

Høyesteretts jernbanebetenkning: en statsrettslig avsporing

Sammendrag: Høyesterett leverte 23. mars 2021 en betenkning til Stortinget som konkluderte med at Grunnloven § 26 andre ledd gir hjemmel for samtykke til å innlemme EUs fjerde jernbanepakke i EØS-avtalen. I artikkelen analyserer og kritiserer forfatterne Høyesteretts argumentasjon og rettskildebruk i betenkningen. Kritikken retter seg både mot den konkrete vurderingen av om myndighetsoverføringen var «lite inngripende» og mot tolkingen av Grunnloven § 26 andre ledd som gir slik hjemmel. Forfatterne argumenterer for at konsekvensene av Høyesteretts rettskildebruk og tolking av § 26 andre ledd medfører at mindretallsretten i § 115 i realiteten suspenderes. Artikkelen konkluderer med at en slik endring av virkeområdet for mindretallsretten i § 115 bør gjøres av Stortinget gjennom formelt grunnlovsvotum og ikke gjennom tolking.

Christoffer Conrad Eriksen er professor ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo
Eirik Holmøyvik er professor ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen

Stikkord: Grunnloven, myndighetsoverføring, EØS, grunnlovstolking

1. Innledning

1.1. Emnet

Fra Grunnloven ble vedtatt i 1814 har § 83 gitt Stortinget hjemmel til å innhente betenkninger fra Høyesterett om juridiske emner. Gjennom mer enn 200 år har det likevel ikke vært vanlig for de folkevalgte å rådføre seg med de juridiske ekspertene i rikets øverste domstol. Før EUs fjerde jernbanepakke skulle behandles i Stortinget i 2020, var det det ikke innhentet noen betenkning i medhold av Grunnloven § 83 siden 1945, og totalt var det kun innhentet ni betenkninger etter 1814. Det kan se ut som Stortingets adgang til å innhente betenkninger fra Høyesterett har blitt sett på som noe som var på siden av det ordinære forholdet mellom de to statsmaktene, et slags konstitusjonelt sidespor. Når nå Høyesterett igjen ble penset inn på dette sidesporet, ser det dessverre ut til at de har sporet av.

Spørsmålet i saken var om Stortinget med hjemmel i Grunnloven § 26 annet ledd kunne samtykke til å innlemme EUs fjerde jernbanepakke i EØS-avtalen. Kort oppsummert var konklusjonen til Høyesterett «ja», fordi Stortinget tidligere hadde samtykket til myndighetsoverføring med den samme hjemmelen. Det forhold at Grunnloven har egen bestemmelse om myndighetsoverføring i § 115, som krever et særlig kvalifisert stemmeflertall, brukte Høyesterett lite plass på. Etter en forholdsvis kort gjengivelse av enkelte deler av forarbeidene til § 115 (tidligere § 93) mener Høyesterett at det kan slås fast at vedtakelsen av denne bestemmelsen ikke utelukket at § 26 annet ledd kunne bli brukt til å samtykke til myndighetsoverføring til internasjonale organisasjoner.¹

¹ HR-2021-655-P, punkt 3.4.

Høyesteretts konklusjon om at Grunnloven § 26 annet ledd gir hjemmel for å samtykke til EUs fjerde jernbanepakke bygget på en juridisk og en faktisk premisse: Den juridiske premissen er at Grunnloven § 26 annet ledd gir hjemmel for «lite inngripende» myndighetsoverføring. Den faktiske premissen er at EUs fjerde jernbanepakke ikke er noe mer enn «lite inngripende myndighetsoverføring».

I denne artikkelen analyserer vi både Høyesteretts argumentasjon til støtte for at Grunnloven § 26 annet ledd gir hjemmel for «lite inngripende» myndighetsoverføring, og at samtykke til EUs fjerde jernbanepakke ikke vil føre til noe mer enn «lite inngripende» myndighetsoverføring.

I analysen undersøker vi hvilke argumenter Høyesterett viste til, og drøfter hvordan Høyesterett har tolket og vektlagt disse argumentene. Vi undersøker også om det er relevante argumenter for grunnlovstolkningen som Høyesterett ikke viser til.

Det fremgår av betenkningen i jernbanesaken at Høyesterett mener at verken ordlyden eller forarbeidene til § 115 utelukker at § 26 annet ledd kan tolkes som hjemmel for «lite inngripende» myndighetsoverføring. Det er Stortingets egen praksis som blir det avgjørende argumentet. På grunnlag av denne praksisen kommer Høyesterett til at Stortinget med vanlig stemmeflertall kan samtykke til «lite inngripende» myndighetsoverføring, og derved sette til side kravet i § 115 om et særlig kvalifisert stemmeflertall i saker om myndighetsoverføring.

I analysen nedenfor viser vi at det å gi Stortingets praksis avgjørende vekt ved tolkning av bestemmelser som regulerer flertallskrav, er i strid med vanlige prinsipper for grunnlovstolkning. I tillegg viser vi at det er relevante argumenter som er utelatt av Høyesterett. Høyesterett nevner ikke at ordlyden i § 115 eller prinsipper og systematikk i Grunnloven taler mot rettens tolkning av § 26 annet ledd. I betenkningen har derved Høyesterett fjernet seg fra den metoden som vanligvis følges ved tolkning av Grunnlovens bestemmelser om flertallskrav. Istedenfor å tolke Grunnlovens ord som en ramme for Stortingets praksis, gjør Høyesterett det motsatte: Stortingets praksis blir bestemmende for tolkningen av Grunnlovens ord. Dette er etter vårt syn en konstitusjonell avsporing.

Når det gjelder karakteristikken av myndighetsoverføringen i jernbanesaken ser det ut til at det er arten av de berørte interesser som er avgjørende for at Høyesterett anser myndighetsoverføringen som «lite inngripende». Det får derved stor betydning at Høyesterett mener at saken gjelder spørsmål av teknisk og faglig art, og ikke spørsmål som har samfunnsmessig og politisk betydning. Avslutningsvis viser Høyesterett også til at jernbanesaken ligner sakene om luftsikkerhet, som Stortinget tidligere har vurdert som «lite inngripende» myndighetsoverføring.

I analysen viser vi at det er svakheter også i grunnlaget for Høyesteretts karakteristikken av myndighetsoverføringen. For det første viser undersøkelser av faglige og tekniske kontroverser at Høyesteretts betenkning underspiller at det er langt mer flytende skiller mellom det som har samfunnsmessig og politisk betydning og det som fremstår som faglig

og teknisk. Uansett vil det by på særlige problemer å trekke et slik skille i jernbanesaken, som blant annet gjelder spørsmålet om EUs organer skal få myndighet til å vurdere hvilke sikkerhetskrav som skal stilles til jernbanesektoren og hvordan slike krav skal anvendes i enkelttilfeller.

For det andre er Høyesteretts sammenlikning mellom jernbanesaken og luft sikkerhetssakene tilslørende. Når de to sakskompleksene sammenlignes, unnlater Høyesterett å nevne vesensforskjellen i myndighetsoverføringen. I jernbanesaken får EUs organer myndighet til å treffe vedtak med virkning i Norge på grunnlag av EU-regelverk før det er tatt inn i EØS-avtalen, mens luft sikkerhetssakene ikke gir EUs organer en tilsvarende myndighet.

I tillegg er det også en innvending mot Høyesteretts betenkning at den ikke nevner at myndighetsoverføringen får den følge at Grunnlovens ansvarsregler blir tilsidesatt i flere spørsmål om jernbanesikkerhet. Det er et forhold som i seg selv taler for at myndighetsoverføringen er mer enn «lite inngripende».

