

Til: Friskolene som rammes av Djupedals lovforslag
Fra: Dag Steinfeld
Dato: 6. januar 2006
Ansvarlig partner: Dag Steinfeld

Vurdering av Lovavdelingens betenkning vedrørende Grunnlovens § 97 - inngrep i gitte tillatelser etter friskoleloven

1. INNLEDNING

Regjeringen har sendt ut på høring et forslag til midlertidig endring av friskoleloven som er planlagt innført i påvente av en helt ny friskolelov. I dette lovforslaget forslås det innført regler som forhindrer at det startes opp nye friskoler på grunnlag av søknader som allerede er innvilget. Viktigere i denne sammenheng er det at det også fremmes forslag om at kun de frittstående skolene som har startet opp innen 13. desember 2005, får drive sin virksomhet etter friskoleloven med offentlig støtte. Skoler som har fått godkjenning, men ikke har startet opp innen 13. desember 2005, mister altså godkjenning med tilskudd til å drive etter friskoleloven i henhold til den foreslåtte endring av lovens § 2-1 første ledd som foreslås med en slik ordlyd:

Det skal mellombels ikke givast godkjenning til nye frittstående grunnskolar. Berre godkjende skolar som er i drift 13. desember 2005, har rett til tilskot og til å drive verksemd etter lova. Departementet kan i særlege tilfelle gjere unntak frå dette dersom skolen oppfyllar krava i lova. Departementet kan godkjenne driftsendringar.

Lovavdelingen i Det Kongelige Justis – og Politidepartementet, heretter bare kalt Lovavdelingen, har avgitt en betenkning om hvorvidt en slik lovregel som rammer de godkjente skoler som ikke var i drift per 13 desember, rammes av Grunnlovens (grl.) forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft, jfr. grl. § 97.

Som konklusjon har Lovavdelingen funnet ”*det klart at det ikke vil være i strid med Grunnloven § 97 gjennom lov å gripe inn i tillatelser til drift av friskole i tilfeller der virksomheten ikke er startet opp.*”

Vi er blitt bedt om å vurdere å påta oss oppgaven med å prøve denne konklusjonen for domstolen og har på bakgrunn av våre nedenfor stående merknader til Lovavdelingens premisser påtatt oss et slikt eventuelt oppdrag.

Det aktuelle spørsmål byr på kompliserte rettslige utfordringer hvor en konklusjon p.g.a. rettsspørsmålets karakter ikke innbyr til stor grad av sikkerhet og notoritet slik Lovavdelingens meget kortfattede betenkning tilkjennegir.

Betenkningens premisser er så vel i bredde som dybde utilstrekkelig til å etablere en slik sikker konklusjon som angitt.

2. GRUNNLOVSVERNETS TREDELTE KARAKTER. RIKTIG KATALOGISERING

I Grunnlovens § 97 heter det kort og godt at ”Ingen Lov maa gives tilbagevirkende Kraft.”

Til tross for ordlydens absolutte karakter er det sikker rett at det beror på en helhetsvurdering om og i hvilken grad Grunnloven aksepterer tilbakevirkning på rettigheter som eksisterte før den nye lovens ikrafttredelse. Tidligere var det innenfor norsk teori hevdet at Grunnloven alene beskyttet borgerne mot lovgiverens ”overgrep.” Nyere rettspraksis har funnet dette begrepet for rigid fordi det i for stor grad leder tanken hen på et grunnlovsværn som bare vil kunne være en teoretisk mulighet. Således har Høyesterett angitt normen å gjelde ””klart urimelig eller urettferdig” tilbakevirkning.”

Gjennom Høyesteretts praksis er det etablert en tredeling av den type rettigheter som kan tenkes vernet av Grunnlovens forbud mot tilbakevirkende lover:

- a) Størst vern har rettigheter eller bestemmelser til vern om enkeltmenneskers personlige frihet eller sikkerhet.
- b) Dernest følger rettigheter eller bestemmelser om økonomiske rettigheter som en mellomgruppe.
- c) Minst beskyttelse har de bestemmelser som regulerer de andre statsmaktenes (utøvende og lovgivende myndighet) arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse.

I Rt 1996 s 1415 uttaler nåværende høyesterettsjustitiarius følgende om denne tredeling:

”Jeg ser denne tredelingen som grunnleggende riktig. Det er nok så at den er relativt grov, især omfatter de økonomiske rettigheter svært forskjellige kategorier, men som generelt utgangspunkt må grunnlovsværnet etter bestemmelser om den personlige frihet eller sikkerhet være sterkere enn grunnlovsværnet for økonomiske rettigheter.”

Dette tilsier at en betenkning om det her aktuelle tema i utgangspunktet burde begynne med å avklare hvilke karakter i forhold til denne tredeling friskolenes rettigheter egentlig har. Dette har Lovavdelingen i mindre grad fokusert på. I den grad betenkningen leses i sammenheng synes det forutsatt at friskolenes virksomhet og rettigheter er motivert av økonomi og gevinstmaksimering hvilket ikke er riktig. For så vidt heter det i betenkningen:

”Rettspraksis og juridisk teori gir imidlertid klare holdepunkter for utfallet av saken her. Når det særlig gjelder adgangen til å gripe inn i privates utøving av næringsvirksomhet, herunder i tilfeller der det er gitt tillatelse til utøving av næringen, uttaler Andenes, Statsforfatningen i Norge (2004) s 395:”

Vi finner det derfor riktig innledningsvis å belyse dette tema som er stemoderlig behandlet i nevnte betenkning med den konsekvens at friskolenes innvilgede rettigheter er feilkatalogisert i forhold til nevnte tredeling.

