

STORTINGET OG HØYESTERETTS BETENKNINGER

En foreldet kobling mellom rett og politikk?

CHRISTOFFER C. ERIKSEN

Førsteamanuensis, Institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo

Sammendrag

Grunnloven § 83 gir Stortinget adgang til å innhente Høyesteretts betenkning om juridiske emner. Bestemmelsen ble anvendt flere ganger i tiårene etter 1814, og to ganger på 1900-tallet, sist i 1945. Fra slutten av 1980-tallet har det vært fremsatt flere forslag på Stortinget om å innhente Høyesteretts betenkning om ulike juridiske spørsmål, men alle har blitt nedstemt. Bakgrunnen for at det igjen er tatt initiativ til å innhente betenkninger fra Høyesterett har vært mistanker om at enkelte av regjeringens forslag til stortingsvedtak ikke kan bifalles uten å krenke Grunnloven. Det har i ettertid blitt klart at mistankene mot noen av forslagene har vært særdeles godt begrunnet. Sakene viser at det er et behov for en styrking av den konstitusjonelle forhåndskontrollen av de vedtak som Stortinget fatter. Analyse av Grunnloven § 83 kan bidra til å klargjøre om Høyesterett er et egnet organ til å bidra til en slik forhåndskontroll, slik Grunnloven åpner for. På denne bakgrunn presenterer denne artikkelen en ny analyse av Grunnloven § 83, Stortingets anvendelse av bestemmelsen, og særtrekk ved de betenkninger Høyesterett har avgitt til Stortinget, som også ser bestemmelsen i historisk og komparativt lys.

INNHOLDSFORTEGNELSE

1. En sjeldent brukt kobling mellom rett og politikk	2
2. Behov for styrket konstitusjonell forhåndskontroll – et grunnlag for gjenoppliving av Grunnloven § 83?	5
3. Forfatnings- og idéhistorisk bakgrunn	8
4. Tilblivelsen av Grunnloven § 83	12
5. Konstitusjonell kontroll utenom konkrete rettstvister – et komparativt blikk	14
5.1 Oversikt	14
5.2 Kontrollelementer i Grunnloven § 83	14
5.3 Norden	15
5.4 Europa	18
5.5 Utenfor Europa	22
5.6 Folkerettslige mekanismer	24
5.7 Oppsummering	25
6. Adgangen til å innhente betenkninger og betenkningenes rettsvirkninger	26
7. Prosessformen for Høyesteretts betenkninger til Stortinget	29
8. Stortingets innhenting av betenkninger fra Høyesterett	31
8.1 Oversikt	31
8.2 Beslutninger om å innhente Høyesteretts betenkninger	32
8.3 Historisk bakgrunn for beslutninger om å innhente Høyesteretts betenkninger	34
9. Nedstemte forslag om å innhente Høyesteretts betenkninger	38
9.1 Oversikt	38
9.2 Forslag om å innhente Høyesteretts betenkninger	39
9.3 Stortingsflertallets argumenter mot å innhente Høyesteretts betenkninger	42
10. Grunnloven § 83 – fortsatt foreldet?	50

1 En sjelden brukt kobling mellom rett og politikk

Den norske forfatningen gir lovgivende makt anledning til å innhente betenkninger fra den dømmende makt, om juridiske emner. Adgangen til å innhente betenkninger fremgår uttrykkelig av Grunnloven § 83. Denne

bestemmelsen tilhører den forholdsvis lille gruppen av norske grunnlovsbestemmelser som har stått nærmest uforandret i årene etter 1814.¹

I løpet av 200 år har Stortinget innhentet Høyesteretts betenkninger om minst ni juridiske emner. Selv om det dreier seg om ulike emner, har flere av dem det til felles at de handler om tolking av Grunnloven. Det er innhentet fem betenkninger som uttrykkelig gjelder spørsmål om det vil være i strid med Grunnloven at Stortinget treffer vedtak med et visst innhold. Ved de tilfeller Grunnloven § 83 har blitt anvendt, har Stortinget avventet betenkningene fra Høyesterett før det er truffet vedtak om de emner betenkningene gjelder. Flere av Høyesteretts betenkninger har der-ved blitt innhentet som ledd i en forhåndskontroll av om forslag fremsatt for Stortinget kan vedtas, uten å krenke Grunnloven.

Selv om Høyesterett, ved å avgi betenkninger, har utøvet konstitusjonell forhåndskontroll i flere saker, er det lenge siden Stortinget har involvert Høyesterett i forhåndskontrollen. Etter 1857 har Stortinget kun innhentet to betenkninger fra Høyesterett, sist gang i 1945. I dag er det andre mekanismer som benyttes for å utøve konstitusjonell forhåndskontroll. Dette kan tyde på at Grunnloven § 83 er foreldet. Samtidig er det i dag noen indikasjoner på at Grunnloven § 83 kan ha fått ny aktualitet.

Som ledd i den etterhåndskontroll norske domstoler utøver i konkrete rettstvister, har Høyesterett i det siste tiåret kommet til at flere av Stortingets lovvedtak har vært i strid med Grunnloven. Videre har juridiske eksperter presentert analyser som viser at de prosedyrene som har blitt anvendt for å inngå visse former for internasjonalt samarbeid ikke har vært forenelige med bestemmelser i Grunnloven. Sett under ett kan Høyesteretts overprøving av Stortingets lovvedtak, og anvendelse av grunnlovsstridige prosedyrer for etablering av internasjonalt samarbeid, bety at dagens konstitusjonelle forhåndskontroll er utilstrekkelig, og at det er behov for å supplere kontrollen. Fordi Grunnloven § 83 er den eneste bestemmelsen i Grunnloven som gir adgang til en slik supplerende forhåndskontroll, har den i dag igjen blitt aktuell, selv om den ikke har vært brukt på lenge.

Den anledning Stortinget har til å innhente betenkninger fra Høyesterett, bryter et stykke på vei med ideen om at den dømmende makt skal hol-

¹ Kongeriket Norges Grunnlov § 83. Etter språklig justering ved grunnlovsreformen av 6. mai 2014 lyder bestemmelsen slik, på bokmål: «Stortinget kan innhente Høyesteretts betenkning om juridiske emner».

des adskilt fra lovgivende og utøvende makt, som var sentralt for utformingen av den norske Grunnloven i 1814.² Likevel fremgår det av Grunnloven § 83 at maktfordelingen i den norske forfatningen ikke skal være skarpere enn at Stortinget, som lovgivende og folkevalgt forsamling, har krav på å få Høyesteretts vurdering av juridiske spørsmål, selv om det ikke foreligger noen rettsvist. På den måten kan Grunnloven § 83 leses som en kobling mellom dømmende og lovgivende makt, eller rett og politikk.

Denne artikkelen presenterer en undersøkelse av den koblingen mellom rett og politikk som Grunnloven § 83 åpner for, i lys av at både Høyesterett og juridiske eksperter, i løpet av det siste tiåret, har ment at Stortinget har fattet flere grunnlovsstridige vedtak. Artikkelen klargjør forholdet mellom Grunnloven § 83, og lignende bestemmelser i andre lands forfatninger. Videre gjennomgås den historiske bakgrunnen for Grunnloven § 83, og Stortingets og Høyesteretts anvendelse av bestemmelsen.³

I det følgende utdypes først bakgrunnen for at Høyesteretts betenkninger etter Grunnloven § 83 kan ha fått ny aktualitet i Norge (del 2). Deret-

² Se den sjettede av i alt elleve Grundsætninger vedtatt av Riksforsamlingen på Eidsvold i april 1814, Arnet Olafsen, *Riksforsamlingens Forhandlinger*, Kristiania 1914 s. 436.

³ I norsk rettsvitenskap har Grunnloven § 83 ikke blitt viet mye oppmerksomhet. Det finnes riktignok noen analyser av Grunnloven § 83. I Guthorm Hallagers historisk fremstilling av Høyesterett fra 1815-1915 redegjøres det for flere av de betenkninger Høyesterett har avgitt til Stortinget, se Guthorm Hallager, *Norges Høyesteret 1815-1915, Første bind*, Kristiania 1915. Og en gjennomgang av Stortingets anvendelse av bestemmelsen ble utarbeidet av stortingsarkivar Vilhelm Haffner i 1935, se Vilhelm Haffner, *Stortingets voteringsordning. Med supplement til Om Stortingets lovbehandling*, Oslo 1960, s. 132-134. Boken ble første gang utgitt i 1935. Grunnloven § 83 har kun blitt undersøkt på systematisk måte av tidligere høyesterettsdommer Finn Hiorthøy «Høyesteretts betenkninger» i *Festskrift til Frede Castberg i anledning hans 70-års dag 5. juli 1963*, Oslo 1963, s. 458-479. Artikkelen er i revidert form gjengitt i *Den dømmende makt, domstolene og rettsutviklingen 1814-1964*, Oslo 1967, s. 179-192. Det finnes også et upublisert manuskript som gjennomgår Grunnloven § 83, se Caroline Taube, *Å forebygge er bedre enn å reparere: Om forhåndskontroll med lovgivning*, datert 31. august 2010, særlig s. 34-44. Manuskriptet er i forfatterens arkiv. Gjennomgangen er for en stor del basert på Hiorthøys artikkel. I dag er deler av Hiorthøys artikkel utdatert. Videre er det flere sentrale spørsmål som ikke har vært berørt i noen av de tidligere analysene av Grunnloven § 83. Blant annet er det ikke undersøkt hvilken prosessform som skal benyttes når Stortinget beslutter å innhente Høyesteretts betenkning, og særtrekk ved Høyesteretts betenkninger avgitt til Stortinget er heller ikke analysert. Det er derfor behov for en oppdatert analyse av Grunnloven § 83, som tar opp flere spørsmål enn de tidligere analysene.

ter presenterer artikkelen den forfatnings- og idéhistoriske bakgrunn for at den norske Grunnloven fikk en bestemmelse som åpner for at Stortinget kan innhente Høyesteretts betenkninger (del 3), og den prosess som ledet frem til utformingen av det som i dag er Grunnloven § 83 (del 4). Videre presenterer artikkelen en sammenligning av adgangen til å innhente Høyesteretts betenkninger etter Grunnloven § 83, med adgangen til å innhente betenkninger fra domstoler og domstollignende organer i andre rettssystemer utenfor Norge (del 5). Artikkelen gjennomgår også den rettslige adgangen til å innhente betenkninger, og rettsvirkningene av at det avgis betenkninger (del 6), samt de prosessuelle reglene for Høyesteretts behandling av betenkninger som avgis til Stortinget (del 7). Videre gis en oversikt over Stortingets beslutninger om å innhente Høyesteretts betenkninger, og den historiske bakgrunnen for disse beslutningene (del 8). Deretter presenteres en oversikt over fremsatte, men nedstemte forslag om å innhente Høyesteretts betenkninger, og en analyse av de argumenter som i stortingsdebattene har vært brukt mot å innhente slike betenkninger (del 9). Til slutt presenteres en oppsummering av de resultater de forutgående analysene har ledet til, og som kan bidra til å belyse om, og i så fall på hvilke områder, det eventuelt kan være grunner til at det norske Storting igjen kan benytte anledningen til å innhente betenkninger fra Høyesterett (del 10).

2 Behov for styrket konstitusjonell forhåndskontroll – et grunnlag for gjenoppliving av Grunnloven § 83?

Det utøves i dag en rekke former for konstitusjonell forhåndskontroll med Stortingets vedtak.⁴ Justisdepartementets lovavdeling utøver konstitusjonell forhåndskontroll som ledd i lovforarbeidet, blant annet gjennom den lovtekniske gjennomgåelsen før regjeringens lovforslag fremmes for Stortinget.⁵ Oppstår spørsmål om et lovforslag er i strid med Grunnloven under behandling i en stortingskomité, uten at det har vært berørt tidligere i prosessen, kan komiteen via et fagdepartement ta initiativ til å innhente

⁴ For en komparativ fremstilling av norsk og svensk forhåndskontroll, se Inge Lorange Backer, «Laggranskningen i Norge», *Svensk Juridisk Tidning*, 2009 s. 177–184.

⁵ Den lovtekniske gjennomgåelsen er regulert i utredningsinstruksen, fastsatt ved kongelig resolusjon 18. februar 2000 og revidert ved kongelig resolusjon 24. juni 2005, punkt 7.3, første ledd.

uttalelse fra lovavdelingen.⁶ Lovavdelingens uttalelser i slike spørsmål blir avgitt på avdelingens faglige ansvar uten å bli forelagt justisministeren eller fagstatsråden på forhånd.⁷ I tillegg kan Stortinget selv medvirke til forhåndskontroll ved å innhente betenkninger og råd fra juridiske eksperter utenfor Høyesterett, før det fattes endelige vedtak.⁸ Og stortingskomiteen kan holde åpen høring om spørsmålet.⁹ Høyesterett kan utøve juridisk etterkontroll ved å prøve om Stortingets vedtak er forenlig med Grunnloven, i konkrete rettstvister.

På tross av den konstitusjonelle forhåndskontrollen som faktisk utføres, er det på det rene at Høyesterett i det siste tiåret har avsagt dom i flere rettstvister, hvor enkelte lovbestemmelser og instruks for anvendelse av bestemmelsene har blitt tilsidesatt som uforenlige med rettighetsbestemmelser i Grunnloven.¹⁰ I en kommentar til tre av disse dommene, avsagt i plenum i 2010, har høyesterettsjustitiarius Tore Schei fremholdt at det er «grunn til å stille spørsmålet om systemet for og kvaliteten på forhåndskontrollen med lovutkast i forhold til Grunnloven er slik vi bør ha det.»¹¹ Ifølge Schei ville det være «forbausende om man lar plenumsdommene fra 2010 bli historie uten å gå inn i en vurdering av om forhåndskontrollen med lovutkast er slik den bør være».¹²

I de ovennevnte sakene har Høyesterett vurdert lovvedtakenes grunnlovsmessighet på annen måte enn den juridiske forhåndskontroll som regjeringen har forelagt for Stortinget.¹³ Det kan tyde på at Stortinget, ved å innhente betenkninger fra Høyesterett før det fattes endelige vedtak, vil kunne supplere regjeringens forhåndskontroll og bidra til en bredere belysning av om foreslått lovgivning er innenfor Grunnlovens grenser.

Inngåelse av nye folkerettslige avtaler som medfører overføring av myndighet til EUs særskilte forvaltningsorganer (EU-byråene m.m.) har også skapt debatt om hvorvidt myndighet er overført på måter som er i strid

⁶ Backer 2009, på s. 182.

⁷ *Op. cit.*, på s. 182 (fotnote 16).

⁸ For en oversikt over sentrale betenkninger avgitt til Stortinget i perioden 1945–1984, se Stortingets kontors notat til Stortingets presidentskap av 7. juni 1984.

⁹ Se Stortingets forretningsorden § 27.

¹⁰ Se for eksempel saken om tomtefestelovens regler om innløsningssum inntatt i Rt. 2007 s. 1308, saken om rederibeskatning inntatt i Rt. 2010 s. 258, og saken om Opplysningsvesenets fond inntatt i Rt. 2010 s. 535.

¹¹ Se Tore Schei, *Lov og Rett*, 2011, s. 319–335, på s. 331.

¹² *Op. cit.*, på s. 331.

¹³ Se blant annet Rt. 2010 s. 535.

med Grunnloven.¹⁴ I flere saker har Justisdepartementets lovavdeling vurdert det slik at myndighet kan overføres ved at Stortinget samtykker til overføringen, i samsvar med prosedyren i Grunnloven § 26 annet ledd. Men rettsvitenskapelige analyser har kritisert den konstitusjonelle forhåndskontroll som Justisdepartementets lovavdeling har foretatt.¹⁵ Grunnlaget for kritikken er at den myndighet som har blitt overført, i enkelte saker, har vært av en karakter som i følge analysene innebærer at det ikke er tilstrekkelig at Stortinget kun samtykker i myndighetsoverføringen med simpelt flertall etter prosedyren i Grunnloven § 26 annet ledd. Stortinget kan selv bidra til å styrke forhåndskontrollen i slike saker ved å innhente Høyesteretts betenkning. En betenkning om vedtaksformen ved myndighetsoverføring til organer utenfor Norge kan blant annet bidra til å avklare hvilke rettslige rammer som gjelder for inngåelse av folkerettslige avtaler som overfører myndighet fra norske statsmakter, og i hvilke former slike avtaler skal inngås, for å være forenlig med Grunnloven.

Vi står altså i dag overfor en situasjon hvor Stortinget i løpet av de siste årene har fattet flere vedtak som ifølge Høyesterett og andre juridiske eksperter er eller kan være i strid med Grunnloven. Dette kan, som Schei antyder, bety at det i dag utøves en utilstrekkelig juridisk forhåndskontroll av stortingsvedtak, og at det er behov for å styrke forhåndskontrollen med de vedtak Stortinget fatter. At det kan være et slikt behov, er heller ikke noen ny oppdagelse. Allerede Forvaltningskomiteen fremholdt i 1958 at Stortingets komiteer hadde «behov for et særskilt lovkyndig organ som på fritt grunnlag kan bistå ved lovteknisk og juridisk granskning under lovens utarbeidelse».¹⁶ Og behovet for en styrking av forhåndskontrollen er kommet til uttrykk i Menneskerettighetsutvalgets rapport fra 2011.¹⁷ Videre er det fremmet forslag om å styrke forhåndskontrollen ved å etablere et eget lovrådgivningsorgan underlagt Stortinget.¹⁸ I rettsviten-

¹⁴ Se blant annet Eirik Holmøyvik «Grunnlova § 93 og læra om «lite inngripende» myndighetsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis», *Lov og Rett*, 2011, s. 447–471, «Utenfor og innenfor: Norges avtaler med EU», NOU 2012: 2, s. 234–268., og flere bidrag i Erik Oddvar Eriksen og John Erik Fossum (red.) *Det Norske Paradoks: Om Norges forhold til Den Europeiske Union*, Oslo 2014.