For ordens skyld vil vi innledningsvis understreke at vi ikke argumenter mot utvidelse av EØS-avtalen med EUs fjerde jernbanepakke, eller andre direktiver og forordninger som overfører myndighet til EUs organer. Vårt anliggende er at beslutninger om myndighetsoverføring, som alle andre beslutninger truffet av norske statsorganer, må foretas innenfor rammene av Grunnloven. Det Høyesterett kunne og etter vårt syn burde tatt opp i betenkningen til Stortinget er at Grunnlovens vilkår for slik myndighetsoverføring ikke er tilpasset det særegne samarbeidet mellom Norge og EU. Vi og andre har tidligere tatt til orde for at vilkårene bør endres og tilpasses særegenhetene i dette samarbeidet.² Selv om Høyesterett ikke behandlet denne siden av saken, er det ingen tvil om hvem som sitter med nøkkelen for å skape klarere og mer ryddige rammer for fremtidige saker om myndighetsoverføring. Det er Stortinget, i kraft av sin myndighet til å endre Grunnloven.

1.2. Om kritikk av Høyesterett

Innledningsvis vil også understreke at vi ikke har lyttet til de advarsler som har blitt fremsatt mot å kritisere Høyesterett i jernbanesaken. Slike advarsler har blant annet blitt fremsatt i stortingsdebatten om utenriksministerens redegjørelse om viktige EU og EØS saker 13. april 2021. I debatten viste utenriksminister Ine Eriksen Søreide til omtaler av Høyesteretts betenkning fremsatt av Nei til EU på sosial medier. I ett av Nei til EUs Facebook-innlegg om saken ble det delt en lenke til vår kritikk av Høyesteretts betenkning, publisert på Juridika.³ Utenriksministeren siterte ikke direkte fra vår kritikk av Høyesteretts

² Se Europautredningen NOU 2012: 2, s. 874 (utvalgets flertall), Eirik Holmøyvik, «Grunnlova § 93 og læra om «lite inngripende» myndighetsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis», i *Lov og rett* 2011 s. 447-471 på s. 470-471, Halvard Haukeland Fredriksen, Eirik Holmøyvik, Hans Petter Graver og Eivind Smith, «Grunnloven hindrer en opplyst offentlig samtale om EØS», kronikk i *Aftenposten* 11. april 2018, og Christoffer Conrad Eriksen og Nils Gunnar Skretting, «Tid for å trekke konsekvensene av EØS-avtalen – også i Grunnloven?», kronikk i *Aftenposten* 7. september 2020.

³ Christoffer Conrad Eriksen og Eirik Holmøyvik, «Ugrei utgreiing frå Høgsterett. Kommentar til Høgsteretts betenkning til Stortinget (HR-2021-655-P)», *Juridika Innsikt* 5. april 2021.

betenkning, men fremholdt at det var fremsatt påstander på sosiale medier som viste en «en manglende respekt for Høyesterett». I den etterfølgende debatten fremførte representanten Gjelsvik (Sp) flere deler av den kritikken vi hadde reist mot Høyesteretts betenkning, som ledd i et innlegg om at Stortinget også måtte ta en selvstendig diskusjon om hvordan mindretallsvernet skulle ivaretas ved behandlingen av jernbanesaken etter Høyesteretts betenkning. Til dette tok representanten Elvenes (H) til motmæle og fremholdt blant annet: «det går en smule kaldt nedover ryggen på meg når jeg hører representanten Gjelsviks ringeakt for Høyesterett. Som det står i loven: Den høyeste rett. Vi har én høyesterett. Så kan vi ha mange privatpraktiserende jurister av ymse slag som kan ha synspunkter på Høyesteretts betenkning, men den er suveren. I vårt rettssystem er det ikke en rettsinstans over Høyesterett.»⁴ Selv om det i rettsvitenskapen ikke er noe uvanlig å kritisere Høyesteretts argumentasjon, indikerer debatten i Stortinget 13. april 2021 at det i denne saken er særlig grunn til minne om kritikkens grunnleggende funksjon i et opplyst samfunn. Det er ingen grunn til at Høyesterett, eller andre offentlige myndigheter for den saks skyld, skal unndras kritiske analyser.⁵ Unnslipper de kritikk, kan vi ikke vite om Høyesterett og andre offentlige myndigheters virksomhet virkelig fortjener anerkjennelse, og vi går også glipp av et offentlig ordskifte om hva Høyesterett og andre myndigheter kan gjøre bedre.⁶ Advarslene mot å kritisere Høyesteretts betenkning i jernbanesaken bør derfor ikke lyttes til.

2. Jernbanepakken, lite inngripende?

2.1 Kort om EUs fjerde jernbanepakke

Det Høyesterett karakteriserer som «lite inngripende» myndighetsoverføring er en ordning for jernbanesektoren hvor EUs organer får myndighet til å treffe enkeltvedtak og avgjøre rettstvister med bindende virkning for norske rettssubjekter. Ordningen innebærer også at EU-kommisjonen får myndighet til å fastsette generelle regler som er bindende for norske rettssubjekter, selv om reglene ennå ikke er innlemmet i EØS-avtalen. Formelt etableres denne ordningen ved å innlemme en pakke av direktiver og forordninger i EØS-avtalen, omtalt som «EUs fjerde jernbanepakke».

Som det fremgikk av regjeringens forslag og nå også Stortingets samtykke, vil innlemmelse av denne «pakken» av direktiver og forordninger i EØS-avtalen innebære at EUs organer i flere saker får myndighet til å fatte vedtak om jernbaneforetak oppfyller nødvendige krav for

⁴ Se også Aftenpostens politiske redaktør Kjetil B. Altsadheim «Vedum: Ikke lov! Høyesterett: Jo da.», Aftenposten 7. april 2021. Etter å ha påstått at EØS-motstanderne fikk støtte fra oss, og etter at Nei til EU på Facebook hadde vist til vår kritikk av Høyesterett på Juridika 5. april 2021, kommenterte Alstadheim et tidligere Facebook innlegg fra Nei til EU slik «Høyesterett svarte altså feil, og dermed velger Nei til EU å undergrave en institusjon som er en av hjørnesteinene i det norske demokratiet og rettsstaten ved å anklage dommerne for mangel på mot. Det er en farlig retorikk.»

⁵ Vi presiserer at så vidt vi er kjent med har Høyesterett selv ikke noen gang gitt uttrykk for å være fritatt fra kritikk og domstolen har i andre sammenhenger også vist evne til selvkritikk, se nylig HR-2021-1453-S avsn. 191.

⁶ Se blant annet Immanuel Kant, *Kritikk av den rene fornuft*, Oslo 2009, som i forordet til 1781-utgaven fremholder: «Vår tidsalder er kritikken egentlige tidsalder som alt må underkaste seg. Religion i kraft av sin hellighet og lovgivning i kraft av sin majestet, vil vanligvis unndra seg denne kritikken. Men da vekker de rettferdig mistanke mot seg og kan ikke gjøre krav på oppriktig aktelse, som fornuften bare innvilger det som har kunnet bestå dens frie og offentlige eksaminasjon.»

å få tilgang til den norske jernbaneinfrastrukturen og til å avsi dommer i søksmål om hvorvidt slike vedtak er lovlige. I tillegg får EUs organer myndighet å fastsette hvilke krav jernbaneforetak må oppfylle for å få tilgang til den norske jernbanen.