2.1 Friskolenes formål og karakter

Etter opplæringslovens § 3-1 har enhver borger i vårt land en rett på videregående opplæring. Staten ivaretar sin tilsvarende plikt ved å tilby plass i de offentlige skoler eller i friskoler, jfr. friskolelovens § 3-2 annet ledd.

Friskolene påtar seg plikten på vegne av Staten mot å motta en delvis dekning av de normale driftsutgiftene fra Staten (85 %) som således slipper billigere unna sin plikt til å tilby videregående opplæring til de aktuelle elever, jfr. friskolelovens § 6-1.

Utgangspunktet er således at Staten bare foretar en delvis dekning av de utgifter som er forbundet med Statens forpliktelse til å tilby den aktuelle opplæring til elevene. I friskolelovens § 6-4 første ledd første punktum heter det da også:

”Alle offentlege driftstilskot og eigendelar frå elevane skal kome elevane til gode.”

Dette er en helt grunnleggende bestemmelse, og det følger av denne bestemmelsen at dette bl.a. medfører at skolen ikke kan:

a) gi utbytte eller på annan måte overføre overskot til eigarane eller deira nærstående verken når skolen er i drift eller om drifta opphører.

b) pådra seg kostnader i form av leigeutgifter for eigendom eller lokale som tilhører skolens eigarar eller deira nærstående eller på anna måte pådra seg kostnader som kan innebære at alle offentlege tilskot eller eigendelar frå elevane ikkje kjem elevane til gode.”

Friskolene har også bare en begrenset adgang til å kreve inn skolepenger fra elevene, jfr. friskolelovens § 6-4.

I forarbeidene til loven fremgår det at etablering og drift av friskoler ikke kan anses økonomisk motivert. For så vidt heter det i Ot prp 64 2003-2004 (pkt 3.2.1 og 3.2.2):

”Så lenge eierne ikke lovlig kan ta penger ut av skoledriften, vil det ikke være noe økonomisk motiv for å etablere skoledrift etter friskoleloven.”

Og:

”Verken nasjonale eller utenlandske aktører vil finne noe økonomisk incentiv til å etablere en skole etter friskolelovens bestemmelser da loven har et forbud mot kommersiell drift.”

I Ot prp 64 2002-2004 pkt 2 heter det:

”Både for grunnskoler og videregående skoler er det i friskoleloven fastsatt at egenandelene skal begrenses, at det ikke skal tas ut noen former for utbytte av skoledriften, og at skolen ikke fritt kan velge hvilke elever de tar inn. Det foreligger således ingen økonomiske incentiver for å etablere en friskole i Norge.”

Man må således ved vurdering av grunnlovsvernet ikke anse friskolenes rettigheter som økonomisk motivert etter nevne tredeling.

Friskolenes engasjement er motivert ut fra samme formål som loven selv bygger på i § 1-1 hvor det heter:

Formålet med denne lova er å medverke til at det kan opprettast og drivast frittstående skolar, mellom anna skolar oppretta av religiøse og/eller etiske grunnar og skolar oppretta som eit fagleg-pedagogisk alternativ,² slik at foreldre og elevar kan velje andre skolar enn dei offentlege, jf. lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett § 2 nr 2.

I lovforarbeidene (Ot prp 33 2002-2003) ble formålsbestemmelsen kommentert slik:

”Det første leddet i føresegna er ei vidareføring av formålsføresegna i den nojgeldande privatskulelova §1. I samband med behandlinga av lov om private skoler uttalte stortingskomiteen blant anna i Innst.O.nr.53 (1984-1985) at:

Retten til å skipa skular utanom det offentlege skuleverket er etter fleirtalet si vurdering ein grunnleggjande demokratisk rett. Fleirtalet ser vidare retten til å gje og ta imot undervisning utanfor det offentlege undervisningssystemet som ein menneskerett. Det kan her visast til FN-konvensjonen av 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettar, artikkel 13 §3, der retten til å velje undervisning for borna er nedfelt som ein del av foreldreretten. Fleirtalet ser privatskulelova som eit viktig middel til å realisere denne allmenne retten, og fleirtalet konstaterer at ein føresetnad for at denne retten kan bli reell, er at det vert gjeve offentlege tilskot til drifta av private skular.”

I Innst O nr 80 (2002-2003) heter det:

”Flertallet mener at målet må være å ha en best mulig skole. Den offentlige skolen blir etter flertallets mening bedre av å bli utfordret av alternativer med en annen pedagogikk, med et annet verdigrunnlag og med andre arbeidsmåter. Flertallet ønsker også å slå fast at foreldreretten er grunnleggende i et demokrati og at denne vil styrkes av dette lovforslaget.”