¹⁵ Se blant annet Holmøyvik 2011.

¹⁶ Se Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning, avgitt 13. mars 1958, s. 24.

¹⁷ Se Dok. nr 16 (2011–2012), s.77–78.

¹⁸ Innst. S. 491 (2012–2013).

skapen har blant andre Eivind Smith og Anine Kierulf etterlyst bedre forhåndskontroll.¹⁹

Det er klart at Grunnloven § 83 gir mulighet for å supplere den allerede eksisterende juridiske forhåndskontrollen av forslag til stortingsvedtak. Det er en mulighet som et mindretall på Stortinget har foreslått å benytte ved flere anledninger i de siste 25 årene. Selv om de fleste av forslagene om å innhente Høyesteretts betenkninger har blitt nedstemt av et stort flertall, har det i en sak forekommet at et stort mindretall har stemt for å innhente Høyesteretts betenkning. I den aktuelle saken viste det seg at lovvedtaket, som ble fattet uten at det ble innhentet noen forutgående betenkning fra Høyesterett, likevel ble satt til side av Høyesterett, men da i forbindelse med en rettstvist som gjorde det nødvendig å ta stilling til om lovvedtaket var i strid med Grunnloven.²⁰ Fordi det ikke ble flertall for å innhente Høyesteretts betenkning før lovvedtaket ble fattet, ble det heller ikke utsatt for den konstitusjonelle forhåndskontroll som mindretallet ønsket.

Selv om Grunnloven § 83 gir adgang til å supplere forhåndskontrollen med stortingsvedtak, er det likevel ikke gitt at adgangen bør benyttes. Det kan være at Høyesterett ikke er et egnet organ for forhåndskontroll, og at et behov for styrket forhåndskontroll heller bør oppfylles ved å etablere nye kontrollformer. I Stortingets debatter om de fremsatte forslag om å anvende Grunnloven § 83 er det blitt uttrykt flere argumenter mot å innhente betenkninger fra Høyesterett. Noen av disse argumentene har blitt fremført mer som påstander enn som begrunnede resonneringer. Det gir grunn til å undersøke hvilket belegg påstandene kan ha. På det grunnlag presenteres det mot slutten av artikkelen en analyse av argumenter som har vært brukt mot å innhente betenkninger fra Høyesterett.

3 Forfatnings- og idéhistorisk bakgrunn

I den vestlige rettshistorien er det en lang tradisjon for å innhente betenkninger om juridiske spørsmål fra jurister. I antikkens romerske republikk var en sentral funksjon for juristene å avgi *responsa* (betenkninger). Slike

¹⁹ Se Eivind Smith, «Grunnlovstolkning på 'statens eget område'», *Lov og rett*, 2008, s. 1–2, og Anine Kierulf, *Taking Judicial Review Seriously: The Case of Norway*, Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo No. 75, 2014, s. 341–344.

²⁰ Se Rt. 2010 s. 535.

betenkninger kunne blant annet være svar på spørsmål fra embetsmenn som forberedte lover eller edikter.²¹ I middelalderen fikk betenkninger fra juridiske fakulteter en formell rolle i enkelte rettslige prosesser. Blant annet ble det i tyske regioner på 1500-tallet etablert en egen prosessform, *Aktenversendung*, som innebar at et juridisk fakultet avgav en kollektiv betenkning om et bestemt saksforhold.²² Også i det dansk-norske eneveldet ble det innhentet og avgitt juridiske betenkninger. Det er flere eksempler på at Kancelliet eller andre bad Høiesteret om å avgi erklæringer om flere generelle rettsspørsmål, og at eneveldets øverste domstol på eget initiativ avgav uttalelser med juridisk innhold.²³

Den mulighet Stortinget har til å innhente Høyesteretts betenkninger etter den norske Grunnloven, har likevel enkelte særtrekk som skiller den fra mange andre former for juridiske betenkninger. Det er tale om en ordning som er nedfelt i en forfatning, og som gir en uavhengig domstol plikt til å avgi betenkning til en folkevalgt lovgiver om spørsmål som domstolen senere kan bli nødt til å ta stilling til som ledd i en ordinær rettstvist. Slik sett hadde Stortingets adgang til å innhente Høyesteretts betenkninger heller ingen helt lik parallell i det dansk-norske eneveldet forut for 1814. Eneveldets Høiesteret var formelt ikke uavhengig av kongen, og det fantes i Danmark-Norge heller intet folkevalgt organ med tilsvarende myndighet som Stortinget. Det er likevel likhetstrekk mellom den betenkningssfunksjon som den norske Grunnloven tillia Høyesterett, og den dansk-norske Høiesterets betenkningsspraksis under eneveldet. Begge ordninger gav den øverste domstolen mulighet til å avgi betenkninger, i tillegg til å avgjøre rettstvister.

Som andre bestemmelser i den norske 1814-grunnloven kan paragraf 83 leses i lys av det betydelige antall konstitusjoner som før 1814 hadde blitt vedtatt og revolusjonert eller reformert styresettet i en rekke land i ulike deler av verden. Sytten- og attenhundretallets konstitusjonelle debatter var sammenvevd med opplysningstidens politiske filosofi og dens teorier om nødvendigheten av både å sikre folkets mulighet til å styre seg selv og å etablere faste rammer for dette selvstyret. Som flere av de siste årenes

²¹ Se Dag Michalsen, *Retts – En internasjonal historie*, Oslo 2011, s. 119.

²² Se Karlo Tuori, *Ratio and Voluntas: The Tension Between Reason and Will in Law*, Farnham 2011, s. 6.

²³ Se særlig Georg Nørregård «Rettsens forhold regeringen. Perioden 1746–1849» i *Høiesteret 1661–1961*, bind 1, s. 302–343, særlig på s. 316–319.

bidrag til rettshistorisk forskning har vist, var også debatten om utformingen av den norske Grunnloven på Eidsvoll i 1814, inspirert av ulike varianter av disse teoriene, og handlet blant annet om hvilke mekanismer som var best egnet til å moderere folkeviljen.²⁴

I Norge, som i andre land hvor konstitusjoner ble utformet i tiårene etter 1776, ble det blant annet diskutert hvorvidt folkevalgte og lovgivende organer skulle deles inn i kamre med ulike funksjoner, om utøvende makt skulle ha veto mot de folkevalgtes lovforslag, og om dømmende makt skulle ha mulighet til å forhåndskontrollere alle lover vedtatt av de folkevalgte forsamlinger, eller bare de lover som de folkevalgte selv ønsket kontroll av.²⁵ På Eidsvoll i 1814 endte det som kjent med at Kongen fikk et suspensivt veto mot Stortingets lovforslag, at lovsaker skulle behandles i to kamre, og at dømmende makt kun skulle vurdere de saker som Stortinget selv ønsket å få vurdert, slik Grunnloven § 83 fortsatt åpner for. Det gav mulighet for Høyesterett til blant annet å utøve forhåndskontroll av lover, men bare når Stortinget selv ønsket slik kontroll.

Den norske modellen for å moderere folkeviljen gjennom den utøvende makts vetorett og deling av Stortinget i to kamre var i stor grad sammenfallende med mange av de modeller som hadde blitt inntatt i andre europeiske konstitusjoner før 1814.²⁶ Men at dømmende makt kun skulle utøve forhåndskontroll av de vedtak som Stortinget selv ønsket kontrollert, ser ikke ut til å ha hatt noen klare paralleller i andre europeiske konstitusjoner. For eksempel ble det i Frankrike i 1799 etablert et Sénat Conservateur, som hadde myndighet til å treffe avgjørelse i forfatningsspørsmål etter henvisning fra lovgivende forsamling eller regjeringen. Men Sénat Conservateur var ingen alminnelig domstol, slik at lovgivningskontrollen i Frankrike var helt unntatt fra de ordinære domstoler (Cour de Cassation).²⁷ I Sverige hadde Regeringsformen av 1809 § 87 etablert en mekanisme for forhåndskontroll av lovgivning. Men også denne mekanismen var forskjellig fra Grunnloven § 83 på flere punkter. Blant annet var Högsta domstolen ikke uavhengig av Kongen, og Kongen kunne etter Rege-

²⁴ Se særlig Dag Michalsen (red), *Forfatningsteori møter 1814*, Oslo 2008; Eirik Holmøyvik, *Maktfordeling og 1814*, Bergen 2012; Ola Mestad (red.), *Frihetens forskole*, Oslo 2013.

²⁵ Se Holmøyvik 2012.

²⁶ Se Holmøyvik 2012.

²⁷ Se Hiorthøy 1963.

ringsformens § 87 selv beslutte å forelegge en lov til granskning hos Högsta domstolen.²⁸

I Nord-Amerika hadde spørsmålet om domstolenes forhåndskontroll med lovgivning fått betydelig oppmerksomhet i årene etter 1776. Flere av de da uavhengige amerikanske statene vedtok konstitusjoner hvor lovgivende og utøvende organer hadde mulighet til å konsultere dømmende makt. I noen stater gav dette domstolene mulighet til å kontrollere lovene vedtatt av de folkevalgte forsamlinger. Mekanismene for denne forhåndskontrollen var utformet på ulike måter. For eksempel i staten Massachusetts bestemte konstitusjonen av 1780 at både lovgivende og utøvende makt kunne innhente høyesteretts vurderinger i viktige rettsspørsmål.²⁹ I staten New York bestemte konstitusjonen av 1777 derimot at all lovgivning skulle vurderes og kontrolleres av et råd bestående av guvernøren sammen med kansleren eller høyesterett.³⁰

Spørsmålet om domstolenes adgang til å utøve forhåndskontroll av lovgivning ble også debattert flere ganger i det konstitusjonelle konventet som forfattet USAs føderale grunnlov i Philadelphia i 1787.³¹ Debattene er interessante som et historisk bakteppe for den norske Grunnlovens bestemmelse om Stortingets frie mulighet til å innhente Høyesteretts betenkning, og for flere av Stortingets nyere diskusjoner om hvorvidt denne friheten bør benyttes til å innhente Høyesteretts betenkninger i konkrete saker.³² Som støtte for forhåndskontroll ble det blant annet argumentert med at dette ville beskytte konstitusjonelle rettigheter, ivareta konsistens, presisjon, klarhet, konsekvens og systematikk i lovgivningen, og sørge for kunnskap om folkerett i lovgivningsprosessen. Det ble også anført at domstolens forhåndskontroll med lovgivningen ville gi den utøvende makt et tryggere og fastere grunnlag for å avgjøre om lovforslag skulle sanksjoneres eller ikke. Men forslaget om en juridisk forhåndskon-

²⁸ Se Birger Wedberg, «Högsta domstolens laggranskning», *Statsvetenskapelig tidskrift*, 1940, s. 169–179.

²⁹ Se *The Constitution of the Commonwealth of Massachusetts (1780)*, Chapter III, Article II.

³⁰ Se *The Constitution of New York (1777)*, Article III.

³¹ Se Gaillard Hunt og James Brown Scott (red.) *The debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States of America reported by James Madison*, New York, 1920.

³² Se særlig debatten den 21. juli 1778 gjengitt av Madison i Hunt og Brown 1920, s. 294 flg.

troll av lovgivning ble nedstemt flere ganger, blant annet med den begrunnelse at utøvende makt kunne gjøre bruk av egen ekspertise, at dommere ikke hadde bedre kunnskap om policyspørsmål eller lovgivning enn de folkevalgte representantene. Videre ble det uttrykt frykt for maktkonsentrasjon hos utøvende og dømmende makt, bekymring for at domstolenes rettsanvendelse ville bli for sterkt preget av forutgående lovkontroll, og at folkets tillit til domstolene kunne bli svekket om høyesterett selv deltok i lovgivningsprosessen.

4 Tilblivelsen av Grunnloven § 83

Den bestemmelsen som i dag er plassert i den norske Grunnloven § 83, bygger på det grunnlovskast som Konstitusjonskomiteen på Eidsvoll hadde samlet seg om den 30. april 1814, og som ble diskutert på Riksforsamlingen i ukene frem til 17. mai 1814. Det er kun enkelte ortografiske forskjeller mellom dette grunnlovskastets § 90 og 17. mai-grunnloven § 84 (nå § 83).³³ Det ble ikke foretatt noen andre endringer av bestemmelsen under voteringen i Riksforsamlingen, og det er heller ingen kilder som viser at bestemmelsen har vært gjenstand for noen debatt mellom 30. april og 17. mai 1814. Bestemmelsen ble også enstemmig vedtatt på Riksforsamlingen.

I motsetning til mange av bestemmelsene i Konstitusjonskomiteens utkast til Grunnlov av 30. april 1814 kan dens § 90 ikke gjenfinnes i de mange grunnlovsforslag som komiteen hadde tilgjengelig da den startet sitt arbeid 12. april 1814. Basert på kjente kilder synes det derfor å ha vært Konstitusjonskomiteen som selv utformet bestemmelsen om Stortingets adgang til å innhente Høyesteretts betenkninger om juridisk gjenstander.

Bestemmelsen om Stortingets adgang til å innhente Høyesteretts betenkninger er likevel ikke uten noe rotfeste i grunnlovsforslagene som var utarbeidet i løpet av vinteren 1814. Det var særlig en bestemmelse i Johan Gunder Adlers og Christian Magnus Falsens forslag som hadde noen av de samme elementene som § 90 i Konstitusjonskomiteens utkast.³⁴ I § 90 av Adlers og Falsens forslag var det foreslått en bestemmelse

³³ «Stortinget» ble omtalt som «Stor-Thinget», og «Høiesteret» som «Højesteret» og «Gjenstænde» som «Gienstande», se Olafsen 1914, s. 455.

³⁴ Se også Hiorthøy 1963.

som påla plikt til å innhente erklæring fra Høyesterett om ethvert lovfor-slag (Decret) som har en «juridisk Gjenstand», etter at Stortinget har ved-tatt det, men før «det forelægges Kongen».³⁵ Om denne bestemmelsen hadde blitt vedtatt, skulle Høyesterett i realiteten ha vurdert alle lovfor-slag, før forslagene kunne sanksjoneres av Kongen. Adlers og Falsens forslag synes på dette punkt å ha vært inspirert av blant annet den svenske Rege-ringsformen av 1809, flere av de amerikanske (del)statenes konstitusjoner, og forslaget om en juridisk forhåndskontroll av lovgivning som ble frem-satt på konventet i Philadelphia, men som altså ble nedstemt.

Etter at Grunnloven ble vedtatt på Eidsvoll i 1814, har ordlyden i bestemmelsen om Stortingets adgang til å innhente Høyesteretts betenk-ninger i det alt vesentlige vært uforandret, frem til 6. mai 2014.³⁶ Bestem-melsen har likevel ikke den samme plassering som i Grunnloven av 17. mai 1814. I Eidsvollsgrunnloven var bestemmelsen plassert i § 84. Deretter, i forbindelse med endringene i Grunnloven ved inngåelse av unionen med Sverige i november 1814, ble bestemmelsen flyttet til § 83, og er i dag fort-satt plassert der.

Ved grunnlovsrevisjonen av 6. mai 2014 ble ordlyden i Grunnloven § 83 også justert. Endringen var av rent språklig karakter og innebar foru-ten enkelte endringer i skrivemåte at uttrykket «juridiske Gjenstande» ble erstattet med uttrykket «juridiske emner». Som følge av at revisjonen ledet til en nynorsk versjon av Grunnloven, fikk også Grunnloven § 83 en nynorsk ordlyd.

³⁵ Se Johan Gunder Adler og Christian Magnus Falsen, *Udkast til en Constitution for Kongeriget Norge*, Christiania 1814, s. 41.

³⁶ Det er likevel en usikkerhet med hensyn til stavingen av uttrykket «juridiske Gjen-stande» i Grunnloven § 83, slik den var utformet frem til 6. mai 2014. Ifølge kyndige fortolkere av gotisk håndskrift er ordet «Gjenstande» i denne bestemmelsen stavet på en annen måte i det offisielle Grunnlovsdokumentet av 17. mai 1814, som oppbevares hos Stortinget. Her står det «Gjenstænde», det vil si med «æ» istedenfor «a». Likevel, i Leh-manns første trykte utgave av Grunnloven i 1814 brukes dagens stavemåte, det vil si «Gjenstande», og det ser også ut til å ha vært den skrivemåten som har blitt benyttet i alle senere versjoner av denne bestemmelsen i Grunnloven, fra og med 4. november 1814.

5 Konstitusjonell kontroll utenom konkrete rettsvister – et komparativt blikk

5.1 Oversikt

I et komparativt perspektiv er det ikke unikt for Norge at det i en demokratisk konstitusjon, basert på maktfordeling og beskyttelse av menneskerettigheter, er en kontrollmekanisme, som gir domstoler eller lignende organer mulighet til å kontrollere øvrige statsmakter, i situasjoner hvor det ikke foreligger noen rettsvist.³⁷ I det følgende presenteres først noen særtrekk ved den form for kontroll som Grunnloven § 83 åpner for. Deretter sammenlignes denne kontrollformen med lignende former for kontroll i andre nordiske og europeiske land, og i enkelte land utenfor Europa. I tillegg presenteres noen eksempler på domstoler som er etablert av internasjonale traktater, og som i visse situasjoner kan utøve kontroll uten at det foreligger noen rettsvist. Slike domstolars kontrollfunksjon har også noen felles trekk med den funksjon Høyesterett kan fylle ved å avgi betenkninger til Stortinget.

