalj. Om Stortingets lov om dødsstraff av 6. juli 1945 sa Skeie i samme skrift: "At loven i sitt innhold stemmer med en ugyldig anordning, skulle ikke kunne forlede noen til den tro at den kan anvendes for eldre handlinger". Castberg derimot finner loven å være viktig.

I sin konklusjon sier Castberg at vår politiske historie fra og med 1940 har skapt en viss tendens til å bruke nødrett, og han antyder en stor fare for misbruk. Tilslutt sier han at nødretten skal være en virkelig nødutvei.

Han synes her å komme inn på professor Skeies fordømmelse av at nødrett under okkupasjonen, utøvet av eksilregjeringen i London, etter frigjøringen ble benyttet som basis for rettsforfølgelsene mot NS-folk. Men han sier intet bestemt herom.

Skeie sa at det ikke forelå noen "lovnød" i forbindelse med rettsoppgjøret, jfr. "Landsavik" side 27 og følgende.

Castberg sier: "Kravet om at nødrettsbehandlingen må være nødvendig, innebærer at den irregulære fremgangsmåte må være nødvendig som et adekvat middel til å realisere et nødvendig formål". Og da rettsforfølgelsene først kunne begynne og begynte etter frigjøringen, da ingen lovnød forelå, kan ikke den irregulære fremgangsmåte i dette tilfelle ha vært nødvendig som et helt tilsvarende middel til å realisere samme.

Såvel ved denne uttalelse som ved sin uttalelse om at "En lov, som selv baserer seg på nødrett, kan ikke skape kompetanse ut over hva nødsituasjonen til enhver tid krever", synes å tangere en innrømmelse av at han betviler de provisoriiske landsavikanordningenes gyldighet. De kunne ikke skape kompetanse etter frigjøringen, da nødsituasjonen ikke lenger forelå.

Castberg sier: "...at regjeringen var forpliktet til å utøve myndighet- også lovgivningsmyndighet- i den utstrekning det for regjeringen måtte fremstille seg som nødvendig å gjøre dette, for å realisere det store mål: frigjøringen av landet".

Castberg nevner flere ganger det store mål, det store formål frigjøringen som basis for utøvelsen av den konstitusjonelle nødrett. Men da landsavikanordningene var ble benyttet mot NS-folk da var allerede dette store mål oppnådd.

Castberg konkluderer med at "det lar seg ikke nekte at vår politiske historie fra og med 1940 har skapt en viss tendens til til å bruke nødrett..undertiden på en etter min mening oppfatning temmelig lettsindig måte". Med denne uttalelse kan han ha tenkt på landsavikanordningene, men han sier det ikke.

#### Lovgivningsmyndigheten under okkupasjonen.

Castberg nevner overhode ikke den folkerettslige kjennegjering at eksilregjeringen ikke hadde noen lovgivningsmyndighet i det hele tatt over borgerne i det okkuperte Norge i okkupasjonstiden. Folkeretten bestemmer jo at lovgivningsmyndigheten går over til okkupasenten. Jfr. Landkrigsreglementet, professor Skeie, professor dr. v. Waldkirchs betenkning, regjeringsadvokat Kristen Johannsens betenknings til Norges Industriforbund etc.

Nils A. og professor Castbergs utredning - Boknr. 2 (1952)

Som foran nevnt sier Castberg tyvrenten at f. regjeringen var forpliktet til å utøve myndighet- også lovgivningsmyndighet.."

Man skulle derfor tro at han i sin utredning kun sikter til regjeringens myndighet i ikke besatte norske områder inntil 7. juni 1940 og deretter til dens myndighet over nordmenn i utlandet, handelsflåten, de ikke besatte byer etc. Men utredningen tar ikke noe slikt forbehold, tyvrenten. Castberg etter derfor folkerettens bestemmelser helt ut av betraktning, han plasserer den norske befolkning mellom to herrer: okkupasanten og eksilregjeringen.

Og dette burde være det svakeste punkt i hans utredning. Denne inneholder mange interessante og korrekte enkeltheter, men som et orakelsprog kan den tydes etter ønske. Den tilfredsstillende stiller sikkert oppdragsgiveren, men den er heller ikke noen ubehagelig lesning for de forfulgte. Den vanskelige oppgave for en arlig forfatter å prosedere en dårlig sak, er løst på en genial måte.

22/3 53  
17.1. 1951  
A.B.