Og videre i samme dokument:

”Komiteens flertall, medlemmene fra Høyre, Fremskrittspartiet, Kristelig Folkeparti, Venstre og representanten Simonsen, vil vise til at lov om frittstående skoler har sitt utspring i menneskerettighetene som er uttrykt i bl.a de konvensjoner som er inkorporert i den norske menneskerettsloven. Blant annet gis det ”frihet til å velge andre skoler for sine barn enn dem som er opprettet av offentlige myndigheter ”.

Flertallet vil understreke at denne frihet til å velge alternativer betyr at loven i særlig grad skal beskytte retten til å opprette skoler med alternativ undervisning.”

2.2 Videre om de rettslige konsekvenser av rettighetenes karakter

Rettighetenes karakter er av helt sentral betydning ved fastleggelsen av grunnlovsvernet. De rettigheter som er innvilget friskolene ved de endelige forvaltningsvedtak kan av nevnte grunner ikke anses å være av økonomisk art.

Rettighetene springer ut av og samsvarer med lovens formål om å sikre at borgerne gjennom friskolene får en *”frihet til å velge andre skoler for sine barn enn dem som er opprettet av offentlige myndigheter ”* som Stortingsflertallet på vedtagelsestidspunktet betraktet som *”ein grunnleggjande demokratisk rett”* med *”utspring i menneskerettighetene.”*

Riktignok må det erkjennes at Norges folkerettslige forpliktelser omfatter i seg selv ikke noen plikt for Staten til å yte tilskudd til friskoler, men den delvise dekning av de normale driftsutgiftene i friskolene er med og sikrer at også mindre bemidlede medlemmer av vårt samfunn får et slikt reelt valg som ikke ville forelagt dersom elevene selv måtte dekke alle utgiftene. Nettopp et slikt egalitetshensyn er sentralt i den norske velferdsstatens humanistiske grunnlag hvilket må tillegges adskillig vekt ved vurdering av grunnlovsvernet.

Ut fra denne analysen av formålet med de rettigheter som søkes fjernet ved lov med tilbakevirkende kraft, er det grunnlag for å argumentere for at grunnlovsvernet må være sterkere enn det vern som vanligvis tillegges de rene økonomiske rettigheter innenfor eller utenfor næringsdrift.

Grunnlovsvernet må ha en styrke opp mot kjerneområdet for Grl. § 97; vernet om den personlige frihet.

Det eksisterer, har eksistert og vil fortsatt eksistere en betydelig uenighet politisk om enkeltindividets frihet – herunder den reelle frihet til å velge en alternativ skole uavhengig av den enkeltes økonomiske evner. Standpunktene vil være av politisk karakter. I rettspraksis har det vært hevdet at denne politiske karakter vanskeliggjør at hensynene kan inkorporeres i en rettslig norm. Generelt sett er dette riktig. Men når det som her dreier seg om å fjerne et fåtall innvilgede rettigheter av det nevnte slag med umiddelbar virkning, må likevel rettighetenes karakter tillegges adskillig vekt som synes ignorert av Lovavdelingen.

3. ”ADGANGEN TIL Å DRIVE PRIVATSKOLE”

3.1 Lovavdelingens premisser

I betenkningen heter det:

”Etter Lovavdelingens syn er adgangen til å drive privatskole under den gjeldende loven i realiteten langt på vei basert på den alminnelige handlefrihet slik denne er avgrenset gjennom friskoleloven. Det er her ikke tale om å gripe inn i eksklusive rettigheter til å drive en virksomhet. Det offentlige har ikke gitt noe tilsagn om at de

som har fått tillatelsene, kan beholde disse uten adgang for det offentlige til å gripe inn og forby eller sterkt begrense den aktuelle virksomheten. Det er heller ikke gitt noe tilsagn om at den offentlige støtten kan opprettholdes på et bestemt nivå. Det er ikke skapt særlige forventninger ved at tillatelsene er gjort tidsbegrenset.” (Vår understrekning.)

3.2 Sondringen privatskole og friskole

Lovavdelingen anvender begrepet ”privatskoler” om de her aktuelle skoler hvilket i beste fall er terminologisk uriktig. I Ot. prp. 64 2003-2004 heter det på s 7:

”Begrepet privatskoler brukes nå om skoler som er godkjent etter opplæringsloven § 2–12, dvs. grunnskoler i privat eie som ikke får tilskudd av staten. Begrepet privatskoler brukes også om videregående skoler som ikke får statstilskudd.”

De aktuelle friskoler er m.a.o. ikke ”privatskoler”. Tvert imot dreier det seg om alternative skoler hvor den statlige støtte er en nødvendig forutsetning for at ikke bare de mest økonomisk velfunderte elever kan få reelle muligheter til alternativ skolegang.

3.3 ”Den alminnelige handlefrihet”

Lovavdelingens utgangspunkt i ”den alminnelige handlefrihet” er av beslektede grunner forfeilet.

Riktignok er det slik at den enkelte friskole ikke har fått ”eksklusive rettigheter” til å drive friskole med tilskudd fra Staten som ingen andre har fått. Men retten til å drive en slik skole er så åpenbart ikke en del av ”den alminnelige handlefrihet”.

De aktuelle rettigheter er meddelt gjennom et forvaltningsrettslig enkeltvedtak som er bestemmende for den enkelte friskoles rettigheter eller plikter og gjelder således ikke rettigheter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer forankret i lov eller ”den alminnelige handlefrihet.” Den aktuelle regel som bare rammer de skoler som ikke har startet opp før 13. desember 2005 er direkte rettet mot et svært begrenset antall identifiserte friskoler.