5.2 Kontrollelementer i Grunnloven § 83

Det er klart at kontrollmekanismen i Grunnloven § 83 omfatter en særegen kombinasjon av flere Kontrollelementer.³⁸ For det første har ikke Stor-

³⁷ For nyere nordiske analyser av ulike modeller for konstitusjonell kontroll, se blant annet Pernille Boye Koch, *Forfatningskontrol: fremtidige perspektiver og udfordringer*, København, 2002, Kristian Skagen Ekeli 2004, «Hvem skal vokte vokterne?», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, s. 548–576, og «Olika former av normkontroll, Expertgruppsrapport», SOU 2007: 85. I komparative fremstillinger av konstitusjonell rett er det blant annet vanlig å skille mellom henholdsvis abstrakt og konkret normkontroll, og forhåndskontroll og etterhåndskontroll. Etterfølgende konkret normkontroll vil typisk foretas som ledd i behandling av en konkret rettsvist, mens abstrakt og konkret forhåndskontroll utføres uavhengig av konkrete rettsvister. For komparative oversikter over domstoler eller domstolslignende organer, som har kompetanse til å utføre abstrakt eller konkret forhåndskontroll, se blant annet Koch 2002, s. 107–209, Michel Rosenfeld og András Sajó (red.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford, 2012 s. 806–807, og SOU 2007: 85, s. 117–166. For en eldre, men delvis utdatert komparativ oversikt på norsk, se Hiorthøy 1963, s. 471–474.

³⁸ Uttrykket Kontrollelementer er hentet fra dansk statsrettsteori hvor Pernille Boye Koch har presentert en analyse som viser at konstitusjonelle kontrollmekanismer kan splittes opp i flere forskjellige elementer, se Koch 2002, s. 135–209.

tinget etter Grunnloven § 83 noen plikt til å konsultere Høyesterett. Det er tale om en fakultativ og ikke en obligatorisk kontrollmekanisme. Videre kan denne fakultative mekanismen kun anvendes av stortingsflertallet. Et mindretall på Stortinget kan ikke alene beslutte å innhente Høyesteretts betenkning i medhold av Grunnloven § 83.³⁹ For det andre gir Grunnloven § 83 anledning til å involvere Høyesterett både før og etter at Stortinget har truffet vedtak. Etter ordlyden er det derved tale om en mekanisme som åpner både for forhåndskontroll og etterhåndskontroll. De gangene bestemmelsen har blitt anvendt, har det likevel alltid vært tale om en forhåndskontroll. På den bakgrunn vil denne artikkelen primært analysere Grunnloven § 83 som en mekanisme for forhåndskontroll. For det tredje er den kontrollen som Høyesterett utøver av juridisk karakter, i den forstand at det er juridiske eksperter som foretar kontrollen. For det fjerde er det tale om en særlig form for domstolskontroll, idet Høyesterett er øverste domstol i Norge. For det femte kan Høyesteretts betenkninger fungere både som abstrakt og konkret kontroll, avhengig av hvilke spørsmål Høyesterett blir bedt om å avgi betenkning om. For det sjette vil ikke utfallet av kontrollen skape noen rettslige forpliktelse for Stortinget. Høyesteretts betenkninger er kun rådgivende for Stortinget.

Den særlige mekanismen som Grunnloven § 83 etablerer, er unik i den måten den kombinerer ulike kontrollelementer på. Gjennomgang av flere komparative studier av forskjellige lands konstitusjoner gir ingen holdpunkter for at det er noe land som har en mekanisme for konstitusjonell kontroll som kombinerer de samme kontrollelementer som Grunnloven § 83. Det er likevel flere lands forfatninger som har konstitusjonelle kontrollmekanismer, som omfatter flere av de samme kontrollelementene som Grunnloven § 83, i den forstand at domstoler eller domstollignende organer kan utøve kontroll av øvrige statsmakter, også i de situasjoner hvor det ikke foreligger noen konkret rettstvist.

5.3 Norden

I Sverige utføres konstitusjonell kontroll både i og utenom ordinære rettstvister. Utenom de ordinære rettstvistene gjennomføres kontrollen av et lagråd, som består av dommere fra Högsta domstolen og Högsta förvalt-

³⁹ Se nedenfor, del 7.

ningsdomstolen.⁴⁰ Lagrådet ble etablert i 1909 som en videreføring av den konstitusjonelle kontrollen som tidligere ble utført av Högsta domstolen.⁴¹ Slik Regeringsformen av 1974 lyder etter reformen av 2010, skal lovforslag på nærmere angitte områder forelegges Lagrådet.⁴² Og det fremgår av Regeringsformen at både regjeringen og Riksdagens komiteer kan fremlegge saker for Lagrådet.⁴³ De siste fem årene har Lagrådet i gjennomsnitt avgitt ca. 110 uttalelser per år.⁴⁴

Den svenske lagrådskontrollen skiller seg fra kontrollmekanismen i den norske Grunnloven § 83 på flere måter. Etter den svenske ordningen kan og skal Regjeringen forelegge visse spørsmål for Lagrådet. Grunnloven § 83 fastsetter ingen plikt til å innhente betenkning fra Høyesterett, og gir kun Stortinget anledning til å innhente slike betenkninger, ikke regjeringen. Videre har det svenske Lagrådet, i motsetning til den norske Høyesterett, ikke myndighet til å prøve lovers grunnlovsmessighet som del av konkrete rettstvister. Lagrådet er derved ingen ordinær domstol. Men fordi Lagrådet blant annet består av dommerne i Högsta domstolen og Högsta förvaltningsdomstolen, kan Lagrådets medlemmer, når de opptrer som dommere, også måtte vurdere om lovgiving er i samsvar med den svenske forfatningen.⁴⁵

Den finske Regeringsformen av 1919 gav de alminnelige domstolene en viss mulighet til å utøve konstitusjonell kontroll utenom ordinære rettstvister. Både regjeringen og presidenten kunne innhente betenkninger om lover fra Högsta domstolen og/eller Högsta förvaltningsdomstolen.⁴⁶ Men dette var en mekanisme for kontroll av lovers grunnlovsmessighet som ikke ble ansett for å ha betydning i Finland.⁴⁷ Men det følger likevel av Finlands

⁴⁰ Se Regeringsformen kapittel 8 § 20.

⁴¹ Se Regeringsformen av 1809 § 87.

⁴² Se Regeringsformen kapittel 8 § 21, annet ledd. Regjeringen hadde også tidligere plikt til å legge frem nærmere bestemte lovforslag for Lagrådet, men denne bortfalt i 1971. På nærmere angitte områder fremgikk det likevel av Regeringsformen av 1974 at det burde innhentes uttalelse fra Lagrådet. Se Regeringsformen av 1974 kapittel 8 § 18. Men bestemmelsen ble praktisert som en skal-regel, se SOU 2007:85, s. 54–57.

⁴³ Se Regeringsformen kapittel 8 § 21, første ledd.

⁴⁴ For en oversikt over uttalelser, se <http://www.lagradet.se/>

⁴⁵ Se Regeringsformen kapittel 11 § 14.

⁴⁶ Se Regeringsformen av 1919 §§ 18–19, nærmere omtalt av Mikael Hidén «Övervakningen av lagarnas grundlagsenlighet i Finland», *Jussen venner*, 1998, s. 66–77, på s. 72.

⁴⁷ *Op. cit.* s. 72.

nye Grundlag, vedtatt i 1999, at Presidenten fortsatt har formell mulighet til å innhente uttalelser om en lov fra Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen.⁴⁸ Men adgangen til å innhente slike uttalelser er visstnok ikke benyttet etter 1999. Videre kan den finske presidenten innhente uttalelse fra Högsta domstolen om lovgivning vedtatt av Ålands lagting.⁴⁹ Dette en mekanisme som benyttes ganske regelmessig. De siste fem årene er det innhentet fra et par til et titalls slike uttalelser hvert år.⁵⁰

Den finske forfatningens ordning som gir presidenten adgang til å innhente ulike uttalelser fra Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen minner om Grunnloven § 83. De finske bestemmelsene gir i likhet med Grunnloven § 83 mulighet for å involvere de alminnelige domstoler i konstitusjonell kontroll utenom ordinære rettstvister. Men den finske forfatningens bestemmelser er likevel forskjellig fra Grunnloven § 83. Blant annet må den finske ordningen aktiveres av presidenten, mens det kun er et flertall av folkevalgte representanter på Stortinget som kan innhente betenkninger etter Grunnloven § 83. Og den av de finske bestemmelsene som benyttes i praksis, uttalelser om vedtak truffet av Ålands lagting, gjelder kun en bestemt sakstype, mens Grunnloven § 83 ikke setter noen begrensninger for hvilke juridiske emner Stortinget kan innhente Høyesteretts betenkning om.

I tillegg til bestemmelsene som gir anledning for domstolene til å utøve konstitusjonell kontroll, har den finske forfatningen en bestemmelse om et særskilt organ for konstitusjonell forhåndskontroll, Riksdagens Grundlagsutskott.⁵¹ Organet kan kontrollere om forslag til lovgivning og andre vedtak er i samsvar med den finske forfatningen og internasjonale avtaler om menneskerettigheter. Organet består av riksdagsmedlemmer, men søker som oftest veiledning hos juridiske eksperter.⁵² Beslutning om å innhente uttalelse fra Riksdagens Grundlagsutskott fattes vanligvis av Riksdagen, men uttalelser kan også innhentes av Riksdagens komiteer.⁵³ Det er

⁴⁸ Se Finlands Grundlag § 77, 3. pkt.

⁴⁹ Se Självstyrelselag för Åland, § 19, 2, setning.

⁵⁰ Se <http://korkeinoikeus.fi/sv/index/lausunnot.html>

⁵¹ Se Finlands Grundlag § 74.

⁵² Karlo Tuori, «Combining abstract ex ante review and concrete ex post review: The Finnish Model», CDL-UD(2010)011, se [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UD\(2010\)011-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UD(2010)011-e)

⁵³ Se SOU 2007:85, s. 123.

antatt at uttalelse alltid skal innhentes når det er uklart om et lovforslag er i samsvar med forfatningen.⁵⁴ De siste fem årene er det i gjennomsnitt innhentet ca. 40 uttalelser fra Riksdagens Grundlagsutskott hvert år.⁵⁵

I Danmark har, som nevnt ovenfor, Højesteret forfattet en rekke erklæringer om ulike spørsmål, under eneveldet. Videre har Højesteret avgitt enkelte erklæringer, også i tiden etter forfatningen av 1849. I dag avgir ikke Højesteret erklæringer, og den skrevne forfatningen gir ikke Folketinget noen myndighet til å innhente slike betenkninger. Etter dagens danske forfatning er det heller intet annet organ som har formell myndighet til å utøve konstitusjonell forhåndskontroll. Folketinget har likevel mulighet til å innhente betenkninger fra uavhengige juridiske eksperter.⁵⁶ I tillegg har Folketingets formand en viss mulighet til å utøve forhåndskontroll, ved at vedkommende har myndighet til å fremme forslag om å avvise lovforslag eller endringsforslag som strider imot forfatningen.⁵⁷

5.4 Europa

Utenfor Norden er det en rekke land som i løpet av 1900-tallet har etablert særskilte konstitusjonsdomstoler med myndighet til å utøve konstitusjonell kontroll, både i og utenom ordinære rettsvister. En sentral modell for flere av ordningene med konstitusjonsdomstoler er den østerrikske Verfassungsverwaltungsgerichtshof, slik denne fungerte under østerriksk forfatning, fra 1. oktober 1920 til 1. januar 1930.⁵⁸ Konstitusjonsdomstolen kunne prøve lovgivningens samsvar med forfatningen etter henvisning fra de ordinære domstolene, den østerrikske føderale regjeringen, eller delstatsregjeringer.⁵⁹ Denne kontrollformen er forskjellig fra den kontroll som Høyesterett kan utøve ved å avgjøre betenkninger til Stortinget, blant annet fordi det

⁵⁴ *Op. cit.* s. 123.

⁵⁵ Beregningen er basert på opplysninger i e-post fra Avdelingssekretærene, grundlagsutskottet og förvaltningsutskottet, til forfatteren, datert 4. november 2014.

⁵⁶ Se Koch 2002, s. 58.

⁵⁷ Se Folketinget Forretningsorden § 16 stk 3, nærmere omtalt av Koch 2002, side 59–61.

⁵⁸ Se Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird

(Bundes-Verfassungsgesetz). For analyse av denne domstolens funksjon, se Hans Kelsen «Judicial review of legislation: A comparative study of the Austrian and the American Constitution», *The Journal of Politics*, 1942, s. 183–200.

⁵⁹ Kelsen 1942, s. 196–197.

i den østerrikske konstitusjonsdomstolen ikke var noen alminnelig domstol med kompetanse til å avgjøre ordinære rettstvister, men et organ som kun hadde kompetanse i konstitusjonelle spørsmål. Men den østerrikske konstitusjonsdomstolens kontroll hadde likevel visse likhetstrekk med den kontrollfunksjon Høyesterett har fylt når den har avgitt betenkninger til Stortinget. I likhet med den norske Høyesteretts betenkninger til Stortinget kunne den østerrikske konstitusjonsdomstolen avgi rådgivende uttalelser om visse former for lovgivning og forvaltningsvedtak. Denne rådgivende kompetansen var likevel begrenset til spørsmålet om hvorvidt lovgivning eller forvaltningsvedtak falt inn under føderasjonens kompetanseområder eller kompetanseområdene til medlemsstatene i den østerrikske føderasjonen.⁶⁰ Den østerrikske forfatningen ble reformert med virkning fra 1. januar 1930, og konstitusjonsdomstolen mistet etter dette den uavhengighet den hadde hatt fra utøvende makt.⁶¹

Etter 1945 er det flere land som har etablert konstitusjonsdomstoler som ligner den østerrikske Verfassungsgerichtshof, slik denne domstolen fungerte på 1920-tallet. Noen av disse forfatningsdomstolene har fått større kompetanse til å prøve om lovgivningen er forfatningsstridig uten at det foreligger noen konkret rettstvist, enn det den østerrikske konstitusjonsdomstolen hadde. Derved har noen av forfatningsdomstolene som er etablert etter 1945, fått mulighet til å utøve en kontroll som har flere likhetstrekk med den kontroll Høyesterett kan utøve ved å avgi betenkninger til Stortinget, enn den østerrikske forfatningsdomstolen.

Den tidligere vest-tyske, og nå den føderale forfatningen for det gjenforente Tyskland, etablerer en forfatningsdomstol (Bundesverfassungsgericht) med kompetanse til å avgjøre tvil eller uenighet om tolkning av forfatningen og den føderale lovgivningen.⁶² Forfatningsdomstolen kan ta stilling til om hvordan forfatningen eller føderal lovgivning skal forstås, selv om det ikke foreligger noen konkret rettstvist (abstrakt normkontroll). Det er tilstrekkelig at det er uenighet eller tvil om hvorvidt føderal lovgivning eller delstatslovgivning er i samsvar med forfatningen, eller om delstatslovgivning er i samsvar med føderal lovgivning.

⁶⁰ *Op. cit.* s. 200.

⁶¹ *Op. cit.*

⁶² Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1949), Artikel 93 abs 1 nr. 2.

Den tyske ordningen har fellestrekk med Stortingets adgang til å forelegge spørsmål for Høyesterett, idet den norske ordningen, som den tyske, gir anledning for dommere til å utøve en abstrakt normkontroll. Men i Norge skal kontrollen utøves av den øverste alminnelige domstolen, mens det i Tyskland er tale om kontroll utført av en konstitusjonsdomstol. Videre er det i den tyske ordningen med abstrakt normkontroll ikke tale om noen forhåndskontroll, idet denne kontrollmekanismen forutsetter at det som skal kontrolleres, enten det er føderal lovgivning eller delstatslovgivning, er vedtatt og offentliggjort.⁶³ Også på dette punktet er den tyske kontrollmekanismen forskjellig fra mekanismen i Grunnloven § 83, som gir Stortinget anledning til selv å velge tidspunkt for når et spørsmål eventuelt skal forelegges for Høyesterett. Denne forskjellen er ikke nødvendigvis så stor i praksis, idet det heller ikke etter den tyske ordningen med abstrakt normkontroll er nødvendig at lovgivningen som kontrolleres, har trådt i kraft før tolkningsspørsmål forelegges forfatningsdomstolen. Derved vil det ikke nødvendigvis være noen vesentlig forskjell mellom den abstrakte normkontroll i Tyskland og en forhåndskontroll som blant annet Grunnloven § 83 gir anledning til. Abstrakte tolkningsspørsmål kan forelegges forfatningsdomstolen av den føderale regjeringen, delstatsregjeringen eller av en tredjedel av medlemmene i det føderale parlamentet (Bundestag). Forfatningsdomstolen blir stort sett forelagt noen slike saker hvert år.⁶⁴

I Frankrike gir forfatningen av 1958 to domstollignende organer, Conseil d'État og Conseil Constitutionnel, adgang til å utføre konstitusjonell kontroll utenom ordinære rettstvister. Den franske regjeringen har plikt til å innhente Conseil d'États uttalelser i flere typer saker,⁶⁵ og kan i andre saker selv beslutte å innhente uttalelser fra Conseil d'État.⁶⁶ Det har blitt vanlig at Conseil d'État avgir rådgivende uttalelser i nærmere tusen saker hvert år, hvorav ca. hundre gjelder lovgivning.⁶⁷

⁶³ Se Hartmut Söhn, «Die abstrakte normenkontrolle», i Christian Starck (red.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. I: Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976, s. 292–322, på s. 314.

