

«PRØVINGSRETTE» OMSIDER GRUNNLOVFESTET

Eivind Smith

Sammendrag

I mai 2020 fikk grunnloven § 89 om domstolskontrollen med de andre statsmaktene ny ordlyd. Artikkelen gjennomgår deler av forhistorien, sammenligner bestemmelsen med den som ble vedtatt i 2015 og med den rettsstilstanden som den tar sikte på å kodifisere. Underveis kommenteres noen konstitusjonelle nøkkelbegreper og påstander om at vedtaket er ugyldig fordi grunnlovsprosedyren ikke ble fulgt, blir diskutert. Konklusjonen er at grunnloven § 89 gir et godt uttrykk for hovedtrekkene i den veletablerte ordningen med domstolskontroll med lover og forvaltningsvedtak.

Nøkkelord

Abstrakt kontroll
Domstolskontroll med forvaltningsvedtak
Domstolskontroll med lover
Formell konstitusjon
Konkret kontroll
«Konstitusjonell sedvanerett»
Kvalifisert flertall
Materiell konstitusjon
«Prøvingsrett»
Quorum

Forfatterbiografi

Dr.jur. Eivind Smith ble utnevnt til professor i rettsvitenskap (offentlig rett) i 1986. Han har publisert flere hundre artikler og bøker, ledet en rekke lov- eller granskningsutvalg og er æresdoktor ved flere utenlandske universiteter. I 2020 fungerer han blant annet som leder for Partilovnemnda.

«Prøvingsrett» eller «-kompetanse»?

Artikkelen handler særlig om de grunnlovsbestemmelsene om domstolskontroll med de andre statsmaktene som vi har hatt siden 2015. Vi får ofte høre at grunnloven § 89 handler om «prøvingsretten». Blant jusstudenter og andre jurister er ordet kjent og kjært. Hvorfor skriver jeg det likevel i anførselstegn?

Svaret handler ikke om uenighet om de underliggende juridiske realitetene. Det handler utelukkende om hvordan disse realitetene kan gis et dekkende språklig uttrykk. Til dette formålet er det nevnte ordet dårlig egnet. Dette skyldes at det leder tanken i retning av en *rettighet*. Denne rettigheten må da tilkomme domstolene, som f.eks. har «rett» til å prøve om en lovbestemmelse står i strid med grunnloven.¹²

¹ Jf. Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati. Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 4. utgave (2017) s. 272.

² Jeg skriver konsekvent «grunnloven» med liten g. Ingen andre norske lover belemres med stor forbokstav. Ulikheten må skyldes at man ønsker å fremheve grunnloven som nasjonalt monument, med klar referanse til dens fantastiske historie (Eidsvoll osv.). Dette er et ønske jeg i og for seg deler. Men ingen tenker på monumenter som aktive redskaper for politisk handling. I Norge har det lenge vært en tendens til at historien kommer i veien for å forstå grunnloven som samling av grunnleggende rettsregler for statsstyret i vår egen tid,

Det er på det rene at dommere som driver slik virksomhet, ikke bryter noe forbud; de har altså *frihet* til å gjøre det når det er nødvendig for å avgjøre de sakene de får seg forelagt. Men en *rettighet* slik vi ellers bruker dette ordet (slik som f.eks. i sammenstillingen «menneskerettigheter») er det naturligvis ikke tale om: Dommerne (eventuelt domstolene) har ingen subjektiv rett til å legge seg opp i de andre statsmaktenes affærer. Det de derimot utvilsomt har i Norge, er *kompetanse* til å kontrollere om omstridte lovbestemmelser eller forvaltningsvedtak kan anvendes uten å bryte med grunnloven eller andre rettsregler som vedtaksorganet er bundet av (forvaltningen må holde seg innenfor lovgivningens grenser osv.). Uten at alle detaljer er avklart, er det også anerkjent at de etter omstendigheten har *plikt* til å gjøre det; de har altså ikke frihet til å dømme i strid med grunnlov og lov.

Den utbredte bruken av ordet «prøvingsretten» for å uttrykke denne kombinasjonen av kompetanse og plikt, må forstås i historisk lys: Både på 1800- og 1900-tallet var (særlig) Høyesteretts kompetanse til å kontrollere forholdet mellom lov og grunnlov, periodevis omstridt. Diskusjonen hadde gjerne sammenheng med domstolenes bruk av kompetansen i enkelte omstridte saker. Politisk ble den ofte utkrystallisert i et spørsmål om dommerne, særlig overfor Stortinget som vårt øverste folkevalgte organ, hadde «rett» til å gjøre dette.

Den som er interessert i *retten* til å få domstolene til å prøve rettmessigheten av f.eks. en bestemmelse i lov som griper inn i ens rettsstilling (og tar ordet «rett» på alvor), er i virkeligheten over i det spørsmålet som bredt og nokså ubestemt kan formuleres som «access to justice». I sivile saker bør oppmerksomheten i så fall først og fremst rettes mot tvisteloven §§ 1-3 f. med enkelte supplement, derunder § 1-5, som forutsetter at saker om «gyldigheten av forvaltningsvedtak» kan bringes inn for domstolene.

Den bestemmelsen i grunnloven § 95 som vi fikk i 2014 («Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid») reiser spørsmål av lignende karakter. Men den sier ikke selv noe om hva slags «saker» som kan bringes inn for domstolene (bestemmelsen i Den europeiske menneskerettskonvensjon art. 6, som § 95 er inspirert av, kunne isolert sett trekke i retning av en snever forståelse, jf. uttrykket «civil rights and obligations» i den engelske teksten).