I avgjørelsen inntatt i Rt 1996 s 1415 heter det:

Inn i avveiningen vil blant annet komme hvilke rettigheter eller posisjoner inngrepet gjelder, hvilket grunnlag den enkelte eller en gruppe har for sine forventninger, om inngrepet er plutselig og betydelig og om fordelingen av byrdene rammer den enkelte eller en gruppe særlig hardt. Men på dette rettsområdet må lovgivers spillerom, i lys av de hensyn som ligger bak Grunnloven §75 bokstav a og d, være vesentlig. Det vil bare være de kvalifiserte eller åpenbare tilfeller av urimelighet og urettferdighet som kan rammes. Jeg tilføyer at det nok i praksis først og fremst er inngrep som rammer avgrensede grupper pensjonister innenfor folketrygden som vil kunne stride mot Grunnloven §97.

I dette tilfellet dreide det seg om pensjonen for eldre mennesker; altså om rettigheter i kategori 2 i nevnte tredeling over. Situasjonen er m.a.o. ikke parallell til vår. Men det

prinsipielle argument om at tilbakevirkningen ”rammer avgrensede grupper” har en særlig vekt i vårt tilfelle hvor den aktuelle lovklusul nærmest er direkte adressert mot enkelte friskoler som var beskyttet mot omgjøring etter forvaltningslovens § 35.

3.3.1 Manglende omgjøringsadgang

Den avgåtte statsråd, Kristin Clemet, har offentlig uttalt at hun forut for sin avgang fikk bekreftet av departementets jurister, som også hadde vært i kontakt med Lovavdelingen, at de foreliggende tillatelser til de aktuelle skoler hvor virksomheten ikke var kommet i gang, ikke kunne omgjøres etter forvaltningslovens § 35.

Dette legger forutsetningsvis denne juridiske vurdering til grunn. De enkelte skoler hadde således en rettslig begrunnet forventning om at deres tillatelse ikke ”plutselig” kunne annulleres.

Den påtroppende statsråd må forutsetningsvis ha fått tilsvarende opplysninger. Den foreslåtte lovklusul rettet mot disse skolene må således antas å være initiert for å omgå omgjøringsforbudet med den tilhørende forventning.

Når myndighetene ikke har fri adgang til å endre vedtak til skade for den som er tilgodesett med en tillatelse etter friskoleloven, er det først og fremst fordi vedtaket gir skolen den nevnte forventning.

Riktignok er det i juridisk teori (Echhoff ”Forvaltningsrett” 1978 s 521) med rette påpekt at ”slik omgjøring som det ikke er adgang til å gjennomføre ved enkeltvedtak, ofte kan istandbringes ved ved ny lovgivning- eller eventuelt ved provisorisk anordning eller forskrift.”

Og lenger ute i samme bok heter det vedrørende bevillinger:

”Noen særlig beskyttelse mot ny lovgivning er det derimot normalt ikke. En bevillingshaver må som regel finne seg i at det ved lov, eller i medhold av lov, gis nye regler som for eksempel pålegger ham nye plikter, begrenser hans handlefrihet, stiller strengere kvalitetskrav eller utvider adgangen til å tilbakekallelse.”

Dette må antas å være sikker rett. Men poenget med slik lovgivning med tilbakevirkende kraft er at den rammer alle bevillingshavere likt og er ikke spesialsydd for å ramme et fåtall bevillingshavere som tilfeldigvis ikke var i gang med virksomheten på et gitt tidspunkt. Videre dreier det seg heller ikke i denne sak om skjerpede vilkår for tillatelsen som begrenser denne eller sågar medfører at tillatelsen ikke kan benyttes. Det dreier seg kort og godt om en omgjøring av et fåtall tillatelser vedtatt i lov hvilket fremstår som en annen situasjon enn den som er beskrevet i teorien.

I en slik situasjon må det innrettelsessynspunkt som begrunner omgjøringsforbudet ha atskillig vekt ved vurdering av grunnlovsvernet. Særlig må dette være tilfellet når likhetsgrunnsetningen også rammes ved at det bare er de skoler som ikke var i gang per 13. desember 2005 tilbakevirkningen anvendes på. Innrettelsessynspunktet og

likhetsgrunnsetningen er nettopp de to bærende momenter bak forbudet mot tilbakevirkende lover.

3.3.2 *Rettigheten eksisterer fortsatt*

I forlengelsen av dette er det grunn til å minne om at de aktuelle rettigheter fortsatt eksisterer.

Vår konstitusjon er tredelt mellom den utøvende, lovgivende og dømmende makt.

Forslaget om endring av friskoleloven er nå sendt ut på høring fra den utøvende makt som ikke har kompetanse til å omgjøre de aktuelle tillatelser. Etter høringsrunden er det varslet en odelstingsproposisjon som skal fremmes for Stortinget. Hvorvidt Regjeringen vil ta hensyn til innkomne uttalelser og endre sitt forslag gjenstår å se.