⁶⁴ For en statistisk analyse, se Nicola Christine Corkin, «Developments in Abstract Judicial Review in Austria, Italy and Germany», Avhandling for Doctor of Philosophy, ved The University of Birmingham, mars 2010.

⁶⁵ Se Constitution de la République française, Article 37, 38 og 39.

⁶⁶ Constantijn Kortmann, «The French Republic» i Luca Prakke and Constantijn Kortmann (red.), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Kluwer 2004, s. 237–308, på s. 280.

⁶⁷ Se Conseil d'État 2013 Annual report, s. 3.

Den franske regjeringens rett og plikt til å innhente rådgivende uttalelser fra Conseil d'État kan minne om Stortingets adgang til å innhente betenkninger fra Høyesterett etter Grunnloven § 83. I likhet med Høyesterett er Conseil d'État en domstol, selv om sistnevnte er en forvaltningsdomstol, uten førstnevntes kompetanse på alminnelige områder utenfor forvaltningssaker. Likheten består likevel i at både Høyesterett og Conseil d'État, som domstoler, kan bli bedt om å gi råd til en av de andre statsmakterne, både etter den franske og den norske forfatningen. Men etter Grunnloven § 83 er det den lovgivende makt som kan innhente slike råd, mens den franske forfatningen frem til 2008 kun gav den utøvende makt adgang til å innhente slikt råd. Etter den franske konstitusjonsreformen i 2008 kan nå også nasjonalforsamlingens eller senatets president innhente uttalelse fra Conseil d'État om lovforslag fremsatt av det enkelte parlamentsmedlem, før forslaget behandles i en komité.⁶⁸ Denne mekanismen gir derved det lovgivende organ en viss anledning til å få juridisk råd av en domstol, og er derved forholdsvis lik Grunnloven § 83, selv om den franske ordningen i motsetning til den norske kun gjelder lovforslag som er fremmet på en bestemt måte.

I tillegg til foreleggelse for Conseil d'État kan det franske parlamentets vedtak utsettes for konstitusjonell forhåndskontroll i Conseil Constitutionnel.⁶⁹ Det har vært vanlig at det er færre enn 30 saker som foreligger for slik forhåndskontroll hvert år.⁷⁰ Denne kontrollprosedyren kan igangsettes av republikkens president, statsministeren, parlamentets eller senatets president, eller 60 parlaments- eller senatsmedlemmer.⁷¹ Men den kontroll som Conseil Constitutionnel utøver, er grunnleggende forskjellig fra den kontrollfunksjon Høyesterett kan utøve etter Grunnloven § 83, først og fremst fordi medlemmene i Conseil Constitutionnel ikke består av juridiske eksperter og heller ikke fungerer som noen alminnelig domstol. Conseil Constitutionnel har likevel blitt en sentral konstitusjonell aktør, fordi organets tolkning og anvendelse av den franske forfatningen er autoritativ, i den forstand at den ikke kan

⁶⁸ Constitution de la République française, Article 39.

⁶⁹ Constitution de la République française, Article 61.

⁷⁰ Se Susan Wright, «The French Conseil Constitutionnel since Early 2010: Its Growing Caseload and Its First Contact with the Court of Justice of the European Union», *European Public Law*, 2014, s. 23–30, på s. 23.

⁷¹ Constitution de la République française, Article 61.

ankes til noen annen instans.⁷² Og etter den franske konstitusjonsreformen i 2008 har Conseil Constitutionnel fått myndighet til å prøve om vedtak som har trådt i kraft, er forenelige med forfatningen.⁷³ Derved har Conseil Constitutionnel fått en funksjon som ligner andre forfatningsdomstoler. Og Conseil Constitutionnel kan nå, som den norske Høyesterett, bli bedt om å vurdere om parlamentets vedtak er i samsvar med forfatningen, både før og etter ikrafttredelse.

Det er en rekke andre europeiske land som har kontrollmekanismer som omfatter elementer som tilsvarer den tyske eller franske forfatningen, og som derved gir domstoler eller domstollignende organer mulighet til å utøve kontroll med andre statsorganer, uten at det foreligger noen rettstvist. Slike ordninger finnes blant annet i dagens forfatninger i Estland,⁷⁴ Latvia,⁷⁵ Portugal,⁷⁶ Romania,⁷⁷ Spania,⁷⁸ Ungarn,⁷⁹ og Østerrike.⁸⁰

5.5 Utenfor Europa

Utenfor Europa er det som nevnt ovenfor flere av delstatene i USA som har hatt og som fortsatt har konstitusjonelle mekanismer som gir domstolene mulighet for å utøve kontroll med andre av delstatens organer, uten at det foreligger noen rettstvist. Slike mekanismer finnes blant annet i forfatningene i Colorado, Florida, Maine, Massachusetts, Michigan, New Hampshire, Rhode Island og Sør-Dakota.⁸¹ Men i det føderale amerikanske systemet utøver domstolene ingen juridisk kontroll med andre føderale organer

⁷² For en analyse av Constiutionel constiutionels virksomhet, se Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France, The Constiitutional Council in Comparative Perspective*, New York and Oxford: Oxford University Press, 1992.

⁷³ Constitution de la République française, Article 61–1.

⁷⁴ Se SOU 2007:85, s. 119–122. Se også Taube 2010, s. 43–44. Estland har i likhet med Norge en mekanisme som gir parlamentet anledning til å innhente uttalelse fra landets høyesterett, men til forskjell fra den norske ordningen, er ikke parlamentets adgang fastsatt i den formelle forfatningen, men i lovgivningen, se Taube 2010, s. 43.

⁷⁵ Se SOU 2007:85, s. 137–139.

⁷⁶ Se Rosenfeld og Sajó 2012, s. 806.

⁷⁷ Se Rosenfeld og Sajó 2012, s. 806.

⁷⁸ Se SOU 2007:85, s. 147–149.

⁷⁹ Se SOU 2007:85, s. 157–160.

⁸⁰ Se SOU 2007:85, s. 161–165.

⁸¹ Se Note, Advisory Opinions on the Constitutionality of Statutes, *Harvard Law Review*, 1956, s. 1302–1313.

uten at det foreligger noen rettsvist. Den føderale høyesterett har i enkelte saker uttrykkelig nektet å avgi uttalelser om abstrakte rettsspørsmål.⁸²

I Canada har den føderale høyesterett, som den norske Høyesterett, adgang til å avgi uttalelser om konstitusjonelle spørsmål, selv om det ikke foreligger noen rettsvist.⁸³ Det har blitt forutsatt i en over 100 år lang praksis at domstolen har en slik adgang, selv om det ikke har fremgått uttrykkelig av Canadas forfatning.⁸⁴ Bortsett fra andre domstoler er det kun Canadas generalguvernør som kan innhente uttalelser fra høyesterett, og generalguvernørens avgjørelse må godkjennes av regjeringen.⁸⁵ Generalguvernøren har innhentet uttalelser fra den føderale høyesterett etter anmodning fra den føderale regjeringen, men også fra de canadiske provinsene, private parter og utenlandske regjeringer.⁸⁶ I løpet av nærmere 100 år er adgangen til å innhente slike uttalelser benyttet noe over 100 ganger.⁸⁷ Denne betenkingsvirksomheten har skapt en viss konstitusjonell debatt om den føderale høyesteretts rolle. Her har det blant annet vært uttrykt skepsis mot å innhente betenkninger, som støtter seg på mange av de samme argumenter som har vært fremme i norsk debatt.⁸⁸ Men nyere rettsvitenskapelige analyser har også vurdert betenkingsvirksomheten som et viktig element i Canadas forfatning.⁸⁹

I Asia er det også forfatninger som gir domstolene mulighet til å utøve kontroll med andre statsorganer, uten at det foreligger noen rettsvist. For eksempel gir forfatningen i India presidenten anledning til å innhente vurdering fra landets høyesterett, både om rettslige og faktiske spørsmål, i den grad de er eller kan bli av en slik art og av slik offentlig viktighet at det er nødvendig å innhente slik vurdering.⁹⁰ Adgangen blir benyttet forholds-

⁸² Den føderale høyesterett avsto blant annet Kongressens anmodning om en slik uttalelse i 1792, og daværende president Washingtons anmodning i 1793. Se Note, *Advisory Opinions on the Constitutionality of Statutes*, *Harvard Law Review*, 1956, s. 1302–1313, og James Bradley Thayer, *Legal Essays*, Boston 1908, s. 53–54.

⁸³ Se generelt James L. Huffmann og Mardilyn Saathof, «Advisory Opinions and Canadian Constitutional Development: The Supreme Court's Reference Jurisdiction», *Minnesota Law Review*, 1990, s. 1251–1336.

⁸⁴ *Op. cit.*, s. 1255–1263.

⁸⁵ *Op. cit.*, s. 1291.

⁸⁶ *Op. cit.*, s. 1291–1292.

⁸⁷ *Op. cit.*, s. 1287–1291.

⁸⁸ For en utførlig gjennomgang, se Huffmann og Saathof 1990.

⁸⁹ Se Huffmann og Saathof 1990, s. 1317–1322.

⁹⁰ Se *The Constitution of India*, article 143.

vis sjelden, i gjennomsnitt ca. hvert femte år.⁹¹ Likevel er det hevdet at høyesteretts betenkingsvirksomhet har gitt konstruktive bidrag til den indiske forfatningsutviklingen.⁹²

Videre er det i Afrika flere forfatninger som gir domstolene eller domstollignende organer mulighet til å utøve kontroll med andre statsorganer, uten at det foreligger noen rettstvist. I Sør-Afrika fremgår det av forfatningen av 1996 at presidenten eller et nærmere bestemt mindretall i parlamentet kan innhente forfatningsdomstolens vurdering av om lovgivning er i samsvar med forfatningens krav.⁹³ Og etter Tunis nye forfatning av 2014 kan forfatningsdomstolen også utøve kontroll med andre statsorganer uten at det foreligger noen rettstvist.⁹⁴ Det fremgår av den nye tunisiske forfatningen at forfatningsdomstolen blant annet kan granske om lovforslag, forslag til endringer av forfatningen, og internasjonale traktater er i samsvar med forfatningen.⁹⁵ Presidenten har vid myndighet til å kreve slike granskninger, mens krav om granskning av alminnelige lovforslag også kan fremmes av statsministeren eller 30 parlamentsmedlemmer.

5.6 Folkerettslige mekanismer

Det er ikke bare forfatninger som kan gi domstoler adgang til å utøve kontroll med andre myndigheter utenom rettstvister. Etter 1945 har en rekke folkerettslige avtaler etablert domstoler, og noen av disse har myndighet til å avgi uttalelser om en rekke ulike spørsmål, selv om det ikke har oppstått noen rettstvist. Blant annet kan Den internasjonale domstol (ICJ) avgi rådgivende uttalelser.⁹⁶ I EU har Rådet, Kommisjonen og Medlemsstatene anledning til å be om EU-domstolens uttalelse om hvorvidt et utkast til en folkerettslig avtale mellom EU og en tredje part er forenlig med EU-traktatene.⁹⁷ Og det er mulig å innhente rådgivende

⁹¹ Se M. P. Jain, *Indian Constitutional Law*, Third Edition, 1978, s.134–139, og Deepaloke Chatterjee, «Presidential References and their Precedential Value: A Constitutional Analysis», *National Law School of India Review*, 2009, s. 175–187.

⁹² Se Jain 1978, s.138–139.

⁹³ Se Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Article 80.

⁹⁴ Se Constitution of the Tunisian Republic, Unofficial translation by Jasmine Foundation, Final edition 26. 1. 2014.

⁹⁵ Se Constitution of the Tunisian Republic, Article 120.

⁹⁶ Se Statute of the International Court of Justice, artikkel 65.

⁹⁷ Se Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte, artikkel 218 nr. 11.

uttalelser fra den amerikanske menneskerettighetsdomstolen, Den europeiske menneskerettighetsdomstol, og den afrikanske menneskerettighetsdomstolen.⁹⁸

EU-domstolens uttalelser om folkerettslige avtaler gir en illustrasjon av hvordan internasjonale domstolers forhåndskontroll kan fungere. I løpet av snart 60 år er adgangen i EU til å be om juridiske forhåndsvurderinger av folkerettslige avtaler benyttet 18 ganger, i gjennomsnitt hvert tredje år. Praktisk og politisk har prosedyren fått vesentlig betydning, ikke bare for EU, men også for Norge. I 1991 forela EF-kommisjonen et utkast til EØS-avtalen for EF-domstolen, med spørsmål om hvorvidt tvisteløsningsmekanismen var forenlig med EF-retten.⁹⁹ Det daværende avtaleutkastet var blant annet utformet med en felles EØS-domstol. Dette mente EF-domstolen var uforenlig med EF-retten. Resultatet ble at EØS-avtalen måtte reforhandles, og at de EFTA-statene som var parter i EØS-avtalen, måtte akseptere at deres avtaleforpliktelser ble underlagt en egen domstol, EFTA-domstolen. Slik sett fikk EU-domstolens betenkning om EØS-avtalen vesentlig politisk og praktisk betydning, kanskje først og fremst for Norge. Det reviderte avtaleutkastet bidrog også til å beskytte EF-rettens og EF-domstolens integritet og autonomi.¹⁰⁰

De folkerettslige prosedyrene er vesensforskjellige fra Grunnloven § 83 på flere punkter. Men de har det til felles med Grunnloven § 83 at de gir mulighet til å forelegge et spørsmål til forhåndsvurdering av en domstol, som i ettertid kan bli nødt til å ta stilling til spørsmålet i en rettsvist. Det ser ikke ut til å ha hindret anvendelse av de folkerettslige prosedyrene for å innhente ulike domstolers vurderinger.

5.7 Oppsummering

Den komparative gjennomgangen viser at det er mange rettssystemer som har ordninger hvor domstoler eller domstollignende organer utøver konstitusjonell kontroll med øvrige statsmakter uten at det foreligger noen

⁹⁸ For en sammenliknende analyse av muligheten for å innhente rådgivende uttalelser fra ulike internasjonale domstoler på menneskerettighetsområdet, se Julie Calidonio Schmid «Advisory opinions on Human Rights: Moving beyond a pyrric Victory», *Duke Journal of Comparative & International Law* 2006, s. 415–456.

⁹⁹ Se European Court of Justice, Opinion 1/91.

¹⁰⁰ Se Barbara Brandtner «The 'Drama' of the EEA: Comments on Opinions 1/91 and 1/92», *European Journal of International Law*, 1992, s. 300–328.

rettstvist. Slike mekanismer finnes i en rekke land, i alle verdensdeler, og har med noen justeringer blitt implementert i folkeretten. En rekke av disse mekanismene er utformet slik at særskilte forfatningsdomstoler kan bli forelagt spørsmål fra andre statsmakter uten at det foreligger noen rettstvist. Slike ordninger har blitt mer vanlige etter 1945, og benyttes forholdsvis ofte.¹⁰¹ Det viser seg at det skal forholdsvis lite til for å benytte slike ordninger, da de typisk er utformet slik at de kan aktiveres av både utøvende makt og et mindretall av folkevalgte representanter i lovgivende forsamlinger. Videre er det enkelte forfatninger som gir de øvrige statsmakter anledning til å innhente betenkninger fra den alminnelige høyesterett. Men i de land hvor forfatningene gir de øvrige statsmaktene slik adgang, blir ikke denne benyttet så ofte. Hyppigheten varierer fra noen ganger i året til flere år mellom hver gang. Tilsvarende kan det gå år mellom hver gang det blir innhentet betenkninger fra internasjonale domstoler. Det å avgi betenkninger utgjør derved en svært liten del av noen få domstolers virksomhet, men er likevel noe som enkelte domstoler involveres i, også i vår tid.

6 Adgangen til å innhente betenkninger og betenkningenes rettsvirkninger

Etter ordlyden gir Grunnloven § 83 Stortinget mulighet til å innhente Høyesteretts betenkninger om juridiske emner. Ordlyden regulerer ikke i hvilke situasjoner denne muligheten skal eller bør benyttes. Den sier heller intet om hvilke juridiske emner det kan innhentes betenkninger om. Stortinget står derved etter ordlyden helt fritt med hensyn til å velge under hvilke omstendigheter det eventuelt skal innhentes betenkninger fra Høyesterett, og hvilke saker det kan innhentes betenkninger om – forutsatt at sakene har en juridisk gjenstand.