Å redegjøre for innholdet i EUs fjerde jernbanepakke er krevende. Proposisjonen som regjeringen fremla for Stortinget, gir langt på vei et dekkende bilde av hva lags regler det er tale om. For å gi Stortinget et korrekt og dekkende beslutningsgrunnlag, savnet likevel proposisjonen nyanser på enkelte områder. Det gjelder blant annet spørsmålet om hvorvidt norske myndigheter vil kunne stanse togselskaper med sikkerhetssertifikater fra EUs jernbanebyrå, og om EUs fjerde jernbanepakke innebærer myndighetsoverføring også til EU-kommisjonen.⁷ Høyesterett bidro her til større klarhet. Selv om dette medførte at myndighetsoverføringen var mer omfattende enn det regjeringen hadde lagt til grunn, mente Høyesterett at den var «lite inngripende».

Ved vurderingen av myndighetsoverføringen fremholdt Høyesterett at arten av de samfunnsmessige og politiske interessene som blir berørt må veie tungt.⁸ Om slike kriterier er egnet for vurderinger av om et mindretall skal ha myndighet til å motsette seg myndighetsoverføring, kommer vi tilbake til. Uavhengig av om kriteriene er egnet, mener vi at Høyesteretts anvendelse av kriteriene sviktet, noe vi vil underbygge i det følgende.

2.2 Naiv dikotomi mellom tekniske og politiske spørsmål

Høyesterett forutsetter et skarpt skille mellom jernbanefaglige og tekniske forhold på den ene siden og det som er «politiske betonte hensyn» på den andre. Ifølge Høyesterett skal myndighet som overføres til EUs organer utøves på «et jernbanefaglig snarere enn et politisk betont grunnlag», og EU-kommisjonens myndighet til å fastsette generelle regler med direkte virkning i Norge knytter seg «til detaljert teknisk regelverk som på begrenset måte utfyller mer generelt utformede regler».⁹ Høyesterett antar også at «det ikke er aktuelt for norske jernbanesikkerhetsmyndigheter å la sikkerhetshensyn bli overstyrt av andre mer politiske betonte hensyn.» Blant annet på dette grunnlaget avviser Høyesterett at det er sentrale samfunnsmessige og politiske interesser som berøres av myndighetsoverføringen.

Problemet Høyesterett ikke tar opp er hvor flytende skille det er mellom det som har samfunnsmessig og politisk betydning og det som fremstår som faglig og teknisk. I spesialiserte og gjennomregulerte samfunn vil det som anses som faglig og teknisk ofte også ha samfunnsmessig og politisk betydning. Alan Mazur, en ledende amerikansk professor i samfunnsvirkninger av vitenskap og teknologi sier det slik: «Experts frequently disagree on scientific and technological questions that are relevant to political issues».¹⁰ Når eksperter er uenige kan det bli et politisk spørsmål å velge hvilke eksperter man skal lytte til. Det er altså vanskelig å trekke noen klar grense mellom faglige og politiske spørsmål, så lenge det er faglig uenighet mellom ekspertene. Det ville være oppsiktsvekkende om det i jernbanesektoren alltid var konsensus blant ekspertene om for eksempel metoder for

⁷ Se Holmøyvik og Eriksen, *Juridika Innsikt* 5. april 2021.

⁸ HR-2021-655-P, punkt 6.

⁹ HR-2021-655-P, punkt 6, side 29.

¹⁰ Allan Mazur, *Technical Controversies over Public Policy*, 2018, s. 54.

risikoevaluering, risikovurdering, og overholdelse av krav i sikkerhetsattestifikaterer.¹¹ Det ville også vært overraskende om ekspertenes oppfatninger om risiko og sikkerhetsspørsmål aldri var politisk kontroversielle, da slike spørsmål innebærer avveining av kostnader mot trygghet.

Likevel er det nettopp dette Høyesterett ser ut til å forutsette når det hevdes at den myndighet i jernbanesektoren som overføres til EUs organer utøves på et jernbanefaglig snarere enn et politisk grunnlag.

I den grad det likevel skulle være mulig å skille mellom faglige og politiske spørsmål på et mer overordnet plan, vil det by på problemer å trekke et slik skille når det skal foretas vurderinger av hvilke sikkerhetskrav som skal stilles og hvordan de skal vurderes i hvert tilfelle, slik EU-kommisjonen og EUs jernbanebyrå får myndighet til med EUs fjerde jernbanepakke. Fastsettelse av sikkerhetskrav i jernbanen kan ikke bare bygge på matematikk, det forutsetter også risikovurderinger med verdipremisser. Et nylig eksempel fra uenighet om vaksinasjon kan være illustrerende. Våren 2019 satte regjeringen ned et ekspertutvalg for å vurdere bruken av såkalte virusvektorvaksiner mot koronaviruset SARS-CoV-2.¹² Selv om det var faglig enighet om hovedkonklusjonene, var det uenighet i ekspertutvalget om kriterier for frivillig bruk av disse vaksinene utenom vaksinasjonsprogrammet.¹³ Ekspertene var blant annet uenige om hvordan det offentlige bør møte spørsmål om den enkeltes sikkerhet og ivareta befolkningens tillit til myndighetene. I strid med flertallet i ekspertutvalget besluttet regjeringen å stille én virusvektorvaksinen (Jansen) til rådighet for dem som ønsker det og som i tillegg kan oppfylle nærmere bestemte kriterier.¹⁴ Selv om regjeringen mente at spørsmålet om vaksinebruken var av en så faglig art at det burde utredes i et ekspertutvalg, ble det til slutt et politisk spørsmål. Regjeringen traff en beslutning som bygget på en annen vurdering av risiko og sikkerhet enn flertallet av ekspertene. Fordi EUs fjerde jernbanepakke innebærer at EUs organer får myndighet til å blant annet avgjøre metoder for risikoevaluering, risikovurdering, og overholdelse av krav i sikkerhetsattestifikater, kan det ikke utelukkes at slike spørsmål blir politisk kontroversielle, og at EUs organer treffer avgjørelser med virkning i Norge som eksperter på jernbanesikkerhet kan være uenige i.

2.3 Forholdet til Grunnlovens ansvarsregler

Høyesterett tar heller ikke opp hvilke konsekvenser det har for Grunnlovens ansvarsregler at avgjørelser om faglige sikkerhetsspørsmål i jernbanesektoren tas av organer som ikke er underlagt norsk parlamentarisk eller konstitusjonell kontroll. Med EUs fjerde jernbanepakke vil det ikke lenger være opp til norske myndigheter å treffe beslutning om hvilke sikkerhetskrav som må være oppfylt for å kjøre på norsk jernbane, eller om sikkerhetskravene er oppfylt. Når beslutninger om jernbanesikkerhet er løftet ut av

¹¹ For en beskrivelse av eksperters ulike oppfatninger om transportrisiko og sikkerhet i jernbanesektoren, se Ragnar Rosness, *Sikkerhet på skinner? Oppfatninger om sikkerhet på norske jernbaner 1950–2000* SINTEF rapport 2008.

¹² Utvalget ble nedsatt 15. april, se rapport fra Ekspertutvalget om virusvektorvaksiner - Vurderinger av virusvektorvaksiner i og utenfor vaksinasjonsprogrammet, 10. mai 2021.

¹³ *Ibid.*, s. 7.

¹⁴ Se <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/janssen-vaksinen-som-tilvalg/id2858005/>.

regjeringen og den enkelte statsråds hender, kan heller ikke Stortinget uten videre stille regjeringen eller et regjeringsmedlem til ansvar etter Grunnloven §§ 15 eller 86.