Det aktuelle varsel om endring av loven fremstår således som noe prematurt rent konstitusjonelt. I denne sammenheng påpeker vi at sentrale representanter for vår lovgivende forsamling allerede har påpekt Regjeringens arroganse i forhold til Stortinget og denne forsamlings suverene lovgivningsmyndighet. Dette er også påpekt av sentrale politikere fra de regjerende partier som Stortingets president og Senterpartiets finanspolitiske talsmann i Stortinget.

I denne situasjonen må det derfor kunne påpekes at de aktuelle friskoler har sin berettigede rettslige forventning i behold. Dersom Stortinget likevel skulle komme til å vedta den foreslåtte regel, vil vedtagelsestidspunktet hvor forventningen svikter ligge svært tett opp til et planlagt oppstartestidspunkt for de fleste skolene.

3.4 ***”Det er ikke skapt særlige forventninger ved at tillatelsene er gjort tidsbegrenset!”***

Dette er en annen tvilsom premiss for Lovavdelingens konklusjon.

De aktuelle tillatelser er gitt på spesielle vilkår hvor det også heter:

”Godkjenningen opphører dersom skolevirksomheten ikke starter opp innen skoleåret 2008/2009.”

Dette vilkår ga en naturlig rettslig forventning om at skolene ikke måtte starte opp umiddelbart eller innen 13. desember 2005. Tvert imot ble det etablert en forventning om at den aktuelle rettighet var i behold uavhengig av om skoledriften var startet opp frem til *”skoleåret 2008/2009.”*

4. KONTRAKTSSYNSPUNKTET

I norsk rett har det vært akseptert at rettigheter som har et privatrettslig grunnlag må anses å ha et ikke ubetydelig vern mot tilbakevirkende lover. Det er kontraktrettslige synspunkter som tilsier at Staten ikke bør kunne forrykke slike kontraktuelle rettigheter gjennom tilbakevirkende lover. En ytelse forutsetter eller bygger på vissheten om en motytelse og balansen i kontraktsforholdet bør ikke forrykkes av lovers tilbakevirkende krefter.

I sin betenkning tilkjennegir Lovavdelingen:

”Rettsposisjonene som er etablert ved tillatelsene har heller ikke preg av å være et gjensidig bebyrdende forhold.”

Av denne grunn hevdes det at det *”må særlig mye til før inngrep i tillatelsen kan ses på som som en klart urimelig og urettferdig tilbakevirkning.”*

Så vel den siterte premiss som den siterte slutning fremstår som tvilsom.

Staten har en plikt til å tilby videregående opplæring. Friskolene har – mot en delvis kostnadsrefusjon fra Staten - påtatt seg å tilby slik opplæring til elever som har den tilsvarende rett. Statens innvilgede tilskudd er således en motytelse mot friskolenes drift av skolene.

Således har forholdet mellom Staten og den enkelte friskole en tilnærmet kontraktuell karakter. Skolene har fått tilsagn om å få dekket 85 % av sine vanlige driftsutgifter til godkjent undervisning etter friskolelovens § 6-1. I tiltro til dette er etableringen planlagt og initiert og kostnader pådratt.

5. **”EN NORM - EN STANDARD - I UTVIKLING”**

Hvorvidt en tilbakevirkende kraft for en nyinnført lov vil fremstå som *”klart urimelig eller urettferdig”* vil variere over tid. For så vidt heter det også i Høyesteretts dom inntatt i Rt 1996 s 1415:

”Riktignok er Grunnloven §97, som jeg har pekt på og som lagmannsretten har understreket i sin dom, en norm - en standard - i utvikling. Rettsutviklingen kan medføre endringer med hensyn til hvilke interesser som beskyttes av Grunnloven §97, og den kan også medføre endringer i synet på hva som skal til av urimelighet eller urettferdighet for å konstatere brudd på grunnlovsbestemmelsen.”

Tilsvarende – ja kanskje enda sterkere – uttalelser har kommet fra den danske høyesterettspresident etter at dansk høyesterett for første gang på 150 år i 1999 tilsidesatte en lov som grunnlovsstridig i den såkalte ”Tvind-saken”. Tilfeldigvis dreide det seg om en lov som fjernet den statlige finansielle støtte til en del navngitte friskoler, herunder friskoler som inngikk i ”Tvind-konsernet.” Undervisningsministeriet hadde ment at skolene opptrådte i strid med vilkårene som lå til grunn for vedtaket om tillatelse og finansiell støtte (og loven vedtaket bygget på) hvilket Tvind-konsernet bestred. Hvis Undervisningsministeriet hadde rett hadde ministeriet selv kompetanse til å frata skolene tilskuddet og tillatelsen, men kunne da forvente at saken ville bli prøvd for domstolene. I stedet for å gjøre dette, ble tillatelsen fratatt de navngitte skoler gjennom en vedtatt lov. Dansk høyesterett kom i dommen av 19. februar 1999 til at den lovgivende forsamling her gikk utover sin myndighet og uttalte:

”Efter grundlovens § 3 henhører en sådan afgjørelse ikke under lovgivningsmagten, men under den dømmende magt med de deri liggende rettsgarantier for borgerne. Højesteret finder derfor, at § 7 i loven nr. 506 af 12. juni 1996 er ugyldig i forhold til Friskolen i Veddinge Bakker som stridende mod grundlovens § 3, 3. pkt.”