Uansett følger visse begrensninger av grunnloven selv. Tvister om stortingsvalg avgjøres i dag av Stortinget selv, se §§ 55 og 64. Spørsmål om hvorvidt medlemmene av de øverste statsorganenes har brutt sine «konstitusjonelle plikter» avgjøres i første og eneste instans av Riksretten etter påtale av Stortinget selv, se grunnloven § 86. Den sistnevnte bestemmelsen vil kunne spille en rolle 10 000 i den pågående «klimarettssaken»: En viktig del av anførselene gjelder jo nettopp om storting og regjering har oppfylt sin handlingsplikt etter grunnloven § 112 tredje ledd.

De spørsmålene som gjelder «retten» til domstolskontroll, lar jeg for øvrig ligge her.

med styrker og svakheter som må diskuteres, avklares og – ved behov – endres. Liten forbokstav kan gi et lite bidrag til å forstå at grunnloven (også) er jus på omtrent samme måte som forvaltningsloven, straffeloven eller tvisteloven (med liten f, s eller t).

Ordet «prøvingsretten» er altså uegnet som uttrykk for den juridiske realiteten som det skulle beskrive. Likevel er nok denne språkvanen – som mange vaner – vanskelig å endre. Men et enkelt, langt mer dekkende uttrykk ligger for hånden (og er i praktisk bruk) og kan derfor i det minste berettiget et forsøk: Grunnloven § 89 handler rett og slett om *domstolskontroll* med de andre statsmaktene. Etter behov kan uttrykket presiseres til å gjelde kontroll med lover, forvaltningsvedtak eller annet.

En slik terminologi stemmer med uttrykksmåten på språk som er viktige i et komparativt perspektiv, så som engelsk (judicial review) og fransk (contrôle juridictionnel), gjerne supplert med presiseringer som «judicial review of legislation», «... administrative acts» osv. Dette kan i seg selv tale for å betrakte den norske språkvanen med et kritisk blikk. I den følgende vil jeg uansett ordlegge meg i samsvar med den mer dekkende uttrykksmåten.

Domstolskontrollen før 2015: «Formelt» eller «materielt» konstitusjonsbegrep?

Det er full enighet om at domstolskontrollen med lover og forvaltningsvedtak var etablert i Norge lenge før paragrafnummeret 89 i 2015 første gang ble fylt med nytt innhold.³ Uten eksplisitt støtte i grunnlovens tekst skjedde etableringen gjennom rettspraksis, som ble akseptert av de andre statsmaktene, allerede de første årene etter 1814. I de senere år har debatten om denne siden av domstolenes virksomhet stort sett begrenset seg til hvordan kontrollen har blitt utøvd på i den enkelte sak. Ingen hevdet lenger at domstolskontrollen ikke eksisterte eller var illegitim i seg selv, noe som kom svært tydelig til uttrykk i debatten etter at Høyesterett i 2010 hadde satt Stortingets «vilje» ettertrykkelig til side i tre viktige saker.⁴

Spørsmålet om hvordan domstolenes kompetanse til å kontrollere de andre statsmaktene som ledd i sin dømmende virksomhet kunne begrunnes juridisk, har vært noe mer omstridt. Selv tenker jeg at en henvisning til den norske grunnlovens status som positiv rett gjennom to hundreår er fullt tilstrekkelig.⁵ De fleste andre viser til karakteristikken «konstitusjonell sedvanerett».

Spørsmålet om domstolskontrollens juridiske grunnlag før 2020 er nå utelukkende av (retts)historisk interesse. Her vil jeg begrense meg til å berøre et enkelt punkt vedrørende henvisningen til «konstitusjonell sedvanerett». Dette punktet er av interesse uten hensyn til om man tror på denne konstruksjonen eller anser den som uholdbar, slik som jeg.⁶

Det forekommer at innvendingene mot «konstitusjonell sedvanerett» blir tilbakevist med at de hviler på valget av begrep om konstitusjoner, eller – med andre ord – hvilke rettsregler

³ Se nærmere Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret* (1993) og Eirik Holmøyvik og Dag Michalsen, *Lærebok i forfatningshistorie* (2015) kap. 16.

⁴ Rt. 2010 s. (rederiskatt), s. 535 (Opplysningsvesenets fond) og s. 1445 (krigsforbrytelse).

⁵ Jf. Smith (2017) s. 72 f. og andre steder.

⁶ Jf. Smith (2017) kap. III.6.3. Jf. også Eirik Holmøyvik (red.), *Tolkingar av Grunnlova* (2013) kap. 1.

man skal ta med når man f.eks. skriver en lærebok i statsforfatningsrett. Et viktig skille går mellom et formelt og et materielt begrep om konstitusjoner. Som disse betegnelsene selv viser, tar det «formelle» begrepet utgangspunkt i vedtaksform, mens det «materielle» tar utgangspunkt i rettsreglenes innhold («materie») eller – med andre ord – hva de handler om. Hovedtrekkene kan fremstilles slik:

- For å avgjøre hva som skal regnes som konstitusjon i *formell* forstand, må vi se på om den aktuelle rettsregelen er vedtatt i samsvar med formreglene i grunnloven § 121 (eller stammer fra Eidsvoll-grunnloven eller fra de irregulære endringene i november 1814 og i 1905). Dette innebærer at hele grunnloven er konstitusjonell rett, uten hensyn til hva hver enkelt bestemmelse handler om.
- For å avgjøre hva som skal regnes som konstitusjon i *materiell* forstand, trenger vi et kriterium for å avgjøre hva de aktuelle bestemmelsene må handle om. Her har det vært vanlig å legge vekt på om innholdet handler om de øverste statsorganene og deres forhold til borgerne. Det spiller ingen rolle om bestemmelsene figurerer i eller utenfor grunnloven.