Hadde Norge hatt full representasjon med stemmerett i EUs organer, ville det vært en videre adgang til å gjøre ansvar gjeldende. Selv om EUs jernbanebyrå er uavhengig og EU-kommisjonen bare er ansvarlig overfor EU-parlamentet, har likevel medlemsstatenes regjeringer en sentral rolle via EUs råd. Fordi Rådet blant annet kan be EU-kommisjonen gjøre undersøkelser og fremlegge forslag til lovgivning, har medlemsstatene mulighet til å få fremlagt forslag om skjerpede sikkerhetskrav i jernbanesektoren. Som medlemmer kunne den til enhver tid sittende norske regjeringen eller enkeltmedlemmer av denne regjeringen blitt stilt til ansvar, blant annet for ikke å ta opp saker om jernbanesikkerhet. Som et land på utsiden av EU har ingen i den norske regjeringen formell mulighet til å få EU-kommisjonen til å fremlegge forslag om skjerpede sikkerhetskrav, selv om det nå vil bli opp til EU-kommisjonen å fastsette hvilke sikkerhetskrav som skal gjelde for togselskaper som operer i Norge.

At et alminnelig flertall på Stortinget kan ha avskåret senere Storting fra å gjøre ansvar gjeldende når det gjelder spørsmål om jernbanesikkerhet, er ikke nødvendigvis noe problem så lenge alt går på skinner. Den dagen noe sporer av, vil det imidlertid kunne bli spørsmål som sikkerhetskravene og vektleggingen av sikkerhet har vært godt nok, og om noen er parlamentarisk eller konstitusjonelt ansvarlig for at det ikke har vært jobbet med å skjerpe sikkerhetskravene. I nyere norsk historie er det også eksempler på at jernbaneulykker har medført diskusjoner om sikkerhetskrav har vært gode nok og om nødvendige beslutninger har blitt fattet på ledelsesnivå.¹⁵

At det oppstår spørsmål om parlamentarisk eller konstitusjonelt ansvar når ulykker skyldes svikt i sikkerheten er for øvrig ikke et helt ukjent scenario, heller ikke i Norge. Det mest kjente norske eksempelet er ulykken i Kings Bay graven på Svalbard i 1962, som førte til mistillitsvedtak mot regjeringen.¹⁶

2.4 Tilsørende sammenligning

Flere steder i betenkningen viser Høyesterett til likheter mellom tidligere myndighetsoverføring til EUs organ for luftsikkerhet (EASA) og myndighetsoverføring til EUs organer i jernbanesektoren. I den førstnevnte saken ble myndighetsoverføringen til luftsikkerhetsbyrået vurdert som lite inngripende.

I de to siste avsnittene i betenkningens punkt 6, før konklusjonen i punkt 7, fremholder Høyesterett at regelverket som skal anvendes av EUs jernbanebyrå (ERA) i stor grad allerede er harmonisert i EØS. På den bakgrunn avslutter Høyesterett hele drøftelsen i betenkningen med å fremholde at «[s]lik sett er det reelt sett nærliggende å sammenligne myndighetsoverføringen i denne saken med myndighetsoverføringen som har funnet sted til

¹⁵ Se Rosness2008. s. 34, som også gir videre referanser.

¹⁶ For en oversikt over saken, se <https://www.stortinget.no/no/Stortinget-og-demokratiet/Historikk/historisk-dokumentasjon/Kings-Bay-saken/>.

EASA».¹⁷ I Høyesteretts argumentasjon ser det ut til at analogien fra saken om luftsikkerhet tillegges betydelig vekt. Den uuttalte slutningen ser ut til å være at likheten mellom de to sakene er av en slik art at myndighetsoverføringen i dem bør bedømmes likt. Og når myndighetsoverføringen i saken om luftsikkerhet ble vurdert som lite inngripende, må følgelig myndighetsoverføring i jernbanesaken vurderes som lite inngripende. Forutsatt at myndighetsoverføringen i EASA-saken var i samsvar med Grunnloven, er problemet i Høyesteretts resonnement at det er en vesensforskjell mellom myndighetsoverføringen i saken om luftsikkerhet og jernbanesaken. Det er en forskjell som Høyesterett ikke peker uttrykkelig på.

Leser man Høyesteretts betenkning nøye, og sammenligner det som står i punkt 3.7 og i punkt 6, ser man imidlertid at det er vesensforskjell mellom de to sakene. Om myndighetsoverføringen til EASA referer Høyesterett den aktuelle proposisjonen, hvor det ble lagt til grunn at «EASA ikke ville treffe vedtak med virkning for flyvirksomhet i EFTA-landene på grunnlag av EU-regelverk før dette regelverket var blitt til del av EØS-avtalen».¹⁸ I motsetning til dette har altså Høyesterett konstatert at en virkning av myndighetsoverføringen til EUs jernbanebyrå er at det «kan komme til å treffe vedtak med hjemmel i regelverk fastsatt av Kommisjonen før dette regelverket er gjort til del av EØS-avtalen».¹⁹ Etter å ha drøftet hvordan dette kan karakteriseres, slår Høyesterett fast at «[u]ansett er det sentrale her muligheten for at regelverk kan bli gjort gjeldende i Norge gjennom ERAs vedtak før regelverket er blitt del av EØS-avtalen. Muligheten for at Kommisjonens lovgivningsmyndighet kan få slik virkning, taler i utgangspunktet mot å anse myndighetsoverføringen for lite inngripende.»²⁰

Mens Høyesterett avslutter drøftelsen i betenkningen med å vise til at regelverket som skal anvendes av EUs jernbanebyrå i stor grad er harmonisert i EØS, og at det slik sett er nærliggende å sammenligne saken med myndighetsoverføringen til EASA, overses samtidig vesensforskjellen mellom myndighetsoverføringen til luftsikkerhetsbyrået og jernbanebyrået. Jernbanebyrået får myndighet til å treffe vedtak med virkning i Norge på grunnlag av EU-regelverk før det var tatt inn i EØS-avtalen. Det er en forskjell som Høyesterett burde problematisert, når det først ble trukket sammenlikninger mellom saken om luftsikkerhet og jernbanesaken. Politisk er denne forskjellen betydelig, all den tid EØS-avtalen hviler på en forutsetning om at norske myndigheter skal ha kontroll med hvilke regler som innlemmes i norsk rett.²¹

3. Grunnloven § 115 som et tomt skall

De konstitusjonelle konsekvensene av betenkningen bør ikke undervurderes. Før betenkningen hadde juridisk teori og Lovavdelingen i Justis og beredskapsdepartementet hevdet at et alminnelige flertall på Stortinget kunne samtykke i «lite inngripende» myndighetsoverføring, og derved gjøre unntak i mindretallets rett til å motsette seg slikt

¹⁷ HR-2021-655-P, punkt 6.

¹⁸ HR-2021-655-P, punkt 3.7.

¹⁹ HR-2021-655-P, punkt 6.

²⁰ HR-2021-655-P, punkt 6.

²¹ Se St.prp.nr.100 (1991–1992), s. 337.

samtykke etter Grunnloven § 115. I enkeltsaker foreslo Lovavdelingen kriterier for å sette en grense for hva som kunne være «lite inngripende». Flere av de avgjørende kriteriene var likevel formulert i vage ord og uttrykk som ga et stort rom for utøvelse av skjønn.

Konsekvensen av Lovavdelingens syn var at det ikke var noen skarp grense for hva som skulle anses som mer enn «lite inngripende» myndighetsoverføring, og ingen klare kriterier for de tilfeller et kvalifisert mindretall kunne motsette seg myndighetsoverføring etter § 115. Blant annet på denne bakgrunnen var det før jernbanesaken usikkert om Høyesterett i en eventuell sak ville gå så langt som Lovavdelingen i å se bort fra ordlyden i § 115 og innfortolke unntak i mindretallets rett til å motsette seg myndighetsoverføring. Det kan ikke utelukkes at denne usikkerheten har lagt en demper på stortingsflertallets vilje til å tvinge igjennom myndighetsoverføring med alminnelig flertall, som en «chilling effect».