Den omtalte bestemmelse i den danske grunnlov lød:

”Den lovgivende magt er hos kongen og folketinget i forening. Den utøvende magt er hos kongen. Den dømmende magt er hos domstolene.”

Også Norge har en slik konstitusjon med tre uavhengige statsmakter.

Den danske høyesterettsdom kom meget uventet på de danske teoretikere og er også senere kritisert fra samme hold.

Om avgjørelsen uttalte høyesterettspresident Niels Pontoppidan etter domsavsigelsen:

”Der er en gensidig påvirkning mellem de internationale domstole og de nationale domstole. Især har EF – og Menneskerettighedsdomstolen en stor indflydelse. For de internationale domstoles vedkommende ser vi en tendens i retning af en domspraksis med en friere fortolkningsstil, der lægger større vægt på ”present-day-conditions”: På nutidige samfundsforhold, fremfor at vægte historiske fortolkninger. Det har en vis afsmitning på den nationale praksis som udviklingstendens.”

5.2 ”Tvind-sakens” betydning

P.g.a. så vel de sammenfallende faktiske og rettslige problemstillinger, har vi sett på hvilke betydning denne danske saken kan tenkes å ha i den her verserende problemstilling.

I punkt 3.3.1 over påpekte vi at departementet forutsetningsvis har lagt til grunn at det ikke hadde kompetanse til å omgjøre de gitte tillatelser selv om skoledriften ikke var kommet i gang.

Det kunne i og for seg ha oppstått en situasjon hvor Staten mente at det var en omgjøringsadgang mens friskolene bestred dette. En omgjøring kunne derfor ha skjedd med den konsekvens at omgjøringsvedtakets gyldighet kunne prøves for domstolene. For å unngå dette kunne da Staten søkt å foreta ”omgjøringen” gjennom et lovvedtak som i tilfelle forutsetningsvis (fra Statens side) ikke var underlagt domstolskontroll.

En slik fremgangsmåte ville aktualisert tilnærmelsesvis den problemstilling som var aktuell i ”Tvind-saken” hvor dansk høyesterett altså fastslo at lovgiver her i realiteten hadde tildratt seg kompetanse som alene tilligger den dømmende myndighet.

Muligens kan dette videreutvikles. Med henvisning til punkt 3.3.1 over, kan det argumenteres for at den lovgivende myndighet ved en eventuell vedtagelse av den spesielle tilbakevirkende klausul i den foreslåtte lov, i realiteten foretar en utøvende myndighet som tilligger Kongen (eller Regjeringen) etter grl. § 3. Men når Kongen selv ikke kunne foreta omgjøring, kan han heller ikke gjøre dette gjennom lov og Stortingsvedtak.

Det må erkjennes at det siste resonnement fremstår som nokså usikkert.

For det første pekes det på at den danske lov som ble tilsidesatt var en såkalt ”singulær lovgivning.” Med det menes en lov som begrenser enkeltstående og identifiserbare personers rettigheter. De aktuelle skoler som loven rammet, var navngitt i loven selv, og det har lenge vært antatt i dansk rett at der er visse grenser for hvor langt lovgiver kan gå på et slikt individuelt plan. Som kjent er de aktuelle skoler som rammes av den omtvistede klausul i lovforslaget i Norge, ikke navngitt i lovteksten. Men det er usikkert hvor stor betydning det har. Professor, dr. juris Jens Petter Christensen ved Universitetet i Aarhus, som har vært meget kritisk til den aktuelle dom, har i en artikkel gjort gjeldende om dommens rekkevidde:

”Lovens singulære karakter er således formentlig en nødvendig betingelse for, at der vil foreligge konflikt med § 3, 3. pkt. Det afgjørende må i den forbindelse være, hvorvidt en lov reelt tager sigte på og rammer en på forhånd individualiseret kreds, snarere end lovens sprogligt-tekniske formulering.

I denne saken vil vi anta at departementet reelt sett har adressert den aktuelle klausul til en ”på forhånd individualiseret kreds” av friskoler. I den grad unntaksbestemmelsen benyttes slik som antydnet i denne vurderings aller siste avsnitt, vil den singulære karakter fremstå enda tydeligere.

En viktigere innsigelse er derfor at lovforslaget ikke er et resultat av en tvil om omgjøringsadgangen som søkes unndratt domstolskontroll ved hjelp av en lovgivningsteknikk eller en tvist om de aktuelle friskolene har brutt vilkårene for tillatelsen som derfor kunne vært dratt tilbake etter friskolelovens § 7-2 3. ledd. Professor, dr. juris Jens Petter Christensen påstår i sin artikkel at den danske høyesterettsdom ikke finner anvendelse utenfor et slikt tviste-område. Således hevder han:

”Umiddelbart synes Højesterets tvistesynspunkt, heller ikke at ramme den situation, at lovgivningsmagten havde frataget de omhandlede skoler fremtidige tilskud, ikke som følge af mistanke om regelbrud, men fordi lovgivningsmagten på grundlag af nogle mer generelle holdningsprægede overvejelser simpelthen ikke længere ønskede at støtte Tvind-samvirket.”

Hvorvidt dette resonnement fra en forfatter som både før og etter høyesrettsavgjørelsen var kritisk til dansk høyesteretts inntatte standpunkt, gjenstår fortsatt å se.