De to begrepene er direkte knyttet til spørsmålet om de aktuelle bestemmelsenes plass i rettsregelhierarkiet, som i sin tur er grunnlaget for lex superior-prinsippet: Alle vedtak som er truffet i samsvar med kravene i grunnloven § 121, har grunnlovs rang rett og slett i kraft av sin form. Det samme gjelder deler av den «materielle» konstitusjonen. Men formelt vil mange av de sistnevnte ha samme trinnhøyde som formell lov (f.eks. ansvarlighetsloven, prosesslovgivningen vedrørende Høyesterett eller forvaltningsloven), ordinære stortingsvedtak (f.eks. Stortingets forretningsorden, jf. grunnloven § 66) eller annet.

Selv tar jeg utgangspunkt i et formelt konstitusjonsbegrep (som selvsagt må suppleres med kunnskap om andre regler og forhold for å kunne forstå hvordan statslivet fungerer). Et slikt utgangspunkt er ikke bare entydig, det bidrar også til å feste oppmerksomheten ved det politiske eller samfunnsmessige hovedpoenget om at konstitusjonen *bind*er den politiske handlefriheten som ellers tilkommer det alminnelige flertall i Stortinget.⁷

I motsetning til dette er det, med et «materielt» konstitusjonsbegrep, i stor grad opp til forfatteren selv å bestemme hvilke deler av «konstitusjonen» som skal tas med; skal f.eks. menneskerettsloven med alle tilhørende traktater, alle sider av Stortingets forretningsorden eller forvaltningsloven, som jo gjelder også for regjeringen og departementene, tas med? I så fall vil faget «statsforfatningsrett» ikke bare ese ut over alle rimelige proporsjoner. Det vil heller ikke være egnet til å sikre at forholdet mellom politisk handlefrihet og de grenser for den som følger av konstitusjonelle regler, den oppmerksomheten det fortjener.

Hvordan passer konstruksjonen «konstitusjonell sedvanerett» inn i dette bildet? De siste årene har det noen ganger vært hevdet at et formelt konstitusjonsbegrep slik det er presentert ovenfor, står i veien for å inkludere mulig sedvanerett av grunnlovsrang;

⁷ Jf. Smith (2017) kap. II.4.

sedvanerett er jo ikke formelt vedtatt (og dermed slett ikke etter reglene i grunnloven § 121). Ved hjelp av et materielt begrep, vil problemet – hevdes det – falle bort.⁸

Dette må imidlertid bygge på en misforståelse av begge begreper slik de gjerne har vært benyttet i Norge. For det formelle konstitusjonsbegrepet har spørsmålet om hvordan «konstitusjonell sedvanerett» kan forlikkes med et krav om vedtak i en bestemt form, tradisjonelt vært løst ved å legge til at vedtak etter grunnloven § 121 i alle fall er nødvendig for å *endre eller oppheve* noe som antas å følge av sedvanerettslige regler med samme rang i regelhierarkiet som grunnloven selv.⁹ Det er jo nettopp en slik status som er poenget med «konstitusjonell sedvanerett» (og som gjør forestillingen om slike rettsregler omstridt).

Det materielle konstitusjonsbegrepet som det blir vist til som alternativ, er derimot uegnet som «løsning» på dette problemet: Det forteller jo bare at en mulig sedvanerettsregel *handler* om de høyeste statsorganene osv. Men dette sier ikke noe i seg selv om de aktuelle reglenes rang som grunnlov, vanlig lov eller annet. Det materielle konstitusjonsbegrepet sier altså ikke noe om hvorvidt en rettsregel er «konstitusjonell» eller bare har status som vanlig lov som *ikke* binder det alminnelige politiske flertallet.

Siden 1920-talet har det f.eks. vært fast praksis at regjeringa konsulterer Stortingets utvidete utenriks- og forsvarskomite før den tar viktige avgjørelser på utenriksområdet. Det har derfor vært hevdet at regjeringa har en plikt av konstitusjonell sedvanerettslig karakter til å konsultere i slike saker. Men bestemmelsen om slik konsultasjon går jo bare frem av Stortingets forretningsorden § 16, som ikke selv kan gjøre krav på status som formell konstitusjon; den kan jo endres med alminnelig flertall, jf. grunnloven § 66. Ifølge forretningsordenen er det attpåtil tasle om en «bør»-regel, ikke om en plikt («skal»)¹⁰. Dersom regjeringa unnlater å konsultere i samsvar med denne «regelen», er det altså bare en rekonstruering som «konstitusjonell sedvanerett» som kan etablere et brudd på «konstitusjonelle plikter» i relasjon til bestemmelsene om Riksrettens enekompetanse i grunnloven § 86.

Grunnlovfesting av «konstitusjonell sedvanerett» som program

Den versjonen av grunnloven § 89 som ble vedtatt i 2015, ble forberedt sammen med den reformen som førte frem til vedtakelsen av et eget kapittel E om menneskerettigheter til grunnlovens 200-års jubileum i 2014. Noen av de nye bestemmelsene (i del E og annetsteds) hadde som formål å kodifisere enkelte regler som ikke tidligere hadde kommet til uttrykk i formelle vedtak, men som likevel var antatt å gjelde. Bestemmelsen om domstolskontroll var av denne typen.

Denne oppryddingen bør sees i sammenheng med riksrettsreformen i 2007. Den ga oss blant annet § 15 om parlamentarismens negative kjerne (regjeringens plikt til å søke avskjed hvis Stortinget vedtar mistillit) og § 82 om regjeringens opplysningsplikt overfor Stortinget.

⁸ Benedikte Moltumyr Høgberg, *Statsrett. Kort forklart*, 3. utgave (2020) s. 15-16. – Ida Marie Andenæs Galtung, *Med høyeste befaling* (2020) bygger på et tilsvarende syn (s. 124), og synes å mene at bruk av et «materielt» begrep om konstitusjoner gjør «konstitusjonell sedvanerett» mulig.

⁹ Jf. Smith (2017), se f.eks. s. 129.

¹⁰ Jf. Eirik Holmøyvik, «Bruk av norske styrkar utanfor Noreg – Statsrettslege utfordringar i fortid og notid», *Jussens venner* 2012 s. 184-215.