Med betenkningen i jernbanesaken har Høyesterett akseptert at et alminnelige flertall på Stortinget kan samtykke i «lite inngripende» myndighetsoverføring. I betenkningen har også Høyesterett gitt uttrykk for at vurderingen av om myndighetsoverføring er «lite inngripende» beror på kriterier som gir et alminnelig stortingsflertall et stortrom for skjønn.²² Det er grunn til å anta at Høyesterett også i eventuelt senere saker om myndighetsoverføring vil anvende de samme kriteriene. Kommer det en ny sak for Høyesterett om myndighetsoverføring, må en altså anta at det vil være stortingsflertallets skjønn som vil være avgjørende for vurderingen av om mindretallet har rett til å motsette seg myndighetsoverføring etter Grunnloven § 115. Det er nå neppe noen usikkerhet om rettstilstanden som kan legge en demper på flertallets ønske om å få igjennom myndighetsoverføring med alminnelig flertall etter Grunnloven § 26 annet ledd. Satt på spissen får Høyesteretts betenkning den virkningen at et stortingsflertall som mener at en myndighetsoverføring er «lite inngripende», i realiteten suspenderer mindretallsretten i § 115. I betenkningen formaner Høyesterett riktignok om at det går en grense for hva som kan regnes som «lite inngripende» suverenitetsoverføring. Etter vårt syn er dette en nokså meningsløs øvelse som vitner om manglende forståelse for hvordan konstitusjonelle formkrav fungerer i det virkelige livet. Realiteten er at det ikke lenger finnes en operativ grense mellom lite inngripende vedtak med vanlig flertall etter § 26 andre ledd og kvalifisert flertall etter § 115.

²² Illustrerende for fleksibiliteten i «lite inngripende»-unntaket og faren for utglidning: Forsvarsdepartementet har nylig sendt på høring en forsvarsavtale med USA som gir amerikansk militært og sivilt personell myndighet til å utøve tvangsmakt etter amerikanske regler overfor individer (militære og sivile) innenfor bestemte områder og situasjoner på norsk territorium. I denne sammenhengen har departementet vurdert overføring av lovgivningskompetanse om fysisk maktbruk overfor individer og kompetanse til å utøve slik kompetanse som en lite inngripende myndighetsoverføring som kan hjemles i Grunnloven § 26 andre ledd, se *Høringsnotat om forslag om inngåelse av tilleggsavtale om forsvarssamarbeid mellom Norge og USA av 16. april 2021 og forslag til de lovendringer som er nødvendige for å gjennomføre avtalen i norsk rett*, 8. september 2021, punkt 4.2.2.2. Der Lovavdelingen i tidligere saker har vært i tvil om kompetanse til å ilegge foretak tvangsmulkt for regelbrudd på avgrensede områder kan regnes som «lite inngripende» i Grunnlovens kompetanseregler, skulle man tro at overføring av både lovgivnings- og håndhevingskompetanse om fysisk maktbruk overfor individer på norsk territorium berørte kjernen i norske statsorganers kompetanse etter Grunnloven. I tillegg kommer det at det er snakk om ensidig overføring av kompetanse til en fremmed stat, noe som aldri før har skjedd etter § 26 andre ledd og som ikke er mulig etter § 115. En annen sak er at departementets rubrisering av forholdet som myndighetsoverføring er diskutabelt og kan muligens hjemles på et annet grunnlag. Det er lang praksis for gjensidig jurisdiksjonsavklaring mellom ulike staters forsvarsstyrker og politimyndigheter i forbindelse med militær- og politioperasjoner.

En ting er at kriteriet «lite inngripende» er så fleksibelt og skjønnspreget at det er uegnet som grunnlag for valg mellom to vedtaksformer for et politisk organ. Høyesterett er også inne på dette poenget i betenkningen, men finner ikke grunn til å gi det avgjørende vekt i møte med Stortingets praksis.²³

Viktigere er det at i en situasjon der et vanlig flertall og et etter § 115 blokkerende mindretall er uenige om myndighetsoverføringen er «lite inngripende» eller ikke, har mindretallet ikke noen rettslig mulighet til å håndheve § 115. Ifølge Høyesterett er det nemlig omfanget av myndighetsoverføringen og arten av «de samfunnsmessige og politiske interessene som er berørt» som må «veie tyngst i vurderingen av om myndighetsoverføringen kan anses som lite inngripende».²⁴ Et mindretall som mener at omfanget og arten av de samfunnsmessige og politiske interessene gjør myndighetsoverføringen mer enn lite inngripende, har ingen gjennomslagskraft overfor et flertall som er av et annet syn. En parlamentarisk mindretallsrett er bare meningsfull dersom mindretallet kan aktivere retten selv uten samtykke fra flertallet. Det er heller ikke tilstrekkelig at den juridiske vurderingen av om myndighetsoverføringen er «lite inngripende» ofte blir gjort av Justisdepartementets lovavdeling. I en rettstat med maktfordeling kan ikke en parlamentarisk mindretallsrett for opposisjonen være avhengig av vurderingen til et regjeringsorgan. Som vi skal utdype nedenfor, bryter Høyesteretts forståelse av mindretallsretten i § 115 med forståelsen av den tilsvarende mindretallsretten i § 121 ved grunnlovsendring og mindretallsretter i lovverket ellers.

Høyesteretts tolking i jernbanebetenkningen er ikke til hinder for at Stortinget i fremtiden fatter vedtak etter § 115. Og med de kriteriene Høyesterett nå har lagt til grunn, kan det fortsatt tenkes at Justisdepartementets lovavdeling vurderer tilfeller av myndighetsoverføring som mer enn lite inngripende. Det betyr likevel ikke at det er realitet i den retten mindretallet på Stortinget har etter ordlyden i § 115. Fremtidig bruk av § 115 vil alltid kunne bli bestemt av et vanlig stortingsflertall. Har flertallet først bestemt seg for å samtykke i myndighetsoverføring, er det ved fremtidige samtykkeproposisjoner ikke egentlig lenger grunn for regjeringen til å be Lovavdelingen om å gjøre konstitusjonelle vurderinger av forholdet til § 115. Mindretallet vil uansett stå uten parlamentariske eller konstitusjonelle rettigheter mot flertallet.

Flertallets makt over mindretallsretten i § 115 illustrerer hvordan formkrav og mindretallsordninger i parlamentariske system er avhengige av reglens normative kraft. I praksis betyr det at reglens effektivitet er avhengig av selvbegrensning i den juridiske og politiske kulturen slik at uthuling av reglene gjennom flertallets tolking og praksis ikke aksepteres. I noen systemer finnes det særskilte konstitusjonsdomstoler som opposisjonen kan gå til for å få håndhevet konstitusjonelle rettigheter. Vårt system har ikke slike håndhevingsmekanismer i en pågående parlamentarisk beslutningsprosess, bare reaksjonsmekanismer i ettertid. Brudd på Grunnloven fra Stortinget kan i ettertid påtales for Riksretten jf. ansvarlighetsloven § 11. Tiltale krever imidlertid et flertallsvedtak i Stortinget jf. Grunnloven § 86 og riksrettsrettergangsloven § 14. Det sier seg selv at en

²³ HR-2021-655-P, punkt 3.10

²⁴ HR-2021-655-P, punkt 6.

håndhevingsordning som er avhengig av flertallsvedtak ikke vil være effektiv mot det samme flertallet.