5.3 EF-domstolens avgjørelser vedrørende legitimate expectations

Den innledende bemerkninger fører oss naturlig over i et spørsmål om hvilke føringer vår tilknytning til EU og EØS kan tenkes å ha for denne sak.

Gjennom EØS-loven og EØS-avtalen har Norge langt på vei bundet seg til å inkorpere EFs regler og praksis i norsk rett.

Ifølge EF-domstolens rettspraksis har EU-rett med direkte virkning i konflikttilfelle også forrang fremfor enhver nasjonal rettsnorm. Dette gjelder klart innenfor selve EU. Innenfor

EØS-land som Norge vil inkorporert EØS-lovgivning som gir private rettigheter, kunne påberopes med et lignende krav om forrang på bakgrunn av EØS-lovens § 2. I tillegg vil private parter som lider tap som en følge av myndighetens manglende respekt for sine EØS-rettslige forpliktelser kunne kreve dette tapet erstattet, (jf "Finanger II-saken" HR-2005-01690-P).

Årsaken til at dette nevnes her er EF-domstolens rettspraksis knyttet til "*legitimate expectations*."

Universitetstipendiat Benedikte Moltumyr Høgberg arbeider med en PhD-avhandling i statsforfatningsrett ved Universitetet i Oslo. Prosjektet omhandler tilbakevirkende lover etter grunnloven § 97, og vil som utgangspunkt være en analyse med siktemål å trekke den nærmere grensen mellom den lovlige og den ulovlige tilbakevirkning. Prosjektet vil også i stor grad berøre og dra vekslers på EF-rettens lære om "*legitimate expectations*".

Om og i hvilken grad denne lære kan representere en egen skranke for den tilbakevirkende kraft mot de aktuelle friskoler eller inngå som et tolkningsmoment ved vurderingen av grunnlovsvernet, kunne tenkes å fremstå som et tema hvilket nevnte universitetstipendiat har uttalt på generelt grunnlag i media.

Bakgrunnen er selvsagt de åpenbare forventningene som er etablert hos de involverte friskolene etter at de har mottatt og forholdt seg til myndighetenes endelige og uomgjørliche forvaltningsvedtak.

Vi har derfor foretatt en viss undersøkelse av rettssituasjonen vedrørende "*legitimate expectations*" eller "*berettigede forventninger*". I utgangspunktet er dette prinsippets anvendelse og innhold vanskelig tilgjengelig og vi har ikke funnet praksis fra saker som på noen måte ligner den her aktuelle.

Slik vi ser det, er dette prinsippet først og fremst en del av den domstolsskapte europeiske forvaltningsretten rettet mot **fellesskapsorganenes** utøvelse av myndighet gitt dem i blant annet EF-traktaten. I mangel av en skrevet europeisk forvaltningsrett og fordi nasjonale domstoler ikke har kompetanse til å vurdere gyldigheten av fellesskapsorganenes myndighetsutøvelse, var denne rettsstatelige utviklingen nødvendig (ikke minst for å forebygge at nasjonale domstoler ga seg til å prøve fellesskapets myndighetsakter på bakgrunn av nasjonale rettssikkerhetsgarantier). I denne sammenhengen har prinsippet karakter av en grunnlovsrett - det vil si med beskyttelse også overfor fellesskapsrettslig sekundærlovgivning. Konsekvensen av dette er at disse forvaltningsprinsippene/rettssikkerhetsgarantiene, herunder prinsippet om berettiget forventning, i all hovedsak bare retter seg mot myndighetsutøvelse fra fellesskapets organer, det vil si Rådet, Kommisjonen osv. Nasjonale myndigheter vil derfor ikke være bundet av prinsippet om berettiget forventning så lenge den aktuelle saken dreier seg om et saksområde der nasjonalstaten har eksklusiv kompetanse.

En rekke fellesskapsrettslige regler håndheves imidlertid ikke av fellesskapets organer selv, men direkte av nasjonale forvaltningsorganer. I slik håndheving er det antatt at de nasjonale organene må anvende nasjonal forvaltningsrett, med de begrensninger som følger at de

domstolsskapte forvaltningsprinsippene. Dette vil også gjelde den nasjonale lovgiver. Innen EU vil dette først og fremst gjelde forvaltningen av den felles landbrukspolitikken.

Utenfor den direkte forvaltningen av et fellesskapsrettslig regelverk, hvor den herværende sak må antas å befinne seg, er det vår oppfatning at prinsippet om berettiget forventning derfor ikke vil komme direkte til anvendelse som en EØS-rettslig skranke for lovgiver. Et mulig unntak her, og som kanskje bør utredes nærmere, er dersom man kan legge til grunn at individuelle friskoler benytter seg av sin EØS-rettslige rett til **fri etablering**, for eksempel gjennom at en svensk friskole etablerer seg i Norge. Denne skolens rett til å etablere seg vil da kunne nyte EØS-rettslig beskyttelse og kan kun begrenses av den norske lovgiver innenfor det spillerom EØS-retten tillater. Slike restriksjoner må blant annet være forholdsmessige og i denne vurderingen bør muligens hensynet til berettigede forventninger kunne trekkes inn på et EØS-rettslig grunnlag.