En viktig side av tankegangen bak den sistnevnte reformen var at en slik mindre politisk, mer «rettsliggjort» riksrettsinstitusjon som den førte frem til, ikke burde dømme på grunnlag av «konstitusjonelle» rettsregler som Stortinget ikke selv hadde vedtatt i dertil foreskrevet form. Ledende politikere så det i stedet som ønskelig å møte grunnspørsmålet om *hvem* som legitimt kan binde den lovgivende makt, ved å «ta makta tilbake»: I stedet for å bygge på (påstander om) «konstitusjonell sedvanerett», skulle de «konstitusjonelle plikter» som danner utgangspunktet for Riksrettens virksomhet (se § 86), vedtas av Stortinget selv etter reglene om grunnlovsendring.

2014-bestemmelsene om friheten til på danne, delta i mv. politiske partier (§ 101 første ledd)¹¹ og om det såkalte legalitetsprinsippet (§ 113) kan med fordel betraktes som nye skudd på den samme stammen. Etter at arbeidet med § 89 om domstolskontrollen nå er fullført, er det ikke lenger noe behov for å bygge på forestillinger om «konstitusjonell sedvanerett».¹² Ikke bare spørsmålet om hvordan domstolskontrollen med lover mv. kunne begrunnes, men også selve forestillingen om sedvanerett av konstitusjonell rang, er nå mest av rettshistorisk interesse.

Ny grunnlovsbestemmelse (2015)

Som nevnt ble 2015-versjonen av grunnloven § 89 forberedt som et ledd i den langt bredere 2014-reformen. Jubileumsformålet ble aksentuert ved at forslaget først ble vedtatt til 200-årsdagen for Høyesteretts virksomhet i 2015.

Forslaget tok som utgangspunkt sikte på å kodifisere noe som allerede gjaldt. Likevel var det til dels omstridt. Dette skyldtes ikke minst en viss frykt for at bestemmelsen ville kunne gi grunnlag for argumentasjon til fordel for mer omfattende eller «aktivistisk» domstolskontroll med lover enn vi stort sett har vært vant med i Norge. Selv forsøkte jeg – forgjeves – å vinne gehør for noen innvendinger av mer teknisk karakter.

Slik den ble vedtatt i 2015, lød bestemmelsen slik:

«I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven.»

Etter ordlyden var bestemmelsen altså begrenset til kontroll med de andre statsmaktenes respekt for grunnloven i saker som bringes inn for domstolene. Domstolskontrollen med at forvaltningen holder seg innenfor lovens grenser (legalitetskontrollen) ble ikke nevnt. Denne begrensningen ble visstnok valgt fordi det stemte best med det saksforberedende Lønningutvalgets mandat (som gjaldt grunnlovsreform).¹³ Mandatet for et utvalg som avga rapport i

¹¹ Tanken om at det her skulle være tale om en form for «konstitusjonell sedvanerett» kom til uttrykk i en ubegrunnet bisetning hos førstvoterende i Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus).

¹² Jf. Smith (2017) s. 132 med videre henvisninger til Boe og Sejersted. Jf. tilsvarende i Holmøyvik (red.), *Talkingar av Grunnlova* kap. 1.

¹³ Jf. Dokument 16 (2011–2012) pkt. 14.4.1 og 14.5.

2012, har imidlertid liten vekt for andre som vil vurdere hvilke grunnlovsbestemmelser som tjener oss best i 2020 og videre fremover. I dette tilfellet førte den til at den av de to formene for domstolskontroll som praktisk sett er viktigst, falt utenfor bestemmelsen.

Ifølge ordlyden var kontrollen også begrenset til «statens myndigheter». Dette skulle naturligvis ikke forstås slik at f.eks. kommunene ukontrollert kunne bryte grunnloven. Men på samme måte som for det tilsvarende uttrykket i flere rettighetsbestemmelser i grunnloven del E kunne formuleringen kanskje misforstås.

En viktigere innvending var at bestemmelsen tilsynelatende åpnet for *abstrakt* kontroll med lovgivningen. Ifølge ordlyden var det jo «lover», ikke (også) anvendelsen av dem i den enkelte sak (*konkret* kontroll), som domstolene hadde kompetanse og plikt til å kontrollere.

Uavhengig av eventuelle partipolitiske implikasjoner er skillet mellom abstrakt kontroll med loven som sådan og kontroll med hvordan den har vært anvendt i den i den enkelte sak, av interesse blant annet fordi den førstnevnte nærmest per definisjon er av politisk karakter: Det å fastsette normer som skal gjelde generelt i samfunnet, er en særlig form for å vedta lover. «Abstrakt» kontroll med lover innebærer nettopp at domstolen, generelt og med bindende virkning overfor alle, bestemmer hvordan grunnloven skal forstås.

I et komparativt perspektiv er dette skillet av stor interesse, blant annet fordi det hjelper oss til å forstå viktige trekk ved kontrollen ved henholdsvis ordinære domstoler (som hos oss) og ved spesialiserte konstitusjonsdomstoler (som i svært mange land utenfor Norden, men *ikke* USA).¹⁴ Et komparativt blikk kan samtidig hjelpe oss til å få bedre øye på særtrekk ved våre egne institusjoner og virksomheten der.¹⁵

Skillet mellom abstrakt og konkret kontroll har ikke tidligere vært felleseie i juridiske kretser i Norge. I 2020 ble terminologien likevel bragt inn i den norske offentligheten. Dette skjedde i forbindelse med en sak om hvorvidt foreningen «Nei til EU» har krav på at domstolene avgjør om samtykke til å gjøre visse EU-rettslige normer om energimarkedet til norsk rett, skulle ha vært gitt av Stortinget etter grunnloven § 115 med 3/4 flertall, ikke bare med alminnelig flertall etter § 26 andre ledd.¹⁶

I denne omgang er ikke spørsmålet om grunnlovsstrid på agendaen. I stedet gjelder den nå bare spørsmålet om «rettslig interesse»: Søksmålet i den såkalte ACER-saken er avvist i de to første rettsinstansene fordi foreningen ikke kunne påvise «et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte» (tvistel. § 1-3 andre ledd jf. § 1-4). Lagmannsrettens avvisning av saken ble påanket og er nå henvist til Høyesterett i plenum.¹⁷ Det springende spørsmålet er om Nei til EU har krav på at domstolene avgjør om tilslutningen til ACER er i strid med grunnloven selv om det ikke på noen måte berører rettsstillingen til foreningen eller dens

¹⁴ Se nærmere i Smith (2017) kap. VII.4.