Høyesterett har heller ikke problematisert hvorvidt de spørsmål de er bedt om å avgi betenkning over, har en juridisk gjenstand (nå «juridisk emne») jf. Grunnloven § 83. Sammenholdes Stortingets beslutninger om å innhente Høyesteretts betenkninger med de betenkningene Høyesterett

¹⁰¹ Se blant annet Alec Stone «The Birth and Development of Abstract Review: Constitutional Courts and Policymaking in Western Europe», *Policy Studies Journal*, 1990, nr. 1, s. 81–95, og Corkin 2010.

har avgitt, vises det at Høyesterett har avgitt betenkning hver gang Stortinget har besluttet å innhente betenkning.¹⁰²

I samsvar med spørsmålene stilt av Stortinget har Høyesterett i betenkningene vurdert blant annet om en eller flere bestemmelser i Grunnloven er til hinder for bestemte forslag til endringer i:

- Grunnloven
 - Høyesteretts betenkning datert 19. mars 1842 om Grunnloven § 112 er til hinder for å oppheve den delen av Grunnloven § 2 som stenger jøder ute fra riket.¹⁰³
- Lovgivning
 - Høyesteretts betenkning avgitt i 1933 om forslag til tillegg i odelslovgivningen rammes av Grunnlovens forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft.¹⁰⁴
- Stortingets forretningsorden
 - Høyesteretts betenkning datert 22. mars 1845 om hvorvidt Grunnloven inneholder noen hjemmel for eller noe hindring mot at Stortinget endrer sitt reglement slik at statsrådene kan delta i Stortingets forhandlinger, og om det eventuelt vil stride mot Grunnlovens prinsipper å gi statsrådene slik tilgang.¹⁰⁵
- Andre Stortingsbeslutninger.
 - Høyesteretts betenkning datert 14. april 1818 om tolkningen av Grunnloven § 75 bokstav i (om midlertidig gasjer og pensjoner), og om Stortinget uten å krenke bestemmelsen kan innlate seg i gasjevesenet i alminnelighet og især om pensjoner som Regjeringen har avslått søknader om.¹⁰⁶
 - Høyesteretts betenkning datert 20. november 1945 angående det sittende Stortings myndighet til å fatte beslutning om opphør av funk-

¹⁰² Men Høyesterett har avvist å avgi betenkninger til andre enn statsmaktene. Da Jus-tisdepartementet ønsket Høyesteretts betenkning om en forordning i 1816, svarte Høy-esterett at domstolen ikke var berettiget til eller hadde hjemmel til å avgi betenkning til andre enn Kongen, Regjeringen og Stortinget, se Hallager 1915, s. 175.

¹⁰³ Referert i St.forh. 1842, 9. del, s. 267-97.

¹⁰⁴ Dok. nr. 8 (1933).

¹⁰⁵ St.forh. 1845, 7. del, s. 197-201.

¹⁰⁶ St.forh. 1818, 2. del, s. 83-90.

sjonstid, og om det nyvalgte Storting kan sammenkalles og konstitueres før det i Grunnloven § 68 nevnte tidspunkt.¹⁰⁷

I tillegg har Høyesterett i samsvar med spørsmålene stilt av Stortinget vurdert:

- Hensiktsmessigheten av bestemte forslag til lov, forskrifter og annet regelverk
 - Høyesteretts betenkning datert 22. august 1815 om forslag til reglement for Riksretten.¹⁰⁸
 - Høyesteretts betenkning datert 14. april 1821 om et forslag om å endre reglement for riksretten og høyesterettsloven, for å innføre votering for åpne dører (offentlig votering).¹⁰⁹
 - Høyesteretts betenkning datert 6. juni 1857 om høyesterettsadvokaters beskikkelse.¹¹⁰

Gjennomgangen av de betenkninger Høyesterett har avgitt, viser at de fleste betenkningene har vært av abstrakt karakter, i den forstand at de kun handler om tolkning av normer, løsrevet fra faktisk forhold. Et illustrerende eksempel er Høyesteretts betenkning avgitt i 1933 om hvorvidt forslag til tillegg i odelslovgivningen rammes av Grunnlovens forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft.¹¹¹

I tillegg til betenkninger av abstrakt karakter har Høyesterett avgitt betenkninger som ikke er av abstrakt art, men som derimot gjelder spørsmål om hvordan forfatningens normer skal tolkes og anvendes under en bestemt situasjon på et klart angitt saksforhold. Dette var tilfelle med den betenkning som Høyesterett avgav i 1945 om hvorvidt det sittende Storting hadde myndighet til å fatte beslutning om opphør av funksjonstid, og om det nyvalgte Storting kan sammenkalles og konstitueres før det tidspunkt som var nevnt i daværende Grunnloven § 68, under de spesielle konstitusjonelle omstendighetene i Norge høsten 1945.¹¹²

¹⁰⁷ Dok. nr. 11 (1945)

¹⁰⁸ St.forh. 1815–1816, 1. del, s. 467–487.

¹⁰⁹ St.forh. 1821, 5. del, s. 124–152.

¹¹⁰ Dok. nr. 53 (1857).

¹¹¹ Dok. nr. 8 (1933).

¹¹² Dok. nr. 11 (1945).

Grunnloven § 83 gir Stortinget adgang til å innhente «Høyesteretts betenkning». En vanlig språklig forståelse av ordet «betenkning» tilsier at det er Høyesteretts uttalelse Stortinget kan be om, og ikke noen endelig avgjørelse truffet av Høyesterett. Betenkningene som Høyesterett avgir etter Grunnloven § 83, kan av den grunn ikke være juridisk bindende for Stortinget.¹¹³ At betenkningene ikke er bindende, illustreres også av den nynorske språkversjonen av Grunnloven som ble vedtatt 6. mai 2014, og som istedenfor «betenkning» bruker ordet «utgreiing».

Et annet spørsmål er om Høyesteretts betenkninger er bindende for Høyesterett i senere saker. Utgangspunktet må være at betenkningen er rådgivende, ikke bare for Stortinget, men også for Høyesterett. Betenkningene kan av den grunn heller ikke ha rettskraft, og slik sett ikke ha noen formelle prosessuelle virkninger. Hvis det anlegges sak om et rettsforhold som Høyesterett har avgitt betenkning om, kan ikke saksanlegget uten videre avvises. Men dersom Høyesterett skal fravike en rettsoppfatning som har kommet til uttrykk i en betenkning, må det kunne bestemmes at saken, eller rettsspørsmålet i den, skal avgjøres av Høyesterett i storkammer, satt med 11 dommere.¹¹⁴ Og selv om betenkninger ikke kan ha rettskraft, er det grunn til å anta at Høyesterett ikke uten videre vil fravike de rettsoppfatninger som har kommet til uttrykk i betenkningene.

7 Prosessuelle regler for Høyesteretts betenkninger til Stortinget

Grunnlovens ordlyd er taus om hvordan Høyesterett skal behandle Stortingets beslutninger om å innhente betenkninger. Men prosessreglene for Høyesterett har supplert Grunnloven, og fastsatt regler for hvordan Høyesterett skal behandle betenkninger som Stortinget beslutter å innhente.

Høyesterettsloven, som ble sanksjonert 12. september 1818, bestemte i § 28 at «de Betænkninger, der afgives til Storthinget, skal være underskrevne af Rettens samtlige Tilforordnede» med mindre

¹¹³ Se også Taube 2010, s. 37–41.

¹¹⁴ Se lov 13. august 1915 nr. 5, § 5 fjerde ledd.

noen har lovlig forfall.¹¹⁵ Betenkningene skulle derved avgis av en samlet Høyesterett. Videre bestemte høyesterettsloven § 28 at dersom den eller de dommerne i Høyesterett «som maatte være af anden Mening end Pluraliteten, ere berettigede til, at faae sin afvigende Mening med dens Grunde tilført».¹¹⁶ Dette gav et rom for dissenser i betenkningene. Endelig bestemte høyesterettsloven § 31 at Høyesterett skulle ha en «Erklærings-Protocol»,¹¹⁷ og etter høyesterettsloven § 32 skulle Justitssecretairen besørge at «alle Rettens Indstillinger og Betænkninger var reenskrevne, paraphere dem og lade dem indføre i Erklærings-protocol-len».¹¹⁸ I samsvar med denne bestemmelsen ble alle Høyesteretts betenkninger til Stortinget innført i Erklæringsprotokollen frem til og med 1933 (årstallet for den siste betenkningen som er innført i Erklæringsprotokollen).¹¹⁹ I tillegg er de fleste av Høyesteretts betenkninger avgitt til Stortinget inntatt som del av de trykte Stortingsforhandlingene, men de har ikke blitt publisert i Norsk Retstidende.

Da prosessreformen av 1915 trådte i full kraft i 1937, var en bieffekt at reglene for Høyesteretts betenkninger, i høyesterettsloven av 1818, ble opphevet. Det er i dag ingen særlige lovregler som bestemmer hvordan Høyesterett skal behandle en eventuell Stortingsbeslutning om å innhente betenkning om juridiske emner.

Da Høyesterett avgav betenkning til Stortinget høsten 1945, ser det likevel ikke ut til at det var noen som problematiserte hvilke prosessregler som skulle legges til grunn. Men denne betenkningen er likevel presentert på samme måte og i samme form som tidligere betenkninger. Blant annet ble betenkningen i 1945, som de foregående betenkningene, presentert som et referat av dommernes oppfatninger, og undertegnet av alle faste dommere som ikke hadde forfall. Videre fremkommer det av betenkningen i 1945 at det var dissens i Høyesterett om det spørsmål betenkningen gjaldt, slik høyesterettsloven av 1818 § 28 åpnet for. Dissensen i 1945 er på samme måte som dissensen i 1933 utformet som kortfattet referat av dommernes oppfatninger, og gir lite informasjon om de resonnementer som

¹¹⁵ Se lov om Høiesteret 12. september 1818, § 28.

¹¹⁶ Se lov om Høiesteret 12. september 1818, § 28.

¹¹⁷ Se lov om Høiesteret 12. september 1818, § 31.

¹¹⁸ Se lov om Høiesteret 12. september 1818, § 32.

¹¹⁹ Erklæringsprotokollen ble likevel ført frem til 1937, da de siste deler av prosessreformen av 1915 trådte i kraft.

disse oppfatningene hviler på.¹²⁰ Det ser derved ut til at prosessreglene i høyesterettsloven av 1818 ble anvendt i 1945, selv om reglene formelt sett var opphevet flere år i forveien.

Verken høyesterettsloven av 1818 eller senere regler har satt noen tidsfrist for hvor raskt Høyesterett må avgi betenkning, når Stortinget først har besluttet at betenkning skal innhentes. De fleste betenkningene er likevel avgitt på relativt kort tid. Fra Stortinget har besluttet å innhente betenkning til betenkninger har vært forelagt Stortinget, har det gått mellom en uke og opp til et par måneder.

Det har heller ikke vært noen prosessuelle regler som har hindret Høyesterett i å innhente betenkninger fra andre, under arbeidet med sin egen betenkning. I en sak har Høyesterett, i tillegg til å avgi sin egen betenkning, bedt advokatene ved Høyesterett om å avgi en selvstendig betenkning om det spørsmål som Stortinget hadde forelagt domstolen. Dette vekket imidlertid betydelig irritasjon på Stortinget, kanskje først og fremst på grunn av innholdet i Høyesterettsadvokatenes betenkning, som Høyesterett uttrykkelig støttet, og oversendte sammen med sin egen.¹²¹

8 Stortingets innhenting av betenkninger fra Høyesterett

8.1 Oversikt

Stortingets anvendelse av Grunnloven § 83 er nedtegnet i de trykte Stortingsforhandlingene. Gjennomgang av dette materialet viser at det har vært fremsatt en rekke forslag om å innhente Høyesteretts betenkninger, på Stortinget, og i dets tidligere avdelinger, Odelsting og Lagting. Nedenfor presenteres først en liste over de viktigste sakene hvor disse forslagene har blitt vedtatt, og deretter en historisk bakgrunn som kan gi noen mulige forklaringer på at disse vedtakene er truffet i tiden mellom 1814 og 1857, og mellom 1933 og 1945, mens det ikke er truffet slike vedtak utenom disse to periodene.

¹²⁰ Se Dok. nr. 8 (1933) og Dok. nr. 11 (1945).

¹²¹ Se Langeland, 2005, s. 43.

8.2 *Beslutninger om å innhente Høyesteretts betenkninger*

De mest sentrale beslutninger om å innhente Høyesteretts betenkninger om juridisk gjenstander er:¹²²

- Lagtingets beslutning 5. august 1815 om å innhente Høyesteretts betenkning om forslag til reglement for Riksretten.¹²³
- Stortingets beslutning 9. april 1818 om å innhente Høyesteretts betenkning om tolkningen av Grunnloven § 75 bokstav i om midlertidige gasjer og pensjoner, og om Stortinget uten å krenke bestemmelsen kan innlate seg i gasjevesenet i alminnelighet og især om pensjoner som Regjeringen har avslått søknader om.¹²⁴
- Stortingets beslutning 3. mars 1821 om å innhente Høyesteretts betenkning om et forslag om å endre reglement for riksretten og høyesterettsloven, for å innføre votering for åpne dører (offentlig votering).¹²⁵
- Odelstingets beslutning av 24. august 1833 om å innhente Høyesteretts betenkning om nytt forslag om å endre reglement for riksretten og høyesterettsloven, for blant annet å innføre votering for åpne dører (offentlig votering).¹²⁶
- Stortingets beslutning av 26. februar 1842 om å innhente Høyesteretts betenkning om hvorvidt Grunnloven § 112 er til hinder for å opphevede den delen av Grunnloven § 2 som stenger jøder ut fra riket.¹²⁷
- Stortingets beslutning av 22. februar 1845 om å innhente Høyesteretts betenkning om hvorvidt Grunnloven inneholder noen hjemmel for eller noe hindring i at Stortinget endrer sitt reglement slik at statsrådene

¹²² De sakene som Stortinget har besluttet å innhente Høyesteretts betenkning er med unntak av én sak sammenfallende med den listen over betenkninger som daværende dommer i Høyesterett Finn Hiorthøy presenterte i 1963. Her er i tillegg en betenkning fra 1857 tatt med, i likhet også med Haffner 1960, s. 133. Den oversikten som presenteres her er basert på søk etter Høyesteretts betenkninger i de nå digitaliserte Stortingsforhandlingene, og Høyesteretts Erklæringsprotocoller som oppbevares hos Riksarkivet. Til forskjell fra den listen over betenkninger som Hiorthøy presenterte over Høyesteretts betenkninger, gis det her en oversikt over Stortingets beslutninger om å innhente betenkningene. Høyesteretts betenkninger er presentert nedenfor i punkt 7.

¹²³ St.forh. 1815–1816, L. 5.8.1815, s. 465, se også s. 467 flg.

¹²⁴ St.forh. 1818, S. 9.4., s. 14–15.

¹²⁵ St.forh. 1821, S. 3.3., s. 25–26.

¹²⁶ St.forh. 1833, O. 24.8., s. 657.

¹²⁷ St.forh. 1842, S. 26.2., s. 115.

kan delta i Stortingets forhandlinger, og om det eventuelt vil stride mot Grunnlovens prinsipper å gi statsrådene slik tilgang.¹²⁸

- Odelstingets beslutning av 1. april 1857 om å innhente Høyesteretts betenkning om lovforslag om endring av bestemmelser for høyesterettsadvokaters beskikkelse.¹²⁹
- Stortingets beslutning 20. mars 1933 om å innhente Høyesteretts betenkning om hvorvidt forslag til tillegg i odelslovgivningen rammes av Grunnlovens forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft.¹³⁰
- Stortingets beslutning 13. november 1945 om å innhente Høyesteretts betenkning angående det sittende Stortings funksjonstid.¹³¹

Denne listen omfatter kun formelle beslutninger om å innhente betenkninger om juridiske emner, forstått som saker som angår rettsnormer. Det å skaffe til veie faktiske opplysninger fra Høyesterett har av Stortinget også blitt omtalt som «Indhentelse af Høiesterets Betænkning».¹³² Slike henvendelser er likevel utelatt fra listen, fordi det å innhente faktiske opplysninger er grunnleggende forskjellig fra det å innhente vurdering av rettsspørsmål.

Oppstillingen over Stortingets beslutninger om å innhente Høyesteretts betenkninger viser at det har vært variasjoner i Stortingets anvendelse av Grunnloven § 83. I tidsrommet fra 1814 til 1857 ble det besluttet å innhente betenkninger i flere saker. Deretter ble bestemmelsen ikke anvendt på mer enn 80 år. Da det på ny ble besluttet å innhente betenkning fra Høyesterett i 1933, gikk det ikke mer enn 12 år før enda en ny betenkning ble besluttet innhentet i 1945. Og etter 1945 og frem til i dag har Grunnloven § 83 igjen blitt en bestemmelse som flertallet på Stortinget ikke har ønsket å benytte seg av.

¹²⁸ St.forh. 1845, 7. del, S. 22.2., s. 33–35.

¹²⁹ St.forh. 1857, 10. del, O. 1.4., s. 112.

¹³⁰ St.tid. 1933, s. 709–716.

¹³¹ St.tid. 1945, s. 194–221 og s. 225–35.

¹³² Se for eksempel forslag om «indhentelse af Høiesterets betænkning om Beskaffenhede af Rettens Lokale» i St.forh. 1821 s. 79–80 og s. 96.

8.3 Historisk bakgrunn for beslutninger om å innhente Høyesteretts betenkninger

I noen grad kan variasjonene i anvendelsen av Grunnloven § 83 forklares i lys av endrede relasjoner mellom statsmaktene og utvikling av samfunnsforhold.