Etter Høyesteretts betenkning er den eneste reelle måten opposisjonen på Stortinget kan utøve mindretallsretten etter § 115 på, at stortingsrepresentanter eller partier på egen økonomisk risiko saksøker staten. Det er uheldig at grunnlovbestemte parlamentariske mindretallsretter bare kan utøves gjennom sivilrettslige søksmål. Det er også et paradoks at Regjeringsadvokaten, som i ACER-saken advarte mot en maktforskyvning fra Stortinget til domstolene dersom saker om myndighetsoverføring anlagt av interessegrupper kan prøves for domstolene,²⁵ i forbindelse med Høyesteretts betenkning i jernbanesaken argumenterte for «lite inngripende»-unntaket med den konsekvensen at politiske partier som ønsker å bruke sin rett etter § 115, ikke levnes annet alternativ enn å reise sak for domstolene.²⁶

Løfter vi blikket, er det verdt å reflektere over at en grunnlovstolking som gjør mindretallsretten i § 115 illusorisk, bryter med anerkjente tolkningsprinsipper på områder der det er snakk om rettigheter. For eksempel har EMD i en rekke saker slått ned på tolkinger som vil gjøre rettigheter "devoid of substance", ut fra en tanke om at konvensjonsrettighetene ikke er "theoretical or illusory but rights that are practical and effective".²⁷ Høyesterett vil måtte følge disse tolkningsprinsippene ved tolkingen av menneskerettsbestemmelsene i Grunnlovens kapittel E. Selv om Grunnloven § 115 ikke er en menneskerettsbestemmelse, har den klare likhetstrekk med disse ved at den oppstiller et særskilt parlamentarisk mindretallsvern i visse saker. Vi nevner at EMD i denne sammenhengen ikke skiller mellom klassiske sivile rettigheter på den ene siden og politiske rettigheter og statens positive forpliktelser for organiseringen av demokratiske institusjoner på den andre siden. Selv om organiseringen av parlamentarisk virksomhet er et område der statene er tilkjent vid skjønnsmargin, har EMD i flere viktige saker slått ned på tolkinger som gjør rettighetene til parlamentsmedlemmer eller valgte kandidater illusoriske eller upraktiske.²⁸ I storkammersaken *Karácsony og andre mot Ungarn*, som gjaldt forholdet mellom parlamentsmedlemmers ytringsfrihet og parlamentets autonomi, uttalte EMD generelt at hensynet til parlamentets autonomi «should be compatible with the concepts of “effective political democracy” and “the rule of law” to which the Preamble to the Convention refers. Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of people from minorities and avoids abuse of a dominant position [...]».²⁹ Rettsstatshensynet EMD viser til som retningsgivende for tolkingen av politiske rettigheter, tilsier at også tolkingen

²⁵ Se HR-2021-417-P, avsn. 49.

²⁶ Se Regjeringsadvokatens innspill til Høyesterett datert 29.01.2021, tilgjengelig elektronisk: <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/betenkning/innlegg/regjeringsadvokaten.pdf>.

²⁷ Se for eksempel *Yakovlev mot Russland*, saksnr. 72701/01, 15.03.2005, avsn. 21, *Demir og Baykara mot Tyrkia* [storkammer], saksnr. 34503/97, 12.11.2008, avsn. 144, *Andrejeva mot Latvia* [storkammer], saksnr. 55707/00, 18.02.2009, avsn. 91, *Kimlya og andre mot Russland*, saksnr. 76836/01 og 32782/03, 01.03.2010, avsn. 86.

²⁸ Se blant andre *Karácsony og andre mot Ungarn* [storkammer], saksnr. 42461/13 og 44357/13, avsn. 147, *Mugemangango mot Belgia* [storkammer], saksnr. 310/15, avsn. 88, *Kart mot Tyrkia* [storkammer], saksnr. 8917/05, avsn. 82-83, *Davydov og andre mot Russland*, saksnr. 75947/11, avsn. 274, *G.K. mot Belgia*, saksnr. 58302/10, avsn. 51.

²⁹ *Karácsony og andre mot Ungarn* [storkammer], saksnr. 42461/13 og 44357/13, avsn. 147.

av parlamentariske mindretallsretter må ha for øye å sikre at denne er praktisk og effektiv og ikke, som Høyesterett gjør i jernbanebetenkningen, å tømme mindretallsretten for innhold. Også Høyesterett har i andre sammenhenger vist tilbakeholdenhet med å tolke lovbestemmelser slik at de i realiteten settes til side.³⁰ Som vi kommer tilbake til nedenfor, setter Høyesteretts tilnærming til § 115 en uheldig presedens for tolkingen av andre grunnlovsbestemmelser som gjelder Stortinget.

Konsekvensene for mindretallsretten i § 115 er et sentralt spørsmål i relasjon til holdbarheten av «lite inngripende»-unntaket. Derfor er det kritikkverdig at Høyesterett knapt adresserer dette spørsmålet. Etter vårt syn er betenkningen misvisende når den ikke klart og tydelig gjør Stortinget oppmerksom på at konsekvensene av Høyesteretts konklusjon, er at mindretallsretten i § 115 gjennom tolking i praksis er opphevet som parlamentarisk rettighet. Gitt at Stortinget også kan endre Grunnloven, burde Høyesterett gjort som Høyesterett gjør i andre saker når den finner rettstilstanden utilfredsstillende, og oppfordret Stortinget til å revidere § 115.

4. Høyesterett og alminnelig juridisk metodelære på statsrettens område

4.1 Bruker virkelig Høyesterett alminnelig juridisk metodelære?

I betenkningen gjør Høyesterett rede for sitt metodiske utgangspunkt på følgende måte:

«Ved besvarelsen må Høyesterett legge til grunn alminnelig juridisk metodelære. Her er det imidlertid vanlig å legge vekt på etablert praksis for hvordan det aktuelle spørsmål skal løses. Det gjelder også de øverste statsorganenes rettsforhold, jf. Skoghøy, Rett og rettsanvendelse, 2018 side 41 og side 209. I dette tilfellet vil det si Stortingets egen praksis.»³¹

Det er ikke kontroversielt å legge vekt på Stortingets praksis når det gjelder tolkingen av grunnlovsbestemmelser om de øverste statsorganenes rettsforhold. Problemet er bare at Høyesterett i betenkningen ikke gjør særlig annet enn å vise til Stortingets praksis. Resonnementet er at fordi Stortinget har tolket Grunnloven på en bestemt måte, så må det være uttrykk for gjeldende rett. Dersom det var så enkelt at Stortingets praksis til enhver tid var uttrykk for gjeldende statsrett, hadde vi klart oss uten en grunnlov og uten domstoler for å handheve den. Alminnelig juridisk metodelære på statsrettens område er imidlertid ikke så enkel som Høyesterett gir inntrykk av. Her som på andre rettsområder må bestemmelser i en lov leses i sammenheng. Det gjør knapt Høyesterett. Fremfor å ta utgangspunkt i § 115, som er den bestemmelsen som etter ordlyden regulerer myndighetsoverføring, tar Høyesterett utgangspunkt i Stortingets bruk av § 26 andre ledd. Med utgangspunkt i en begrenset praksis før vedtakelsen av § 115 i 1962 og vage uttalelser i forarbeidene, synes Høyesterett å mene at § 115 ble vedtatt med et implisitt unntak for «lite inngripende» myndighetsoverføringer, selv om et slikt unntak ikke kom til uttrykk i

³⁰ Se Rt. 2007 s. 234 (Kongsberg/Nes), avsn. 56.