¹⁵ Se f.eks. Eivind Smith, «Er Høyesterett en konstitusjonsdomstol?», *Jussens Venner* 2017 s. 98-221.

¹⁶ Se f.eks. <https://rett24.no/articles/acer-saken-skal-plenumsbehandles> (besøkt 04.11.2020).

¹⁷ HR-2020-1274-U og HR-2020-1749-J.

medlemmer direkte. Hvis Høyesterett kommer til at svaret er ja, innebærer det åpning for – nettopp – en form for *abstrakt* kontroll.

Kodifisering av eksisterende rettstilstand?

Forståelsen av § 89 som kodifisering av eksisterende, «uskreven» rett, gir grunn til å spørre om den versjonen som ble vedtatt i 2015, stemte med den rettstilstanden som allerede var etablert: Var det tale om grunnlovfesting av eksisterende «konstitusjonell sedvanerett»?

Når det gjelder ordlydens åpning for abstrakt kontroll med lover, er svaret åpenbart nei: Den formen for domstolskontroll som gjennom lang tid har utviklet seg i Norge, gjelder den måte lovgivningen er eller vil bli *anvendt* på i den enkelte sak. Dette innebærer også at kontrollen som hovedregel er etterfølgende (*ex post*) og at resultatet har formelle rettsvirkninger bare mellom partene i saken (*inter partes*), ikke generelt overfor oss alle (*erga omnes*).¹⁸

Den viktigste innvendingen mot bestemmelsen var ellers at den bare delvis reflekterte den rettsoppfatning om domstolskontroll med lover og forvaltningsvedtak som allerede var etablert. Dette gjelder ikke minst den ufullstendige kodifiseringen av domstolskontrollen med forvaltningen: Til tross for at kontrollen med at forvaltningen holder seg innenfor grensene av ordinær lov (legalitetskontrollen) er langt viktigere i praksis enn kontrollen med vedtak av Stortinget selv, var den holdt utenfor § 89 slik den lød etter vedtaket i 2015.

Sett i lys av det ovenfor nevnte «programmet» om å «ta makta tilbake» til Stortinget, kunne dette gi grunn til å tolke bestemmelsen utvidende på dette punkt, slik at den – tross en gjenstridig ordlyd – dekket helheten i den viktige rettssikkerhetsgarantien som domstolskontrollen utgjør.¹⁹ På samme måte som for et par av de andre momentene som allerede er berørt i denne artikkelen, var det imidlertid ikke spørsmål om noe annet enn hvordan domstolskontrollens rettslige grunnlag best skal konstrueres. Nevneverdig praktisk betydning har spørsmålet ikke. Dette skyldes blant annet at kartleggingen av de mange spørsmål som alltid kan reise seg vedrørende domstolskontrollens nærmere utforming, i alle fall må skje i lys av statspraksis slik den har utviklet seg gjennom de siste 200 år.

Ny grunnlovsbestemmelse (2020)

Et forslag om endring i grunnloven § 89 (i flere varianter) ble fremmet i 2016.²⁰ Den av variantene som ble grunnlovfestet ved stortingsvedtak 14. mai 2020, lyder slik:

¹⁸ For visse praktisk pregede reservasjoner på begge punkter, se de relevante deler av reksten i Smith (2017) kap. VII.4.

¹⁹ Jf. Smith (2017) s. 270.

²⁰ Dokument 12:19 (2015-2016). – Både grunnlovsforslagene og begrunnelsen for dem var i det vesentlige skrevet av meg.

«I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om det strider mot Grunnloven å anvende en lovbestemmelse, og om det strider mot Grunnloven eller landets lover å anvende andre beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet.»

Flere elementer følger med fra den versjon av paragrafen som ble vedtatt i 2015. Dette gjelder påminnelsen om at kontrollen ikke initieres av domstolene selv, men trer i kraft bare i «saker som reises» av andre. Det gjelder også påminnelsen om at domstolene i slike saker har både kompetanse («rett») og «plikt» til å kontrollere. Dessuten inneholder den fortsatt prefikset i uttrykket prøvingsrett («prøve»): Men ordvalget på dette punkt binder oss selvsagt ikke til å bruke ordet «prøvingsrett» for å betegne denne viktige delen av forholdet mellom statsmaktene (se ovenfor).

Andre elementer er nye. Det viktigste er at ikke bare kontrollen med av de to andre statsmaktene respekterer grunnloven, men også kontrollen med at forvaltningen respekterer lovgivningen (legalitetskontrollen), nå er tatt med.

Ordet «lovbestemmelse» i første bisetning kan ikke tas helt bokstavelig; det sier seg selv at også skattevedtak og andre stortingsvedtak som kan påberopes for domstolene, må holde seg innenfor grunnlovens grenser. Det samme gjelder uttrykket «landets lover» i andre bisetning; domstolene kan selvsagt også påse at forskrifter mv. som beslutningsorganet er bundet av og som kan påberopes for domstolene, blir respektert.