Det forhold at Grunnloven § 83 faktisk ble anvendt i tiårene etter 1814, kan ha sammenheng med at i det dansk-norske eneveldet hadde vært en viss tradisjon for at Kanselliet forela ulike spørsmål fra Høyesteret. Den praksisen vedvarte også i Danmark i tiårene etter Norges løsrivelse.¹³³ Videre kan det ha hatt betydning for anvendelse av Grunnloven § 83 i tiårene etter 1814 at flere av datidens mest anerkjente norske jurister var plassert som dommere i den nye norske Høyesterett, og at det da var nærliggende å forelegge uklare juridiske spørsmål for dette kollegiet. Det kan også ha spilt en rolle at Høyesteretts vota var hemmelige frem til 1864.¹³⁴ Det å innhente betenkning fra Høyesterett var derfor i perioden fra Høyesterett ble etablert, i 1815 og frem til votaene ble offentlige i 1864, en unik mulighet for Stortinget og allmennheten for øvrig, til å få innblikk i den øverste domstolens argumentasjon og kildebruk.

At Stortinget ikke innhentet betenkninger fra Høyesterett i perioden mellom 1857 og 1933, kan ha sammenheng med flere former for endringer i norsk samfunns- og rettsliv i siste halvdel av 1800-tallet. For det første, da Høyesteretts vota ble offentlige fra og med 1864, forsvant noe av det behov som betenkningene hadde tjent i den perioden votaene var hemmelige. For det andre kan endrede relasjoner og det økte konfliktnivået mellom Storting, Kongemakt og Høyesterett ha hatt betydning. Kulminasjonen av det økte konfliktnivået i Riksrettssakene i 1884 var i seg selv en illustrasjon av at Stortinget var villig til å se helt bort fra Høyesteretts vurderinger. Med en slik innstilling er det ikke gitt at det ville gi god mening for Stortinget å innhente Høyesteretts betenkning om andre spørsmål heller. For det tredje kan behovet for å rådspørre Høyesterett om juridiske spørsmål ha blitt mindre i takt med at andre mekanismer

¹³³ Se Nørregård 1961, s. 316–319.

¹³⁴ For en historisk gjennomgang av diskusjonen om innføring av offentlige vota i Høyesterett, se Nils Rune Langeland, *Høyesteretts historie bind 1*, Oslo 2005, s. 369–374.

for å vurdere lovers grunnlovsmessighet og deres forhold til folkerettslige forpliktelser ble mer vanlig. I forbindelse med at Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo fikk flere professorer utover på 1800-tallet, avgav fakultetet fra 1841 til 1908 en rekke betenkninger om juridiske spørsmål, blant annet til Kongen i statsråd, departementene, og i noen tilfeller også direkte til Stortinget.¹³⁵ Videre betød etableringen av Justisdepartementets lovavdeling i 1885 at sentrale lovforslag ble gjennomgått av juridiske eksperter, som blant annet kunne avgi tolkningsuttalelser om rettsspørsmål og utarbeide betenkninger om lovforslag (lovtekniske gjennomgåelser).¹³⁶

Mens det er mulig å forklare at Stortinget sluttet å innhente betenkninger fra Høyesterett i siste halvdel av 1800-tallet med endringer i samfunns- og rettsliv, er det vanskeligere å finne noen generelle endringer i samfunnet eller retten som kan forklare at Stortinget igjen valgte å innhente betenkninger fra Høyesterett i 1933 og 1945.

Den direkte bakgrunnen for Stortingets beslutning om å innhente betenkning fra Høyesterett i 1933 var en anbefaling fra Justisdepartementets lovavdeling, som igjen var foranlediget av at Høyesterett i 1931 hadde funnet at en endring av bestemmelsen om pantegjeld i odelslovgivningen, som ble vedtatt i 1929, var i strid med Grunnloven.¹³⁷ Avgjørelsen skapte behov for å vedta en ny bestemmelse om pantegjeld i odelslovgivningen, og spørsmålet var om Høyesterett mente at også dette nye lovforslaget var i strid med Grunnloven. At Stortinget valgte å etterkomme Justisdepartementets forslag om å innhente Høyesteretts betenkning i 1933 om dette lovforslaget, er i seg selv et uttrykk for at Stortinget, etter riksrettssakene i 1884, i 1933 hadde fått fornyet tillit til Høyesterett. Omtrent førti år etter

¹³⁵ Se G. Sandvik «Betenkningar frå Det juridiske fakultet om statsrettslege emne», Eivind Smith «*Jus*» og «*politikk*» i *det norske statsliv*, Oslo 1989, s. 46–67.

¹³⁶ Se Helge Olav Bugge «De første 35 år – et omriss av Lovkontorets og Lovavdelingens tidligste historie (1885–1920)», i Helge Olav Bugge, Kirsti Coward og Stein Rognlien (red.) *Festskrift til Lovavdelingen – 100 år 1885–1985*, Oslo 1986, s. 9–23.

¹³⁷ Se Rt. 1931 s. 865. Saken gjaldt en endring av lov 1. juni 1917 om skjønn, ekspropriasjonssaker og odelsløsning, som ble foretatt i 1929. Høyesteretts avgjørelse betød i praksis at den som overtok eiendom på odal, under visse omstendigheter, også måtte overta pantegjeld som oversteg taksten på eiendommen. Fordi store deler av jord- og skogeiendommen var overbeheftet på begynnelsen av 1930-tallet, mente Justis- og politidepartementet at odelsretten, som en følge av Høyesteretts avgjørelse, i realiteten ble suspendert eller illusorisk, se Ot.prp. nr. 31 (1933) s. 2.

Riksrettssakene var nå de folkevalgte igjen fortrolige med å innhente domstolens vurdering av et vanskelig juridisk spørsmål.¹³⁸

Videre fremgår det av proposisjonen om lovforslaget hva som var grunnlaget for lovavdelingens råd om at Stortinget burde spørre Høyesterett om forslaget var forenlig med Grunnloven. Det heter i proposisjonen at Justis- og politidepartementet ikke «turde uttale nogen bestemt mening» om grunnlovsspørsmålene som det nye lovforslaget reiste.¹³⁹ Videre hadde departementet søkt å få en uttalelse om spørsmålet fra Det juridiske fakultet, men fakultetet hadde svart at det ikke fant «å kunne innlate sig på å besvare de forelagte spørsmål.»¹⁴⁰ Endelig hadde lovavdelingen også fremhevet at det kunne være ønskelig å få Høyesterett til å vurdere det nye lovforslaget opp mot den dommen som var avsagt i 1931. Samtidig understreket lovavdelingen at «Til å eske en forhåndsuttalelse fra Høyesterett herom har imidlertid kun Stortinget, ikke departementet eller regjeringen, kompetanse; se grunnl. § 83».¹⁴¹

Det har både før og etter 1933 vært usikkerhet om hvorvidt lovforslag har vært innenfor Grunnlovens rammer, uten at Justisdepartementets lovavdeling har anbefalt Stortinget å innhente betenkning fra Høyesterett. Dette gir grunn til å spørre hvilken begrunnelse Justisdepartementets lovavdeling hadde for å anbefale at Stortinget skulle innhente Høyesteretts

¹³⁸ Det var likevel ikke uten betenkeligheter at Stortinget stemte for å innhente Høyesteretts betenkning. Betenkelighetene gjaldt likevel ikke noen generell skepsis mot Høyesterett eller domstolens rolle som kontrollør av lovers grunnlovsmessighet, men kun spørsmålet om det var riktig å forelegge et spørsmål en lovs grunnlovsmessighet til forhåndskontroll for Høyesterett. Høyres representant Johan H. Andresen mente blant annet at Høyesterett ville bli inhabile i en senere sak om lovens grunnlovsmessighet, dersom domstolen først hadde avgitt betenkning om spørsmålet. Videre hevdet Andresen at selv om det å innhente Høyesteretts betenkning kunne avklare rettstilstanden og dermed hindre rettsvister, så støtet en slik avklaring mot et grunnleggende prinsipp i den norske rettsordenen, om at enhver har ubetinget rett til å bli hørt innen det dømmes i hans sak. Ved en forhåndsuttalelse fra Høyesterett mente Andresen at det ble avsagt en forhåndsdom, som ville komme til å berøre store interesser, uten at interessene hadde blitt hørt på tilstrekkelig måte. Endelig hevdet Andresen at Grunnloven § 83 heller ikke var blitt anvendt etter 1815, se St.tid. 1933, s. 709–716, på s. 711. Andresens synspunkter ble imøtegått av flere representanter, og til slutt var det kun Andresen og en annen representant som stemte mot å innhente Høyesteretts betenkning, se St.tid. 1933, s. 724.

¹³⁹ Se Ot.prp. nr. 31 (1933) s. 4.

¹⁴⁰ Se Ot.prp. nr. 31 (1933) s. 4.

¹⁴¹ Se Ot.prp. nr. 31 (1933) s. 4.

betenkning om akkurat dette grunnlovsspørsmålet i 1933. Et mulig svar kan være at det på slutten av 1920-tallet og begynnelsen av 1930-tallet var flere mindretallsregjeringer med svak støtte i Stortinget. I denne situasjonen var det muligens ikke ønskelig verken for politisk ledelse eller departementets fagjurister å fremholde et bestemt svar på et vanskelig juridisk spørsmål om Grunnlovens grenser for endringer i odelslovgivningen. I stortingsdebatten 20. mars 1933 argumenterte også justisministeren (Sunde) sterkt for at Stortinget burde innhente Høyesteretts betenkning. I denne sammenhengen kan det ha hatt betydning at daværende høyesterettsjustitiarius Paal Berg på dette tidspunkt var i ferd med å gi råd til den sittende regjeringen, den tredje regjeringen Mowinckel, om utformingen av en ny boikottlov.¹⁴² Med et slikt «samarbeidsklima» mellom regjering og høyesterettsjustitiarius var det kanskje heller ikke helt fjerntliggende å anbefale, i en mer formell form, at også Stortinget kunne innhente Høyesteretts betenkning om et vanskelig juridisk spørsmål.

Når det gjelder Stortingets beslutning om å innhente Høyesteretts betenkning i 1945, var denne sterkt preget av de ekstraordinære omstendighetene som oppstod i forbindelse med den tyske okkupasjonen i perioden 1940–45. Spørsmålet som ble forelagt Høyesterett handlet om tidspunktet for sammenkalling av det nyvalgte Stortinget i 1945, og tidspunktet for utløpet av funksjonstiden for det sittende Stortinget, som ikke hadde utløpt på ordinær måte, på grunn av Tysklands okkupasjon. Forslaget om å innhente Høyesteretts betenkning ble først formelt fremmet under en lengre stortingsdebatt om disse spørsmålene, som et kompromissforslag for å samle både Arbeiderpartiet og Høyre, som stod på hver sin side i saken.¹⁴³ Flere representanter uttalte at de støttet forslaget om å innhente Høyesteretts betenkninger på grunn av de ekstraordinære omstendighetene i 1945.

I 2015 har det gått 70 år siden Stortinget sist innhentet betenkning fra Høyesterett. Det ser ikke ut til at dette skyldes at Stortinget ikke har hatt

¹⁴² Paal Bergs rådgivning gjaldt utformingen av en boikottlov. Statsminister Mowinckel hadde allerede den dagen han tiltrådte signalisert at han ønsket justitiarius Bergs tjenester. I et telegram til Berg skrev han: «Ja nu trenger vi Dem nokk før De tror. Vi må jo få en skikkelig boikottlov istand snarest mulig og De må hjelpe oss. Jeg bad allerede i dag den nye sosialadm. søke Dem, men også jeg vil svært gjerne tale med Dem så snart det passer Dem. Please, derfor slå på telefonen for at vi kan avtale en liten samtale», sitert etter Per Hem, *Megleren Paal Berg*, Oslo 2012, s. 399.

¹⁴³ Se St.tid. 1945, s. 194–221 og s. 225–35, på s. 215–216.

behov for å avklare vanskelige juridiske spørsmål, men at slik avklaring har skjedd på andre måter.¹⁴⁴ Blant annet har Justisdepartementets lovavdeling blitt en sentral aktør i lovgivningsprosessen, som også Storkomiteene i visse situasjoner kan forelegge juridiske tolknings-spørsmål.¹⁴⁵ I tillegg har Stortinget ved presidentskapet etter 1945 innhentet en rekke eksterne vurderinger fra juridiske professorer.¹⁴⁶ Videre har Stortingets forretningsorden åpnet for at Storkomiteene kan gjennomføre offentlige høringer, hvor juridiske eksperter kan presentere sine juridiske vurderinger. Departementene kan også rådføre seg med andre eksperter enn Lovavdelingen, slik at forslag kan kvalitetssikres på ulike måter før de presenteres for Stortinget. For eksempel, når det gjelder EU/EØS-rettslige forpliktelser, rådfører departementene seg ofte med EFTAs overvåkningsorgan (ESA), EU-kommisjonen eller direkte med medlemsland i EU.¹⁴⁷

9 Nedstemte forslag om å innhente Høyesteretts betenknings

9.1 Oversikt

Selv om Stortinget kun har innhentet betenkning fra Høyesterett ved to anledninger etter 1857, betyr ikke det at Grunnloven § 83 har vært uten betydning i Stortingets konstitusjonelle debatter. Det har etter 1857 vært fremsatt en rekke forslag om å innhente Høyesteretts betenknings, men som ikke har fått flertall. I det følgende presenteres først en oversikt over disse forslagene, og deretter en analyse av argumentene som har vært fremført mot å innhente Høyesteretts betenknings.

¹⁴⁴ Se Inge-Lorange Backer, *LOVEN – Hvordan blir den til?*, Oslo 2013, særlig på s. 115–117.

¹⁴⁵ For nærmere beskrivelse av Lovavdelings arbeid i denne perioden, se Audvar Os «Lovforbredelsen», *Lov og Rett* 1962, s. 241–249, Forvaltningskomiteens innstilling 1958, s. 22–24, og Arne Fliflet «Stortinget og Lovavdelingen – noen refleksjoner om juss og politikk», i *Festskrift Lovavdelingen 100 år 1885–1985*, Oslo 1986, s. 122–137.

¹⁴⁶ For en oversikt over sentrale betenknings avgitt til Stortinget i perioden 1945–1984, se Stortingets kontors notat til Stortingets presidentskap av 7. juni 1984.

¹⁴⁷ Se Backer 2013, s. 116.

9.2 Forslag om å innhente Høyesteretts betenkninger

De viktigste sakene fra 1900-tallet og frem til i dag er:¹⁴⁸

- Stortingets beslutning 10. februar 1939 om ikke å bifalle et forslag om å innhente Høyesteretts betenkning om forlengelse av Stortingets egen valgperiode fra tre til fire år.¹⁴⁹
- Stortingets beslutning 30. mars 1989 om ikke å bifalle et forslag om å innhente Høyesteretts betenkning om forslag til midlertidig lov om regulering av inntekter og utbytte og forholdet til Grunnloven § 101 og § 112.¹⁵⁰
- Stortingets beslutning 23. september 1992 om ikke å bifalle et forslag om å innhente Høyesteretts betenkning om hvorvidt inngåelse av EØS-avtalen kommer i konflikt med bestemmelser i Grunnloven.¹⁵¹
- Stortingets beslutning 30. september 1994 om ikke å bifalle forslag om å innhente Høyesteretts betenkning av om Norge, ved eventuelt medlemskap i EU, er forpliktet til å delta i Den økonomiske og monetære unionens tredje fase.¹⁵²
- Stortingets beslutning 13. juni 1995 om ikke å bifalle et forslag om å innhente Høyesteretts betenkning av om forbudet for lokale TV-selskapers viderefremming av satellittsendinger og forbudet riksdekkende etersendinger fra andre selskaper enn NRK og TV2 er i strid med Grunnloven § 100 og § 101.¹⁵³
- Stortingets beslutning 17. juni 2004 og 16. juni 2006 om ikke å bifalle forslag om å innhente Høyesteretts betenkning om hvorvidt visse endringer i tomtefesteloven vil være i strid med Grunnloven § 97 og § 105.¹⁵⁴
- Stortingets beslutning 3. juni 2008 om ikke å bifalle forslag om å be om Høyesteretts betenkning om hvorvidt tomtefesteinstruks for Opplys-

¹⁴⁸ For en kort, men presis gjennomgang av hver enkelt sak med informasjon om voteringen, se arbeidsnotat fra Stortingets utredningsseksjon, ved Jarle Skjørestad i 2008.

¹⁴⁹ Se Dok. nr. 5 (1939) og St.tid. 1939, s. 55–78.

¹⁵⁰ Se Innst. O. nr. 39 (1988-89), og St.tid. 1989, s. 2948–2949.

¹⁵¹ Se Innst. S. nr. 244 (1991-92), og St.tid. 1992, s. 4499–4513.

¹⁵² Se Innst. S. nr. 210. (1993-94), og St.tid. 1994, s. 4700–4934.

¹⁵³ Se Dok. nr. 8:38 (1994-95), Innst. S. 190 (1994-95), og St.tid. 1995, s. 4045–4046.

¹⁵⁴ Se Innst. O. nr. 135 (2003-04) og St.tid. 2004, s. 3483–3485. Se også Innst. O. nr. 74 (2005-2006) og St.tid. 2006, s. 2882, s. 2934.

ningsvesenets fond og forslag til endring av lov om Opplysningsvesenets fond, er i samsvar med Grunnloven § 106 første punktum.¹⁵⁵

Listen viser at det har vært fremsatt seks forslag om å innhente Stortingets betenkninger bare i løpet av de siste 25 årene. De fleste har vært nedstemt av et stort flertall. Etter 1945 ser det ikke ut til at Arbeiderpartiet har støttet noen forslag om å innhente Høyesteretts betenkning. Partiet Høyre har på sin side, etter 1945, stemt imot å innhente Høyesteretts betenkning i de fleste sakene, men endret likevel standpunkt i 2008, og stemte da for å innhente Høyesteretts betenkning i saken om Opplysningsvesenets fond.