³¹ HR-2021-655-P, punkt 3.10. Se også Toril M. Øie, «Norges konstitusjon og Høyesterett», i: *Med ære og samvittighet. Festskrift til Magnus Matningsdal*, Oslo 2021 s. 486-507 på s. 507, der uttalelsen er forklart med at Høyesterett må være seg «bevisst maktfordelingen mellom statsmaktene».

ordlyden.³² Høyesterett spør aldri om Stortinget ville ha vedtatt en mindretallsrett i § 115 som ikke kan brukes uten samtykke fra flertallet. Med dette grepet kommer ordlyden og formkravene i § 115 i bakgrunnen.³³ Som nevnt ovenfor inneholder betenkningen ingen refleksjoner om konsekvensene av Høyesteretts tolking av § 26 andre ledd for § 115. Dette er en annen metodisk tilnærming enn den Høyesterett la til grunn forrige gang domstolen leverte en betenkning til Stortinget. Den gangen, i 1945, la høyesterettsdommerne særlig vekt på systemet og sammenhengen i Grunnloven fremfor eventuell praksis fra Stortingets side.³⁴

På statsrettens område er det påkrevd å se hen til de underliggende verdiene og formålene som Grunnloven skal sikre. Et av Grunnlovens formål er å sikre rettsstaten, jf. § 2. Høyesterett viste til dette formålet senest i HR-2021-417-P (ACER), som begrunnelse for å tillate at Nei til EU reiser søksmål om Grunnloven § 26 andre ledd gav hjemmel for norsk tilslutning til EUs energibyrå ACER. Men «rettsstaten» i § 2 er lite verdt om den bare skal fungere som et prosessuelt middel for å åpne dørene til domstolene, og ikke som et krav til domstolenes løsning av materielle rettsspørsmål. Høyesterettsdommer Falch formulerer i en nylig artikkel følgende kjennetegn ved rettsstaten: «Rettsstaten er derfor utvilsomt en bundet stat – en rettsbundet stat. Dette betyr at retten står over alle, som det sies, også over statens egne myndigheter».³⁵ I HR-2020-2472-P (Klimadommen), som gjaldt den langt mindre konkret utformete retten i Grunnloven § 112 sammenlignet med mindretallsvernet i § 115, forstod Høyesterett rettsstatsbegrepet på lignende måte. Her uttalte flertallet i Høyesterett at «openberre rettsstatsomsyn [tilseier] at domstolene skal kunne setja grenser også for eit politisk fleirtal når det er tale om å verne grunnlovfesta verdiar».³⁶ Det er ingen tvil om at mindretallsvernet i Grunnloven § 115 er en grunnlovfestet verdi. Grunnlovsgiveren har ment at overføring av myndighet til internasjonale sammenslutninger er endringer i statsstyret som det må stå et kvalifisert flertall bak, noe som fra et folkerettslig perspektiv understøttes av at slike overføringer ofte er irreversible. Når konsekvensene av det politiske flertallets praksis gjennom «lite inngripende»-unntaket er at et at mindretallsretten i § 115 ikke kan utøves selvstendig, skulle man tro at vi har nådd et punkt er åpenbare rettsstatshensyn tilsier at domstolene skal kunne sette grenser for det politiske flertallet. Vi konstaterer at Høyesterett ikke gjør noe i den retningen i jernbanebetenkningen.

³² HR-2021-655-P, punkt 3.4. For en gjennomgang av tilblivelsen av § 115, se Ola Mestad, «§ 115», i: *Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814-2020*, Oslo 2021, s. 1275-1304. Diskusjonen ved vedtakelsen av § 115 i 1962 dreide seg om myndighetsoverføringen til NATO i 1951, mens det samme var tilfelle i 1963, etter vedtakelsen. I begge disse sakene gjaldt myndighetsoverføringen kommando over militære styrker etter § 25. Da utenrikskomiteen i 1963 viste til at § 115 ikke var ment ramme tidligere praksis, var det praksis om § 25 man tilsynelatende siktet til.

³³ Se i samme retning Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, femte utgave, Bergen 2021, s. 150.

³⁴ Se Høyesteretts betenkning om tidspunkt for sammenkalling av Stortinget i Dokument nr.11. (1945).

³⁵ Ingvald Falch, «Rettsstatens betydning», i: *Lov og rett 2021* s. 43-57 på s. 47.

³⁶ HR-2020-2472-P (Klimadommen), avsn. 141. Se i samme retning Toril M. Øie, «Norges konstitusjon og Høyesterett», i: *Med ære og samvittighet: Festskrift til Magnus Matningsdal*, Oslo 2021 s. 486-507 på s. 496-497 og 507.

4.2 Betydningen av statspraksis på statsrettens område

Høyesteretts vektlegging av statspraksis i betenkningen er etter vårt syn for grovkornet og enkel. Det er riktig at Stortinget som lovgivende makt har samtykket i en rekke myndighetsoverføringer med hjemmel i Grunnloven § 26 andre ledd. Samtidig har Stortinget som grunnlovgivende makt i samsvar med prosedyren i Grunnloven § 121 andre ledd også utøvd en praksis, både ved å gi § 115 med den ordlyden den har i dag, og ved å avstå fra å skrive inn i denne ordlyden et unntak for lite inngripende myndighetsoverføringer. Det at Stortinget på én og samme tid er to ulike makter – konstituerende makt og konstituert makt i vanlig statsrettslig terminologi³⁷ – kan det være krevende å være bevisst på, ikke minst for Stortinget selv. Imidlertid er det et grunnleggende skille som har preget norsk statsrett siden 1814 og som spilte en fremtredende rolle under forfatningskampene på 1800-tallet. Det er også et skille som følger av Grunnloven selv gjennom særskilte og strengere formkrav for grunnlovsvedtak enn for vedtakene til Stortinget som konstituert makt, jf. §§ 73 og 121.

Det er nettopp dette skillet mellom konstituerende og konstituert makt som historisk har vært begrunnelsen for domstolskontrollen med lover i Norge: Stortinget som lovgivende og konstituert makt rangerer under og kan ikke fravike regler gitt av Stortinget som konstituerende makt på vegne av det suverene folket.³⁸ Formålet med domstolskontrollen, nå kodifisert i Grunnloven § 89, er altså å vokte over og håndheve normene gitt av den konstituerende makten mot normer og handlinger fra de konstituerte maktene. Dette formålet er ikke til hinder for at domstolene ved prøvingen av lover og forvaltningsvedtak mot Grunnloven legger vekt på Stortinget som konstituert makts tolking av Grunnloven, i samsvar med synspunktet i den såkalte tredelingslæren utviklet i Rt. 1976 s. 1 (Kløfta) og gjentatt i senere saker. Grunnlovsnormer kan som andre normer være uklare og kreve tolking og skjønn. Når det gjelder tolkingen av grunnlovsnormer som regulerer forholdet mellom den lovgivende og den utøvende makten, er det ikke unaturlig for domstolene å legge vekt på hvordan disse statsmaktene, som i et parlamentarisk system ikke er skarpt adskilte, vurderer sin innbyrdes kompetansfordeling. I de sentrale avgjørelsene der Høyesterett har lagt stor vekt på Stortingets tolking av Grunnloven, er det denne typen kompetanseregler man har hatt for øye.³⁹

Dette hensynet, og med det tolkingsprinsippene Høyesterett viser til, står imidlertid ikke like sterkt for alle regler som gjelder forhold ved statsmaktene. For eksempel gir Grunnloven regler om Stortingets sammensetning ved valg (§§ 54 flg.) og funksjonstid (§§ 54 og 71) som ikke kan fungere etter hensikten dersom et stortingsflertall kan anvende dem etter skjønn. Det ville føre galt av sted dersom domstolene skulle legge særlig vekt på grunnlovstolkingen til et stortingsflertall som gjentatt tolket reglene om Stortingets funksjonstid utvidende eller tolket inn ulovfestede unntak i reglene om mandatfordelingen

³⁷ Se Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, s. 81 flg.