Siden kontrollen på det sistnevnte punktet gjelder «under utøving av offentlig myndighet», er det virksomhetens art som er avgjørende, ikke hvem som utøver den. På denne måten gjør bestemmelsen det klart at både statsforvaltningen, kommunene og andre som utøver slik myndighet, kommer med. Tolkningen er ikke bundet av legaldefinisjoner av uttrykket «utøving av offentlig myndighet» som den vi finner i forvaltningsloven § 2.²¹

Etter endringen i 2020 reflekterer grunnloven § 89 domstolskontrollen med både lover og forvaltningsvedtak slik den har vokst frem gjennom 200 års konstitusjonell historie i Norge, i langt større grad enn etter paragrafens ordlyd slik den ble vedtatt i 2015. Ordlyden bidrar til å gjøre det klart at det fortsatt er tale om kontroll med at forvaltningen holder seg innenfor de rettslige grensene som gjelder for virksomheten; det er her tale om det vi gjerne omtaler som legalitetskontroll.

Det forekommer at lovgivningen blir tolket slik at enkelte elementer i en avgjørelse er overlatt til forvaltningens eget skjønn. I så fall må grensen mellom legalitet, der domstolene har det siste ord, og skjønn som overlatt til forvaltningen selv, trekkes på grunnlag av den praksis som har utviklet seg gjennom en årrekke forut for grunnlovsendringen i 2020.²²

Domstolene må selvsagt påse at omstridte vedtak ikke bare har tilstrekkelig hjemmel (jf. grunnloven § 113), men også at de ligger innenfor de grensene for kompetansen som følger

²¹ Jf. nærmere Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg. (2018) kap. 16 II 3.

²² Jf. Eckhoff og Smith (2018) kap. 24.

av lov og rett: Prinsippet om *lovbundet forvaltning* er et av det konstitusjonelle demokratiets grunnleggende elementer.²³

Nytt er det også at kontrollen med den lovgivende makt er konkret, eksplisitt angis som konkret, i den forstand at det spørsmål domstolene skal besvare, er «om det strider mot Grunnloven å anvende en lovbestemmelse» i vedkommende sak. Paragrafens ordlyd åpner ikke lenger for å utvikle domstolskontrollen med lover i retning av abstrakt kontroll med lovbestemmelser som sådan, slik som ordlyden i 2015-versjonen av § 89 («lover», se ovenfor). Denne siden av saken ble understreket både i stortingskomiteens innstilling om saken og under debatten i Stortinget 14. mai 2020. I komiteinnstillingen viser flertallet til

«at det kan være behov for å klargjøre at det ikke er loven som sådan som er gjenstand for domstolenes kontroll, slik ordlyden kunne tyde på. Slik «abstrakt kontroll» er et typisk kjennetegn ved spesialiserte konstitusjonsdomstoler som man i dag finner i mange stater i og utenfor Europa. Flertallet peker på at det norske systemet for domstolskontroll har rettet seg mot lovens anvendelse i den enkelte sak («konkret kontroll»), og at det utvilsomt var dette Stortinget tok sikte på å grunnlovfeste da dagens § 89 ble vedtatt. Lovtekstens presisering på dette punkt har som hensikt å unngå at domstolskontrollen utvikles i en retning som både er fremmed for norsk rettstradisjon og for forholdet mellom domstoler og dagens politikk.»²⁴

Uttalelsen må anses som representativ for flertallets syn også under stortingsdebatten. Poenget forsterkes av at det ikke er noe som tyder på at mindretallets motstand mot grunnlovsendringen var begrunnet i et ønske om å underbygge mulige tendenser til abstrakt domstolskontroll med lover.

Det er verdt å merke seg komiteflertallets bemerkning om at hensikten med å endre § 89 ikke var å endre det meningsinnholdet som Stortinget hadde lagt inn i 2015-versjonen på dette punkt, men å korrigere en ordlyd som ville kunne gi grunnlag for argumentasjon til fordel for å utvikle domstolskontrollen i Norge i retning av abstrakt kontroll. Dette vil kunne skje f.eks. som følge av en videre utvidelse av søksmålskompetansen i retning av saker av prinsipiell karakter, særlig i saker som blir anlagt av interesseorganisasjoner som ikke selv er særskilt berørt av foreliggende eller imminente vedtak. Presiseringen kan også forstås i lys av den understrekning av Høyesteretts rettsutviklende rolle som noen ganger har skjedd både fra domstolen selv og fra artikkelskrivende enkeltdommere.

Det er ingen grunn til å forstå klargjøringen om at paragrafen stenger for abstrakt kontroll, som noen form for markering av motstand mot at Høyesterett spiller en rolle som prejudikatinstans. En slik rolle følger jo ikke av hvordan saksøkerne formulerer de spørsmål som de krever domstolenes avgjørelse av (abstrakt eller konkret, se ovenfor), men følger av Høyesteretts oppgave med å bidra til rettsenhet og til likhet for loven. Det er i og for seg

²³ Om «lovbundet forvaltning» som felleseuropeisk krav, jf. Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* s. 342. Se også Graver, *Forvaltningsrett*, 5. utg. (2019) s. 79.

²⁴ Innst. 258 S (2019-2020).

klart at en streng prejudikatlære innebærer en viss adgang til å definere generelle normer som skal følges i fremtiden (inntil de eventuelt blir endret eller opphevet ad politisk vei). Men noen streng prejudikatlære har vi aldri hatt i Norge.²⁵ Hos oss er det snarere tale om å tillegge sentrale høyesterettsdommer og nøkkelformuleringer i domspremissene, den vekt i senere juridisk argumentasjon som de måtte fortjene. I alle tilfelle vil det fortsatt være opp til domstolene – særlig Høyesterett – selv å forme sin vei innenfor de grensene som følger av grunnloven § 89 og andre regler.

«Forsøk på grunnlovsendring»?