Gjennomgangen av Stortingsforhandlingene viser for øvrig at alle nyere forslag om å innhente Høyesteretts betenkning har vært begrunnet i en misstanke om at enkelte forslag som regjeringen har lagt frem for Stortinget, ikke er forenelige med Grunnloven.¹⁵⁶ I flere tilfeller har det også oppstått betydelige konflikter om hvordan Grunnloven bør og skal tolkes, etter at Stortinget har vedtatt regjeringens forslag. Høyesterett har i ettertid, som ledd i løsning av konkrete rettstvister, også kommet til at noen av de lovvedtak som de omstridte forslagene ledet til, var uforenlige med Grunnloven.¹⁵⁷

Det er likevel ikke gitt at det å innhente Høyesteretts betenkninger vil sørge for at Stortinget holder seg innenfor Grunnlovens rammer. Dette fordi det heller ikke i Høyesterett alltid har vært eller vil være enighet om hvordan disse rammene skal defineres. Det illustrerer at dommerne i Høyesterett, som andre juridiske eksperter, også kan være uenige. Stortinget har derfor ingen garanti for at alle tvilsomme rettsspørsmål vil bli avklart ved å forelegge dem for Høyesterett. Og Stortinget har heller ingen garanti for at juridiske eksperter utenfor Høyesterett ikke kan gi minst like velbegrunnede oppfatninger om hvorvidt et lovforslag er forenlig med Grunnloven, som ekspertene i Høyesterett.

Det er for øvrig interessant at ingen stortingsrepresentanter har fremmet forslag om å innhente betenkning fra Høyesterett om hvorvidt lovforslag er forenlige med Norges internasjonale forpliktelser. Det er på det rene at Stortinget, etter forslag fra regjeringen, har truffet flere vedtak i løpet av de siste årene, som har blitt ansett for å være i strid med Norges folkeretts-

¹⁵⁵ Se Innst. S. nr. 254 (2007–2008) og St.tid. 2008, s. 3489–3512.

¹⁵⁶ Se f.eks. Innst. S. nr. 254 (2007–2008)

¹⁵⁷ Se Rt. 2007 s. 1308 og Rt. 2010 s. 535.

lige forpliktelser, av domstoler utenfor Norges grenser.¹⁵⁸ Det kan ikke utelukkes at Høyesterett gjennom betenkninger kunne ha bidratt til å advare mot at det ble truffet slike vedtak. Men det er på ingen måte gitt at Høyesteretts betenkninger ville ha gitt slike advarsler. Dette fordi det har vist seg at Høyesterett, som ledd i behandlingen av konkrete rettsvister, har kommet til at enkelte stortingsvedtak er forenlige med Norges internasjonale forpliktelser, mens internasjonale domstoler, i ettertid, har kommet til at de aktuelle vedtakene er uforenlige med de samme forpliktelsene. Da for eksempel Høyesterett i den såkalte TV-Vest-saken måtte ta stilling til om kringkastingslovens forbud mot politisk TV-reklame var i strid med EMK artikkel 10, kom domstolen til at det ikke forelå noen slik strid.¹⁵⁹ EMD vurderte spørsmålet annerledes og konkluderte med at kringkastingslovens forbud mot politisk TV-reklame var i strid med EMK artikkel 10.¹⁶⁰

Selv om alle nyere forslag om å innhente Høyesteretts betenkning har det til felles at de har vært begrunnet i en mistanke om at regjeringens vedtaksforslag ikke er forenlige med Grunnloven, er det store variasjoner i hvordan mistanken har vært begrunnet, og hvor presist den har blitt formulert. For eksempel var det ingen større konstitusjonell debatt om hvorvidt forbudet mot lokale TV-selskapers videreformidling av satellittsendinger var i strid med Grunnloven, forut for forslaget om å innhente Høyesteretts betenkning om spørsmålet. Derimot var det fra flere hold uttrykt bekymring over om Regjeringens instruks for Opplysningsvesenets fond og forslag til endring av lov om Opplysningsvesenets fond, var forenelig med Grunnloven, da det ble reist forslag om å innhente Høyesteretts betenkning om disse spørsmålene. I den forstand hadde forslaget om å innhente Høyesteretts betenkning om forbudet mot lokale TV-selskapers

¹⁵⁸ Se blant annet reglene om forskjellbehandling mellom øl og andre alkoholdige drikkevarer i lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk mv., som ble ansett for å være i strid med EØS-avtalen artikkel 16 i EFTA-domstolen avgjørelse i Sak E-9/00, *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 72; regler om politisk TV-reklame i lov 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting m.m., som ble ansett for å være i strid med EMK-artikkel 10 i EMDs avgjørelse i *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti mot Norge*, no 21132/05 ECHR 2008; og regler om begrensninger på eierskap og stemmerettigheter i børser og verdipapirsentraler i lov av 29. juni 2007 nr. 74 om regulerte markeder, som ble ansett for å være i strid med EØS-avtalen artikkel 31 og 40, i EFTA-domstolens avgjørelse i Sak E-9/11, *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep 2012 s. 442.

¹⁵⁹ Rt. 2004 s. 1737.

¹⁶⁰ Se *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti mot Norge*, no 21132/05 ECHR 2008.

videreformidling av satellittsendinger en svakere forankring i konstitusjonelle argumenter enn forslaget om å innhente Høyesteretts betenkning i saken om Opplysningsvesenets fond.

Det var også betydelig forskjell i presisjonsnivået på forslaget om å innhente Høyesteretts betenkning om hvorvidt tomtefesteinstruks for Opplysningsvesenets fond og forslag til endring av lov om Opplysningsvesenets fond, var i samsvar med Grunnloven § 106 første punktum, og forslaget om å innhente Høyesteretts betenkning om hvorvidt inngåelse av EØS-avtalen kommer i konflikt med bestemmelser i Grunnloven. Forslaget om å vurdere hele EØS-avtalen opp mot Grunnloven ville ha vært krevende å avgi betenkning om for Høyesterett, bare på det grunnlag at det ikke var angitt hva det var i EØS-avtalen eller i Grunnloven som skulle vurderes opp i mot hverandre. Det er vanskelig å se for seg at et slikt generelt spørsmål ville kunne bli besvart på en betryggende måte, uten nærmere angivelse av enkeltbestemmelser i EØS-avtalen og Grunnloven. Og dersom et slikt generelt spørsmål skulle besvares på en betryggende måte, ville det uansett ha krevd betydelige ressurser og en vesentlig styrking av domstolens kapasitet, med mindre betenkningsevne skulle gå på bekostning av Høyesteretts øvrige dømmende virksomhet.

Sett under ett viser oversikten over de fremsatte, men nedstemte forslag om å innhente Høyesteretts betenkninger, at et stort og ganske stabilt stortingsflertall i lang tid har lagt til grunn at Høyesterett ikke er et egnet organ for juridisk forhåndskontroll. Det forhold at det ved to anledninger etter 1857 likevel har vært flertall for å innhente Høyesteretts betenkning, og at flertallet mot å innhente betenkning var knapt i 2008, endrer ikke helhetsinntrykket. Stortingsflertallet har med to unntak i løpet av de siste 150 år ikke ønsket å involvere Høyesterett i juridisk forhåndskontroll av Stortingets vedtak.

9.3 Stortingsflertallets argumenter mot å innhente Høyesteretts betenkninger

Gjennomgangen av stortingsdebattene viser at det har blitt fremsatt ulike argumenter mot at Høyesterett skal foreta noen forhåndskontroll av Stortingets vedtak. Enkelte argumenter kan understøttes av konsekvensbetraktninger. Som fremholdt i debattene på Stortinget er det grunn til å anta at det vil kunne få konsekvenser som har betydning for norsk statskikk, maktfordeling, domstolsprøvelsens effektivitet og Høyesteretts uavhengighet fra parti-

politikk, dersom Stortinget innhenter Høyesteretts betenkninger. Men det er også fremført enkelte argumenter på Stortinget mot å innhente Høyesteretts betenkninger, som er basert på forutsetninger som ikke nødvendigvis holder stikk, eller som det ikke uten videre kan gis godt belegg for.

En av de mulige konsekvensene av å innhente Høyesteretts betenkning, som i stortingsdebattene har blitt brukt som argument mot å innhente betenkninger, er risikoen for å uthule Stortingets ansvar for tolkning av Grunnloven. Det er blant annet fremholdt at ingen vil være tjent med en praksis hvor Stortinget løper fra sitt ansvar («abdiserer»), når det gjelder å vurdere hvor grensene for Grunnlovens bestemmelser går.¹⁶¹ Det er klart at Stortinget etter norsk rett og statsskikk har et ansvar for selv å vurdere rekkevidden av Grunnlovens bestemmelser. Dersom Stortinget ved ethvert spørsmål om tolkningen av Grunnloven ville innhente Høyesteretts betenkning, ville dette ansvaret bli uthulet. Det er et argument som i hvert fall tilsier at Stortinget ikke bør innhente Høyesteretts betenkninger i alle spørsmål om hvordan Grunnloven skal tolkes. En slik praksis ville i så fall også utfordre ideen om maktfordeling, forstått som en grunnleggende norm om at det bør skilles mellom dømmende og lovgivende makt, slik at domstolene bør anvende gjeldende rett i konkrete rettsvister, og ikke delta i lovgivningsprosesser.

I debattene på Stortinget er det også vist til at én konsekvens av å innhente Høyesteretts betenkninger er at de spørsmål det avgis betenkning om, ikke blir like godt opplyst som ved en kontradiktorisk behandling i en rettsvist.¹⁶² Det vil igjen kunne ha betydning for domstolsprøvelsens effektivitet, fordi det kan være elementer av de spørsmål som betenkningen omhandler, som kan bli usynlige under arbeidet med betenkningene. At det er en reell risiko for at de spørsmål Høyesterett avgir betenkning om, ikke blir like godt opplyst som ved en kontradiktorisk behandling i en rettsvist, kan understøttes av to betraktninger.

For det første er det risiko for at de spørsmål Høyesterett avgir betenkning om, ikke blir like godt opplyst som ved en kontradiktorisk behandling, fordi det etter gjeldende rett ikke er prosessuelle regler for behandling av betenkninger etter Grunnloven § 83. Det er følgelig ingen regler som gir noen parter eller interesser rett til å fremføre argumenter for Høyesterett, om hvorvidt et vedtaksforslag har et innhold som vil være i strid med

¹⁶¹ Se St.tid 2008, s. 3490.

¹⁶² Se blant annet St.tid 1933, s. 710.

Grunnloven. Motsatt vil det i en ordinær rettstvist hvor spørsmål om grunnlovsstrid oppstår, være to parter, som gjennom advokater har anledning til å belyse spørsmålet om for eksempel lovgivning er grunnlovsstridig. Det er derfor grunn til å anta at de retts spørsmål domstolene skal ta stilling til, vil bli bedre opplyst gjennom en ordinær rettstvist enn når Stortinget ber Høyesterett ta stilling til spørsmål i en betenkning.

For det andre kan risikoen for at spørsmål Høyesterett avgir betenkning om, ikke blir like godt opplyste som i en rettstvist, belegges med en teoretisk betraktning om at forutgående kontroll som regel vil være mindre nyansert enn etterfølgende kontroll. Selv om Stortinget kan innhente Høyesteretts betenkning om hvordan rettsnormer skal anvendes på et gitt faktum, vil spørsmål om hvorvidt et lovforslag er forenelig med Grunnloven, typisk være løst fra faktiske forhold. I den forstand vil betenkingen om lovforslags grunnlovsmessighet kun gi anledning til abstrakt kontroll. Dette i motsetning til den konkrete kontrollen domstolene foretar når det i en rettstvist vurderes om lovgivning anvendt på et konkret saksforhold er uforenlig med Grunnloven.

Som fremholdt av Pernille Boye Koch kan rettsanvenderen ta hensyn til flere omstendigheter, jo mer konkret rettsanvendelsen blir.¹⁶³ Hva en norm betyr, kan derfor ikke uten videre løsrives fra den situasjon normen anvendes i. Poenget har også støtte i mer allmenne filosofiske teorier om at ingen utsagn kan forstås som isolerte fenomener, uavhengig av andre omstendigheter enn utsagnet selv. Tekster må alltid leses i kontekst. En abstrakt tolkning av en norm kan av den grunn ikke bli like nyansert som den tolkning som foretas når normen anvendes i en konkret situasjon. Dette betyr blant annet at Høyesterett, i hvert fall i teorien, kan foreta mer nyanserte og intense vurderinger av om bestemte vedtak er i strid med Grunnloven i konkrete saker, enn på et helt generelt grunnlag, løst fra de konkrete omstendighetene i de enkelte sakene. Dette betyr at den vurdering som Høyesterett foretar i en betenkning om hvorvidt et lovforslag er i strid med Grunnloven, vil bli mindre nyansert og intens enn den vurdering som foretas når Høyesterett tar stilling til om lovgivningen er forenlig med Grunnloven, ved avgjørelsen av en rettstvist.

I den grad Høyesterett unnlater å foreta en mer intens prøving av om et vedtak er i samsvar med Grunnloven i en konkret rettstvist, dersom det

¹⁶³ Se Koch 2002, s. 142.

først er avgitt en betenkning som på generelt grunnlag finner at vedtaket er forenlig med Grunnloven, kan det bety at Grunnlovsvernet svekkes. Som Backer er inne på, kan en betenkning derfor bety at den som hevder at en lov er i strid med Grunnloven, i praksis vil «føle det slik at de har mistet muligheten til å få prøvd grunnlovsmessigheten med bakgrunn i et konkret saksforhold», dersom Høyesterett i en forutgående betenkning har gått god for grunnlovsmessigheten.¹⁶⁴

Videre er det i debattene på Stortinget brukt som argument mot å innhente Høyesteretts betenkning at det vil kunne få den konsekvens at domstolen blir involvert i den politiske debatten.¹⁶⁵ Det vil utvilsomt kunne svekke Høyesteretts uavhengighet fra partipolitikken om domstolen til stadighet må ta stilling til grunnlovsmessigheten av lovforslag som politiske partier strides om, og derved bli nødt til å støtte bestemte politiske partier. Det vil kunne føre til at domstolen blir oppfattet som et mer politisk og mindre rettslig organ. Dette tilsier at Stortinget ikke bør benytte adgangen til å innhente betenkninger fra Høyesterett for ofte.

I stortingsdebattene er det også fremholdt argumenter mot å innhente Høyesteretts betenkninger som er basert på forutsetninger som ikke holder stikk, eller som det ikke uten videre kan gis godt belegg for. Et eksempel på et argument som er basert på en forutsetning som ikke nødvendigvis er holdbar, er fra stortingsdebatten i 1939 om hvorvidt det skulle innhentes betenkning fra Høyesterett om forlengelsen av Stortingets egen valgperiode fra tre til fire år. I debatten uttalte daværende Stortingspresident Hambro følgende:

«Hvis det er noget Stortinget har vært forsiktig med og bør være forsiktig med, så er det å gå til Høyesterett og be om fortolkninger i konstitusjonelle spørsmål. Vår forfatning og hele vår politiske utvikling hviler på det grunnlag at det er Stortinget som suverent avgjør konstitusjonelle spørsmål, og at det alene er det juridiske innhold av de enkelte stortingsvedtak som i tilfelle kan bringes inn for domstolene.»¹⁶⁶

Hambros argument, som er gjentatt i mange av de siste 25 årenes stortingsdebatter om anvendelsen av Grunnloven § 83, kan forstås som en henvisning til prinsippet om maktfordeling. Et stykke på vei er klart at det å inn-

¹⁶⁴ Se Backer 2009, s. 183.

¹⁶⁵ Se blant annet St.tid 2008, s. 3490.

¹⁶⁶ St.tid 1939, på s. 64.

hente Høyesteretts betenkninger vil kunne utfordre maktfordelingsprinsippet, forstått som en norm om at domstolene bør holde seg til å anvende gjeldende rett i konkrete rettsvister, og ikke involveres i lovgivningsprosesser. At Grunnloven § 83 gir adgang til å gjøre unntak fra dette prinsippet, ble ikke kommentert av Hambro, heller ikke at Stortinget selv har gjort bruk av denne adgangen ved flere anledninger.

Den sviktende forutsetning for Hambros argument er sontringen mellom konstitusjonelle spørsmål og det juridiske innhold av stortingsvedtak. Ifølge Hambro, og senere representanter som har støttet seg på formuleringen, er det kun det sistnevnte (det juridiske innhold) som kan bringes inn for domstolene, og ikke konstitusjonelle spørsmål. Fra et juridisk perspektiv gir en slik sontring ikke god mening. Norske domstoler har kompetanse til å tolke og anvende Grunnloven, og derved avgjøre en rekke konstitusjonelle spørsmål, herunder hvorvidt det juridiske innhold av et stortingsvedtak er forenelig med Grunnloven. Selv om Høyesterett vektlegger Stortingets syn i konstitusjonelle spørsmål, er det flere saker som viser at Stortingets suverenitet i konstitusjonelle spørsmål i hvert fall har noen grenser, i den forstand at Høyesterett avgjør hvordan gjeldende bestemmelser i Grunnloven skal tolkes og anvendes i enkeltsaker.