Når det videre gjelder prinsippet om berettigede forventninger som fortolkningsprinsipp i forhold til grl § 97, vil rettspraksis fra EF-domstolen kunne gjøres gjeldene på mer som et argument, antagelig på lik linje med folkerett. Det er anerkjent at den europeiske forvaltningsretten og de nasjonale forvaltningsrettene gjensidig påvirker hverandre, slik at man sakte nærmer seg en *ius commune*, men dette tolkningsmomentet fremstår i øyeblikket ikke som noe tungt eller bærende element mot Lovavdelingens konklusjon.

6. RT 1992 S 1235

Lovavdelingen har ikke tillagt denne avgjørelsen noen vekt i det her aktuelle tilfeller.

Vi har for vår del større vanskeligheter med å ignorere den.

Saken gjaldt krav om erstatning for tap som saksøkerne var påført ved at de aksepterte et tilbud fra Fiskeridepartementet om å redusere antall trålere mot å få beholde samme fiskekvoter som før reduksjonen. Dette tilsagn fra Fiskeridepartementet ble ikke overholdt da kvotene senere ble meddelt i forskrifts form.

I dommen het det:

”Fra statens side er videre anført at selv om tilsagnet var forpliktende, så mistet rederiene sin rett etter tilsagnet da det kom forskrifter om kvotefordelingen som fravek disse. Her kommer - anføres det - inn de synspunkter som setter begrensninger i erstatningsplikten når det gjelder generelle rådighetsinnskrenkninger. Dette må medføre at det ikke kan kreves erstatning, da det ikke foreligger en slik vesentlig innskrenkning i utøvelsen av næringen at denne utløser erstatningsplikt.

Denne anførsel kan etter min mening klarligvis ikke føre fram. Tilsagnene og forskriftene er ledd i det samme fiskeripolitiske reguleringsystem. Staten kan da ikke gi konkrete tilsagn om kvoter for å få ned antall fartøyer, og deretter påberope seg ansvarsfrihet for tilsagn når den så fastsetter de forskrifter som regulerer kvotene.”

I vår sak har friskolene søkt om å få den aktuelle tillatelse. Tillatelsen med tilhørende tilskudd fra Staten er endelig innvilget og kapitalkrevende forberedelser for oppstart er derfor etablert i berettiget forventning til et endelig enkeltvedtak.

Kort tid før skolestart (har ennå ikke skjedd) vedtar Stortinget eventuelt en lov som fjerner så vel tillatelsen som tilskuddet. Staten kan ikke på den ene side fatte et vedtak som fremskaffer elevplasser som Staten er pliktig å tilby elevene med løfte om delvis kostnadsrefusjon, for deretter å trekke tilsagnet gjennom lov etter at kostnader er pådratt for friskolen umiddelbart før solestart.

7. AVSLUTNING OG KONKLUSJON

Av våre merknader fremgår det at vi ikke deler Lovavdelingens tilsynelatende sikkerhet vedrørende spørsmålet om den foreslåtte lovregel vil være i strid med grl § 97. Vi er for vår del av den oppfatning at spørsmålet er prosedabelt og at spørsmålet derfor bør avklares gjennom domstolene.

En slik lovgiverteknikk som her foreslås anvendt vil på mange måter fremstå som en nydannelse, og er i realiteten en teknikk for å komme rundt omgjøringsforbudet i forvaltningslovens § 35. Tillatelser som er innvilget med endelig og uomgjørkelig forvaltningsvedtak kort tid før et Stortingsvalg, omgjøres gjennom lovgivning etter valget p.g.a. endringen av Stortingets flertall. En slik lovgivningspraksis som bryter ned den forventning borgerne har og bør ha i forhold til et uomgjørkelig forvaltningsvedtak, vil ha store konsekvenser. Med stadig skiftende sammensetning av Stortinget vil det kunne medføre en usikkerhet for de borgerne som har fått sine endelige tillatelser rett før et Stortingsvalg. Det pådroppende Stortingsflertall foretar et tilbakevirkende inngrep i det forrige regiments utøvende makt som vil kunne fremstå som "*klart urimelig eller urettferdig*" også i en demokratisk sammenhengt. Den lovforankrede omgjøring av tillatelser til "*godkjende skolar som*" ikke "*er i drift 13. desember 2005*" fremstår som en politisk demonstrasjon. Det må antas å være av mindre betydning for Staten å stanse de få skolene det gjelder. Således burde det være tilstrekkelig for det nye eventuelle Stortingsflertall å stanse nye tillatelser.

Særlig vil dette være tilfelle dersom departementet velger å utnytte sin adgang til i "*særlege tilfelle gjere unntak frå dette dersom skolen oppfyllar krava i lova,*" jfr. den foreslåtte lovregel sitert innledningsvis. I den utsendte pressemelding har departementet tilkjennegitt at denne unntaksbestemmelse vil kunne bli brukt til fordel for såkalte grendeskoler som må antas å ligge ett av de regjerende partier særlig nær. I den grad regelverket her brukes til fordel for skoler eller skoleretninger som det politiske flertallet er særlig opptatt av og motsatt unnlates brukt til fordel for de få skolene som ikke kan anses å ha en slik tilhørighet, vil regelverket lett få en diskriminerende karakter som også støter an mot den type likhetsbetraktninger som grl. § 97

er satt til å verne.

Med vennlig hilsen
WIKBORG, REIN & CO.

Dag Steinfeld