I stortingsmøtet 14. mai 2020 ble flertallsinnstillingen om endring i grunnloven § 89 vedtatt med 79 mot 36 stemmer. Det var altså 115 stortingsrepresentanter som avga stemme. Stortinget har 169 medlemmer (§ 57). Ifølge grunnloven § 73 kan grunnlovsforslag bare behandles dersom minst to tredjedeler av medlemmene er til stede. To tredjedeler av 169 er 113. Vi kan altså slå fast at *quorum* for å treffe grunnlovsvedtak var tilfredsstilt 14. mai 2020, da flere saker om grunnlovsendring ble behandlet og 115 stortingsrepresentanter avga stemme.

Ifølge grunnloven § 121 kan vedtak om grunnlovsendring bare treffes med tilslutning av to tredjedeler av de stortingsrepresentantene som avgir stemme. To tredjedeler av de 115 stemmene som ble avgitt, er 77. Ettersom 79 stemmer ble avgitt for å endre grunnloven § 89, kan vi altså slå fast av også det kvalifiserte flertallskravet var tilfredsstilt 14. mai 2020. At mindre enn en tredjedel (36) stemte imot, gir seg da selv.

At det er nødvendig å gjennomgå slike enkle fakta, skyldes påstander fra enkelte jurister om at grunnlovsendringen strengt tatt er ugyldig (eller i alle fall svært tvilsom) av rent formelle grunner. I dagspressen ble slik tvil luftet allerede kort tid etter at vedtaket var truffet; den hadde «fått studenter og professorer til å lure på om endringen i det hele tatt er gyldig». Undringen skyldtes visstnok at «unødvendige smittevernpålegg» hadde ført til at endringen var vedtatt «med et koronasvekket antall representanter i salen».²⁶

Nyutgaven av en lærebok som er autorisert for juridiske studenter ved Universitetet i Oslo, tar tankegangen helt ut: «Domstolenes prøving av lovlighet av forvaltningsvedtak [...] ble forsøkt grunnlovsfestet gjennom en endring i Grl. § 89 den 14. mai 2020».²⁷ Det følger av sammenhengen at dette «forsøket» ikke var vellykket: endringen lider nemlig «av slike

²⁵ Dette kommer klart frem ikke minst gjennom sammenligning med engelsk rett, jf.» Svein Eng, «The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law – Some Common and Specific Features», *Scandinavian Studies in Law*, bind 39 (2000) s. 275-324. Se også Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk tenkemåte og metode* (2019) s. 269 f.

²⁶ Anine Kierulf, Tar Stortinget litt lett på endringer i Grunnloven? Det er grunn til å klø seg i hodet. *Dagens Næringsliv* 30. mai 2020.

²⁷ Høgberg (2020) s. 25, jf. s. 98 («overraskende forsøkt endret») og s. 99 («forsøkene på å skrive domstolenes prøvingsrett inn i grunnloven»).

formfeil at den nye § 89 må antas å være ugyldig, til tross for at den er inntatt i lovsamlingen».²⁸

Hvilken begrunnelse anføres for et slikt syn? At vedtaket ble truffet «med knappst mulig grunnlovsmargin»²⁹ kan ikke være avgjørende i seg selv. Under formelle avstemninger er det jo flertallet – uansett størrelse – som avgjør. Svaret ser i stedet ut til å ha sammenheng med korona-situasjonen våren 2020:

«[...] den siste tredjedelen av Stortingets representanter ble nektet adgang til stortingssalen. De siste representantene fikk altså ikke anledning til å oppfylle sine konstitusjonelle rettigheter som stortingsrepresentanter.»³⁰

Dette gir nærmest inntrykk av at stortingsrepresentanter som ønsket å stemme mot forslaget, ble nektet adgang til stortingssalen. Men en slik antagelse er det intet grunnlag for. For å forstå situasjonen, er vi bedre tjent med først ta et skritt tilbake og minne om at Stortinget – uavhengig av smitteverntiltak – bare sjelden avgjør en sak etter en avstemning der alle medlemmene deltar. I praksis er det langt mer vanlig at stemmetallene reflekterer deltagelse ned mot grunnlovsfestet quorum for vedkommende sak (halvparten eller to tredjedeler). Dette er mulig gjennom rutinemessig «innbytte» som innebærer at partienes «innpiskere» sørger for å bevare den politiske balansen selv når salen er bare halvfull eller (altså) to tredjedels full. Stortingsrepresentantene er i stedet opptatt på annet hold, f.eks. på reise. I denne forstand var det ikke noe ekstraordinært med stemmetallene 14. mai 2020.

I mai 2020 kom smittevernsituasjonen i tillegg. Men dette innebar ikke noe «forbud» mot å delta, bare en anmodning om å redusere den fysiske deltakelsen i Stortingets virksomhet som tiltak mot smittespredning. Det var – og er – rett og slett tverrpolitisk enighet om at bare 87 av de 169 representantene til enhver tid bør være til stede ved møtestart og ved votering, men da selvsagt med samme styrkeforhold som når salen er fullsatt.

At det ikke er tale om noe forbud, ble tydelig illustrert et par uker senere: I en vanlig lovsak som avgjøres uten noe krav om kvalifisert flertall, krevde Kristelig folkeparti avstemning med navneopprop uten «innbytte». Av hensyn til smittevern fant presidentskapet at voteringen ikke kunne gjennomføres før det var installert plexiglass mellom setene i stortingssalen. Deretter ble bioteknologiloven tirsdag 26. mai vedtatt med 120 mot 49 stemmer, rett til assistert befruktning for enslige med 89 mot 80 stemmer mv.³¹

Ingen stilte tilsvarende krav (enn si hamret på dørene) ved behandlingen av forslaget om endring i grunnloven § 89. Dette har heller ikke skjedd i andre saker siden korona-tiltakene satte inn. Om vedtaket likevel skulle anses som ugyldig, måtte vel konsekvensen være at samtlige stortingsvedtak (bortsett fra de bioteknologi-relaterte vedtakene 26. mai 2020) i

²⁸ Høgberg (2020) s. 98.