Flere representanter har også fremholdt at Stortinget har innhentet vesentlig færre betenkninger fra Høyesterett enn det som faktisk er tilfelle. Det underdrevne antall betenkninger er deretter brukt som argument mot å innhente flere betenkninger.

Blant annet ble det i debatten forut for beslutningen om å innhente Høyesteretts betenkning i 1933 hevdet at «Den eneste gang § 83 er blitt benyttet – gjaldt det et reglement for Riksretten». ¹⁶⁷ Og i debatten i 1989 om hvorvidt Stortinget skulle innhente Høyesteretts betenkning om midlertidig lov om inntekter og utbytte, ble det hevdet at «En må helt tilbake til forrige århundre for å finne et par eksempler på at dette [muligheten til å be Høyesterett avgi betenkning] er blitt brukt. Det eneste tilfellet i dette århundre var i 1945, da det var spørsmål til Høyesterett om det var det gamle eller det nye storting som skulle fungere høsten 1945. Det var en ganske spesiell situasjon, og tilsvarende spesiell situasjon foreligger ikke her». ¹⁶⁸ På det grunnlag anbefalte representanten at forslaget om å inn-

¹⁶⁷ St.tid 1933, s. 711.

¹⁶⁸ St.tid 1989, s. 2949.

hente Stortingets betenkning ble avvist. Som påpekt i oversikten ovenfor, er det innhentet betenkning fra Høyesterett i minst syv saker på 1800-tallet, ikke bare om «reglement for Riksretten», og det er mer enn «et par eksempler». Og på nittenhundretallet ble det besluttet å innhente Høyesteretts betenkning i to saker, ikke bare i én. Videre viser Stortingets beslutning om å innhente Høyesteretts betenkning i 1933 (og sakene på 1800-tallet) at det ikke må foreligge en tilsvarende spesiell situasjon, som i 1945, for å anvende Grunnloven § 83.

Videre er det i stortingsdebattene fremholdt som et argument mot å innhente Høyesteretts betenkninger at dommere i Høyesterett risikerer å bli inhabile i en rettssak som omhandler et spørsmål de tidligere har uttalt seg om i en betenkning.¹⁶⁹ Også dette argumentet hviler på en forutsetning som ikke nødvendigvis er holdbar. Det er ikke gitt at høyesterettsdommere blir inhabile i en rettssak som omhandler et spørsmål de tidligere har avgitt betenkning om, som dommere i Høyesterett. Det som kunne tenkes å være inhabiliserende, måtte være at dommerne i en konkret rettstvist kan bli konfrontert med at de i en betenkning allerede har tatt stilling til et retts-spørsmål av betydning for saken, og at det er «særegne omstendigheter som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet» jf. domstolsloven § 108.

Et stykke på vei kan det riktignok argumenteres for at dommere som har avgitt betenkning om et rettsspørsmål, rammes av domstolsloven § 108, dersom de i en senere sak igjen må ta stilling til det samme rettsspørsmålet. Det kan i hvert fall ikke utelukkes at det vil kunne svekke tilliten til dommere, dersom de har avgitt betenkning om et spørsmål som de senere skal ta stilling til som ledd i en ordinær rettstvist. Dommere som har avgitt betenkninger om en lovs grunnlovmessighet, risikerer å bli oppfattet som en del av lovbehandlingsprosessen, og kan derved mistenkes for ikke å være helt upartiske når de som ledd i en ordinær rettstvist igjen skal ta stilling til om loven anvendt på et konkret saksforhold er forenelig med Grunnloven. Det er også eksempler på at dommere i Høyesterett har blitt ansett som inhabile fordi de har deltatt i lovforberedelse som ansatt i departement, eller ved å avgi betenkning som professorer.

Men selv om dommere som har avgitt betenkninger om en lovs grunnlovmessighet kan mistenkes for ikke å være helt upartiske i en etterfølgende ordinær rettstvist som handler om samme spørsmål som betenkning-

¹⁶⁹ Se bl.a. St.tid. 1933, s. 710–11.

gen, er det likevel ikke gitt at dette må lede til inhabilitet etter domstolsloven. Og det forhold at dommere i Høyesterett har blitt inhabile fordi de har deltatt i lovforberedelse som ansatt i departement, eller ved å avgi betenkning som professorer, betyr ikke at de betenkningene dommere avgir i egenskap av høyesterettsdommere, vil ha samme rettsvirkning. Høyesterettsdommere tar også regelmessig stilling til rettsspørsmål når de avsier dom i konkrete rettstvister, og det medfører ikke at dommerne blir inhabile til å behandle senere rettstvister som angår samme rettsspørsmål. På dette grunnlag er det forskjell mellom det å ha vurdert et rettsspørsmål i en betenkning, som juridisk professor eller som ansatt i et departement, og det å ha vurdert et rettsspørsmål i en betenkning, som dommer i Høyesterett. At man har vurdert og tatt stilling til rettsspørsmål i en annen egenskap enn som dommer, kan svekke tilliten til vurderingens nøytralitet. Men når dommere i Høyesterett avgir betenkning om rettsspørsmål som dommere i Høyesterett, er det klart at de ikke opptrer som professorer eller byråkrater, men som dommere i rikets øverste domstol, som skal være uavhengige av andre statsmakter. Det forhold at dommere har avgitt betenkning i egenskap av dommere, gir derfor ikke uten videre grunnlag for å reise tvil om dommernes habilitet i senere saker om de samme rettsspørsmål, verken etter domstolsloven eller etter andre standarder som skal sikre domstolens uavhengighet, som for eksempel EMK artikkel 6.

Et fjerde argument som er brukt mot å innhente Høyesteretts betenkninger, og som hviler på en forutsetning som ikke nødvendigvis holder stikk, er påstanden om at det vil svekke tilliten til Høyesterett dersom domstolen blir bedt om å avgi betenkning om grunnlovsmessigheten av et lovforslag.¹⁷⁰ På ett

¹⁷⁰ Se for eksempel St.tid. 2008, s. 3490 representanten Hansen (AP): «Jeg tror ingen er tjent med å utvikle en praksis hvor Stortinget abdiserer når det gjelder å vurdere hvor grensene for Grunnlovens bestemmelser går, hvor man trekker Høyesterett inn i den politiske debatten, og dermed også svekker tilliten til Høyesterett som en uavhengig rettsinstans når den senere kanskje kommer i den situasjon at den skal dømme i en sak den tidligere har uttalt seg om». Det kan også nevnes at Høyesterett i 1816, før domstolen avga de fleste av sine betenkninger, uttrykte noe av den samme bekymring. Som svar på en henvendelse fra justisdepartement, som ønsket en betenkning om en forordning fra 1799, svarte Høyesterett at den var i forlegenhet med å besvare fremsatte spørsmål, da det ville være det samme som i forveien å tilkjennegi hvorledes den ville dømme i påkommende tilfelle. Og dette var i følge erklæringen i strid med dommerembedets natur, da dommeren først på dommersetet var berettiget til å tilkjennegi sin mening om enhver sak. I tillegg ble det fremholdt at et «saadant prejudikat muligens ville være likesaa unyttig som kompromitterende», da retten med en annen sammensetning kunne komme til et annet resultat. Hallager 1915, s. 175.

nivå er spørsmålet om hvorvidt en slik tillitssvikt vil oppstå, av empirisk karakter, i den forstand at det i noen grad kan måles hvor stor tillit befolkningen har til domstolene i dag, og hvorvidt denne tilliten blir svekket dersom Høyesterett avgir betenkninger. Men noen god måling er det ikke enkelt å foreta før det besluttes å igjen innhente betenkning fra Høyesterett. Og selv etter at Høyesterett har avgitt betenkninger, er det ikke gitt at det er mulig å måle nøyaktig hvordan eventuelle betenkninger påvirker tilliten, da det er en rekke andre faktorer enn betenkningene som kan ha påvirket tilliten til domstolene over tid. I tillegg vil betenkningenes virkninger for tilliten til domstolene kunne avhenge av hvilke spørsmål det blir avgitt betenkning om, og ikke minst hvilke konklusjoner Høyesterett kommer til.

Uavhengig av empiriske analyser, er det likevel ikke grunnløst å anta at det vil kunne påvirke tilliten til Høyesterett i negativ retning dersom domstolen må avgi betenkning om spørsmål, uten at det foreligger noen rettstvist. Som nevnt ovenfor er det klart at Høyesterett vil kunne bli oppfattet som et mer politisk og mindre rettslig organ, dersom de blir bedt om å avgi betenkninger i tillegg til å avgjøre ordinære rettstvister. Dersom Høyesterett til stadighet må ta stilling til grunnlovsmessigheten av politiske omstridte lovforslag, og derved bli nødt til å støtte bestemte politiske grupperinger, er det vanskelig å se for seg at det ikke vil svekke oppfatningen av domstolen som et nøytralt organ.

Men det kan likevel være grunner til å anta at det ikke vil svekke tilliten til Høyesterett hvis de avgir betenkninger til Stortinget. Den komparative gjennomgangen ovenfor viser at den betenkningsevne som utøves av andre lands høyesteretter, av enkelte har blitt vurdert som verdifulle bidrag til disse landenes forfatningsutvikling.¹⁷¹ Og det er en rekke forfatninger som har ordninger hvor organer med lovgivende eller utøvende myndighet har anledning til å forelegge rettsspørsmål for domstoler eller domstollignende organer, uten at det foreligger noen rettstvist. Slike ordninger ser ut til å ha blitt mer vanlig og også blitt utvidet i de siste tiårene. Videre er det enkelte internasjonale domstoler som også har blitt gitt i oppgave å avgi betenkninger om juridiske spørsmål uten at det foreligger noen rettstvist. Disse internasjonale utviklingstrekkene viser at det ikke har vært noen utbredt frykt for at domstoler rammes av tillitssvikt dersom de blir

¹⁷¹ Se Jain 1978, s.138–139, Huffmann og Saathof 1990, s. 1317–1322.

bedt om å avgi betenkninger. Frykten for tillitssvikt har i alle fall ikke vært så stor at den har forhindret andre land i å ha tillit til at domstoler og domstollignende organer kan vurdere en rekke rettsspørsmål, som de blir forelagt av organer med lovgivende og utøvende myndighet, selv om det ikke foreligger noen rettstvist.

Men de internasjonale utviklingstrekkene er selvsagt i seg selv ikke noe bevis på at domstoler ikke kan tape tillit ved å ta stilling til rettsspørsmål etter anmodning fra andre organer, i situasjoner hvor det ikke foreligger rettstvist. De internasjonale erfaringene kan også ha begrenset overføringsverdi i Norge. Mens domstolene i noen jurisdiksjoner fungerer som den primære garantist for konstitusjonens og menneskerettighetenes effektivitet, har Stortinget vært vel så viktig som domstolene for beskyttelse av Grunnloven og menneskerettigheter i Norge, blant annet gjennom lovgivning som ivaretar grunnleggende rettigheter for den enkelte. Selv om overføringsverdien av de internasjonale erfaringene om domstolers betenkningsevne av den grunn kan være begrenset, viser likevel de internasjonale erfaringene at det ikke kan tas for gitt at Høyesterett vil miste tillit dersom Stortinget igjen beslutter å innhente betenkninger fra domstolen.

10 Grunnloven § 83 – fortsatt foreldet?

I stortingsdebattene har det fremkommet flere argumenter mot å anvende Grunnloven § 83, som ser ut til å hvile på godt begrunnede forutsetninger. Det har blant annet vært pekt på at Stortinget kan risikere å løpe fra sitt ansvar for å vurdere Grunnlovens grenser, at Høyesterett kan bli dratt inn i den politiske debatt, og at de spørsmål det eventuelt skal avgis betenkning om, ikke blir tilstrekkelig opplyst uten kontradiktorisk behandling.

Analysene ovenfor viser også at det kan oppstå andre problemer ved å innhente betenkninger fra Høyesterett, blant annet fordi prosessformen for utarbeidelse av betenkningene ikke er regulert, presisjonsnivået på de spørsmålene Stortinget ønsker betenkninger om, kan være for svakt, og fordi Høyesterett ikke alltid vil kunne gi nødvendig avklaring av rettsspørsmål gjennom betenkninger. I tillegg er betenkningene utformet som referater av dommernes oppfatninger som gir noe, men begrenset informasjon, om de resonnementer som disse oppfatningene hviler på. Dissensene i betenkningene har vært særlig knappe.

Videre er det begrenset behov for å innhente betenkninger fra Høyesterett så lenge andre former for konstitusjonell forhåndskontroll fungerer. Og Stortinget har i enkeltsaker anledning til å konsultere juridiske eksperter dersom det er nødvendig, både ved selv å innhente betenkninger og ved å gjennomføre åpne høringer. Endelig er det i dag ikke nødvendig å anvende Grunnloven § 83 for å innhente Høyesteretts syn på hensiktsmessigheten av forslag til nye regler. Slike vurderinger av hensiktsmessighet innhentes i dag fra Høyesterett, som en av flere høringsinstanser.¹⁷²

I sum er det en rekke velfunderte betenkeligheter knyttet til anvendelse av Grunnloven § 83, og andre mekanismer kan et stykke på vei fylle den funksjon som Høyesteretts betenkninger hadde tidligere. Det kan indikere at Grunnloven § 83 er foreldet. Men det er likevel mulig at det å anvende Grunnloven § 83 kan være adekvat i enkelte situasjoner. Forfatningshistorisk er det klart at Grunnloven § 83 ble vedtatt for å gi mulighet til å bedre kvalitetssikringen av Stortingets vedtak. Slik mulighet for kvalitetssikring var ikke omstridt på Eidsvoll i 1814, og ble benyttet forholdsvis regelmessig frem til 1857, om flere ulike typer av spørsmål. Og de sakene hvor Høyesterett har kommet til at Stortinget har vedtatt lovbestemmelser som er grunnlovsstridige, viser at det fortsatt kan være et behov for bedre konstitusjonell kontroll av enkelte lovforslag, før Stortinget fatter endelige vedtak. Komparative erfaringer viser at ordninger med slike betenkninger kan fungere. Men hvis Høyesterett skal avgi slike betenkninger, bør prosessformen avklares på forhånd, og spørsmålet som det skal betenkes over, bør være tilstrekkelig presisert.

Det kan også være behov for kvalitetssikring av andre vedtak enn lovvedtak. Gjennomgangen av Høyesteretts betenkninger ovenfor viser at Stortinget blant annet har fått kvalitetssikret forslag til endringer av Grunnloven, beslutning om tidspunktet for sammenkalling av Stortinget, og endringer i Stortingets forretningsorden. I tillegg kan det tenkes at Høyesterett, gjennom betenkninger, også vil kunne kvalitetssikre hva som er de konstitusjonelle rammene for etablering av folkerettslig, forpliktende internasjonalt samarbeid. I vår tid med omfattende og gjennomgripende internasjonale samarbeidsformer kan uenighet som disse rammene virke

¹⁷² Se for eksempel Høyesteretts høringsuttalelse av 14. desember 2006 om Justisdepartementets høringsnotat om forslag om å lovfeste påtalemyndighetens adgang til å inngå avtaler med siktede om straffetilsagn.

polariserende i befolkningen. Det kan også være vanskelig å få prøvd for domstolene om internasjonalt samarbeid eller prosedyrene for inngåelse av avtaler om slikt samarbeid er forenlig med Grunnloven. Og vurderingen av hva som er rammene, kan i noen grad være vanskelig å omgjøre etter at samarbeidet er etablert. Ved tvil om hva som er de konstitusjonelle rammene for etablering av forpliktende internasjonalt samarbeid, kan det derfor tenkes at Høyesterett kan bidra til å avklare tvilen på en måte som kan være samlende, dersom Stortinget beslutter å innhente en betenkning.

Hvorvidt Grunnloven § 83 bør anvendes, reiser både praktiske og prinsipielle spørsmål. Det griper også rett inn i en mer enn 200 år gammel konstitusjonell debatt om forholdet mellom dømmende og lovgivende makt. Som på slutten av 1700-tallet er det fortsatt krevende å avveie behovet for å beskytte konstitusjonelle rettigheter, ivareta konsistens, presisjon, klarhet, konsekvens og systematikk i lovgivningen, mot risiko for å flytte for mye makt fra folkevalgte organer til domstoler uten nødvendig kunnskap om policyspørsmål. Det å trekke de øverste domstoler inn i politiske prosesser om lovgivning, traktater og andre forhold var en bekymring både i det konstitusjonelle konventet i Philadelphia i 1787, og er det fortsatt, også i Norge. Det kan fremdeles svekke tilliten til domstolenes rettsanvendelse om denne blir for sterkt preget av en forhåndskontroll med lovligheten av ulike politiske prosesser. Det er fortsatt et tungt argument mot å koble sammen rett og politikk slik Grunnloven § 83 åpner for. Samtidig er det ikke gitt at det vil svekke tilliten til domstolen hvis Høyesterett ved enkelte anledninger avgir betenkninger om vanskelige juridiske spørsmål, som hvorvidt lovforslag eller utkast til nye internasjonale avtaler er forenelige med Grunnloven. Andre domstoler i andre jurisdiksjoner avgir slike betenkninger, og i de tilfellene hvor Høyesterett har avgitt betenkninger til Stortinget, er det ikke sikre holdepunkter for at tilliten til domstolen har blitt svekket. Betenkningene kan derimot ha bidratt til å gi Stortinget et kvalitativt bedre grunnlag for å treffe beslutninger som er forenelige med Grunnloven.