²⁹ Samme sted.

³⁰ Samme sted.

³¹ <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2019-2020/refs-201920-05-26?m=27#2020-05-26-13>

den perioden da et mindretall av Stortingets medlemmer har blitt «nektet» å delta, er ugyldige? Noe slikt ville imidlertid ha nærmest uoverskuelige konsekvenser. Derfor er det nok bra at ingen heller synes å ha foreslått noe slikt.

I forlengelsen av argumentasjonen om at dagens ordlyd i § 89 bare representerer et mislykket «forsøk» på grunnlovsendring, kommer det frem at bestemmelsen kanskje likevel må legges til grunn som bindende rett. Begrunnelsen er at «de alminnelige domstolene mangler kompetanse til å prøve nettopp gyldighetsspørsmålet av grunnlovsendringer, siden det her ikke lenger er tale om lovens grunnlovsmessighet, men grunnlovsendringers grunnlovsmessighet». Derfor har «rettslige paradokser og uklarheter [...] hopet seg opp i relasjon til forsøkene på å skrive domstolenes prøvingsrett inn i Grunnloven».³²

En slik argumentasjon overser imidlertid skillet mellom kontroll med om en grunnlovsendring etter sitt *innhold* bryter med grunnlovens «ånd» og «prinsipper» (jf. grunnloven § 121), og kontroll med om en påstått grunnlovsendring overhodet fortjener sitt navn hvis sentrale *formreglene* ikke er fulgt (f.eks. fordi kravet om to tredjedels flertall ikke er oppfylt). I Norge er det antagelig enighet om at det ikke er opp til domstolene å prøve innholdet av grunnlovsendringer som er vedtatt på formelt korrekt vis. Annerledes er det med alvorlige formfeil; vi må jo kunne stole på at «grunnlovsendringer» faktisk er det de gir seg ut for.³³ Men hvem som skulle ønske (og ha rettslig interesse til) å reise sak om grunnlovsmessigheten av grunnloven § 89 slik den nå lyder, er ikke lett å se.

At det nærmere innholdet av domstolskontrollen med lover og forvaltningsvedtak etter grunnloven § 89 må avklares i lys av statspraksis gjennom de siste 200 år,³⁴ er det derimot enighet om. Dette stemmer rett og slett med vedtakets formål, som var kodifisering slik at det som allerede gjaldt på dette området, kom til syne i grunnlovens tekst og kan leses også av menigmann. Formålet var nettopp ikke å skape ny rett.

Sluttord

Grunnlovsendringen i mai 2010 må sees i lys av uklarheter i den versjonen av § 89 som ble vedtatt i 2015, ønsket om å gi også domstolskontrollen med forvaltningsvedtak et adekvat uttrykk i grunnlovens tekst, «programmet» om å «ta makta tilbake» til Stortinget ved å helt å fjerne behovet for å vise til (påstander om) «konstitusjonell sedvanerett», og ønsket om en grunnlov som uten for mange omveier kan leses av «folk flest».

Litt overraskende utløste den nye versjonen av § 89 likevel hissig debatt de siste ukene før saken ble avgjort i Stortinget. Motstanden startet med et innspill fra Nasjonal institusjon for menneskerettigheter (NIM). Dette var – og er – overraskende ikke minst fordi ingenting i

³² Høgberg (2020) s. 99.

³³ Se nærmere i Smith (2017) kap. VII 8.

³⁴ Høgberg (2020) s. 99 (siste setning for 5.2.2 – riktignok gjennom omveien «konstitusjonell sedvanerett»).

2020-vedtaket truer vernet for menneskerettigheter i annen eller større grad enn den ordningen for domstolskontroll med lover og forvaltningsvedtak som vi lenge hadde hatt.³⁵

Selv forsto jeg aldri hovedtyngden av de argumentene mot forslaget som ble gjort gjeldende av NIM og andre.³⁶ Intensiteten i debatten var uansett vanskelig å forstå. Heldigvis kan det nok tenkes at opphisselsen etter hvert vil dø hen: «Juridisk er ingen skade skjedd. Begge prøvingsrettene³⁷ gjelder uansett, og vil antagelig fortsette som før.»³⁸

I sin nye språkdrakt reflekterer § 89 det veletablerte systemet for domstolskontroll med lover og forvaltningsvedtak på en alt i alt god og dekkende måte. Teksten løser slett ikke alle spørsmål; det er jo slikt vi har dommere og andre jurister til. Men den er i det minste egnet til å gi «folket» et godt inntrykk av hva dets egen grunnlov bestemmer om spørsmål som de fleste er enige om den prinsipielle betydningen av. Både «menigmann» og vi andre slipper dessuten å starte behandlingen av disse spørsmålene med noen ord om hvordan domstolenes kompetansen (og plikt) til å kontrollere de andre statsmaktene, egentlig skal begrunnes rent juridisk; heretter holder det jo å vise til grunnloven § 89.

Vi må derfor kunne avslutte med å fastslå at domstolskontrollen med de andre statsmaktene omsider har fått et dekkende uttrykk i grunnloven selv.

³⁵ Innvendingene oppsummeres i mindretallet bemerkninger i innstillingen fra kontroll- og konstitusjonskomiteen (Innst. 258 S, 2019-2020).

³⁶ NIMs opprinnelige utspill og noen «randbemerkinger» som jeg utarbeidet etter anmodning fra komiteen, er publisert som vedlegg til komiteinnstillingen, se <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/innstillinger/stortinget/2019-2020/inns-201920-258s.pdf> (besøkt 7. november 2020).

³⁷ Sikter til domstolskontrollen med henholdsvis lover og forvaltningsvedtak (min anmerkning).

³⁸ Kierulf (2020).