³⁸ Se slik Peder Carl Lasson, *Supplement til det i 1868 trykte Skrift om Straffeprocessen i dens nyeste Skikkelse m.v.*, Christiania 1869, s. 17-18. Se videre Eirik Holmøyvik og Dag Michalsen, *Lærebok i forfatningshistorie*, Oslo 2015, s. 339-346.

³⁹ Se Rt. 1952 s. 1089 (Hvalolje) på s. 1098 og Rt. 1956 s. 952 (Treforedling) på s. 960.

til egen fordel.⁴⁰ Tilsvarende inneholder Grunnloven regler som stiller formkrav til vedtak for at de skal være gyldige. Formkravene kan ha ulike begrunnelser og de kan med tiden fremstå som formelle og utdaterte uten at det i norsk statsrett har blitt akseptert å se bort i fra dem. Et eksempel er kravet om kongens signatur og statsministerens kontrasignatur for kongelige resolusjoner, jf. Grunnloven § 31. Gitt den rent symbolske rollen til monarkiet i dag, kan kravet om kongens signatur utvilsomt «fremstå som svært formalistisk», for å bruke Høyesteretts ord i jernbanebetenkningen.⁴¹ Likevel kan vi ikke slutte at regjeringen, utenom de spesielle tilfellene i Grunnloven § 41, kan se bort i fra kravet om kongens signatur ved for eksempel mindre viktige kongelige resolusjoner. Likeledes blir ikke et lovforslag med en enstemmig komitéinnstilling gyldig lov uten et formelt lovvedtak og kongelig sanksjon jf. Grunnloven §§ 76-79, selv om både lovvedtaket og sanksjonen i praksis er formaliteter når komitéinnstillingen foreligger.

Etter vårt syn må det samme gjelde når det gjelder formkrav som gir et mindretall mulighet til å blokkere vedtak. I tillegg til § 115 ved myndighetsoverføring, gjelder dette § 121 om grunnlovsvedtak. Disse bestemmelsene har til felles med rettighetsbestemmelsene i Grunnloven at grunnlovsgiver har funnet det nødvendig å gi mindretallet særskilt vern mot flertallet. Formålet med de særskilte og strengere formkravene til grunnlovsvedtak etter § 121 ville bli undergravd dersom Stortinget kunne gjøre «lite inngripende» endringer i Grunnloven uten mellomliggende stortingsvalg eller uten to tredjedels flertall.

Valglovutvalget har nylig foreslått å grunnlovsfeste i Grunnloven § 54 en beredskapsregel for stortingsvalg, som gir Stortinget kompetanse til å beslutte omvalg eller forlenge eller utsette valgtinget dersom to tredjedeler av medlemmene samtykker.⁴² Mindretallsvernet er her begrunnet med å hindre misbruk fra et knapt stortingsflertall. Dette mindretallsvernet ville blitt meningsløst dersom et vanlig flertall på Stortinget etter skjønn kunne bestemme en «lite inngripende» forlengelse eller utsettelse av valgtinget.

Et sted må det gå en grense for vektleggingen av de konstituerte maktenes praksis dersom de særskilte formkravene for grunnlovsvedtak, og med det skillet mellom konstituert og konstituerte makter, skal ha noen betydning. Vi mener at grensen for legitim grunnlovstolking er overskredet når Stortingets praksis medfører at en grunnlovbestemt mindretallsrettighet ikke kan utøves uten samtykke fra flertallet. En slik endring kan ikke gjøres uten grunnlovsvedtak. Dersom Høyesterett mener at det følger av alminnelig norsk juridisk metodelære at Stortinget gjennom sin praksis kan tolke bort grunnlovbestemte formkrav fordi de oppleves som formalistiske og fordi betydningen av saken ikke står i samsvar med formkravet, da står mindretallsvernet ved grunnlovsvedtak etter § 121 og Grunnlovens regler om Stortingets sammensetning og funksjonstid også i fare. Det er et

⁴⁰ Valgtvister ligger enn så lenge utenfor domstolenes jurisdiksjon, men Valglovutvalget har foreslått å gi Høyesterett kompetanse til å overprøve Stortingets godkjenning av stortingsvalg, se NOU 2020: 6, *Frie og hemmelige valg*, s. 294-295.

⁴¹ HR-2021-655-P, punkt 3.10.

⁴² Fordi flertallet blir beregnet på grunnlag av alle medlemmene av Stortinget, er kravet til kvalifisert flertall etter den foreslåtte beredskapshjemmel strengere enn for grunnlovsvedtak etter § 121, som krever to tredjedels flertall av to tredjedeler av medlemmene jf. § 73. Se NOU 2020: 6, *Frie og hemmelige valg*, s. 325-326 jf. s. 357. I tillegg har et mindretall foreslått å innføre et krav om to tredjedels flertall i Stortinget for endringer i valgdistriktene, se s. 119-120.

grunnleggende problem ved Høyesteretts jernbanebetenkning at den ikke reflekterer over rekkevidden og konsekvensene av rettskildebruken. Som vi skal komme tilbake til nedenfor, skaper Høyesteretts betenkning med dette en farlig presedens.

4.3 Metodiske feilslutninger

I betenkningen bygger Høyesterett på tolkingsprinsipp som vi har vanskelig for å se at følger av alminnelig juridisk metodelære.

Som en forklaring på hvorfor en hjemmel for myndighetsoverføring kan følge av § 26 andre ledd uten grunnlag i ordlyden, skriver Høyesterett:

«Når det så gjelder Høyesteretts syn på om § 26 annet ledd kan brukes til å samtykke i lite inngripende myndighetsoverføringer, er utgangspunktet at ordlyden – som fremholdt i punkt 3.2 – ikke gir svar på spørsmålet. Men ordlyden stenger ikke for en slik forståelse av bestemmelsen.»⁴³

Dette utgangspunktet er etter vårt syn problematisk. Høyesterett har rett i at ordlyden i § 26 andre ledd, som bare sier at Stortinget må samtykke i traktater med et visst innhold, ikke eksplisitt stenger for at slike traktater også kan medføre myndighetsoverføring. Men en slik tilnærming er å snu saken på hodet. Det er jo § 115 og de klare formkravene etter ordlyden der som stenger for bruk av § 26 andre ledd i slike saker. Om vi bruker Høyesteretts tolkingsmetode på andre spørsmål, ser vi hvor gal den er.

Ordlyden i § 26 andre ledd sier heller ingenting om at Stortinget ikke kan samtykke i traktater som strider mot eller gjør unntak fra bestemmelser i Grunnloven. På samme måte sier § 75 heller ingenting om at Stortinget ikke kan gi lover som strider mot eller gjør unntak fra Grunnloven. Det er likevel sikker rett at Stortinget bare kan gjøre noe slikt gjennom et grunnlovsvedtak som oppfyller formkravene i § 121. Det er altså § 121 og ikke de enkelte kompetansereglene i Grunnloven som stenger for grunnlovsendringer i kraft av disse kompetansereglene. De enkelte kompetansereglene må altså tolkes i lys av systemet i Grunnloven og andre kompetanseregler med særskilte formkrav. Det samme synspunktet må gjelde for de særskilte formkravene i § 115. Om vi skal følge logikken til Høyesterett, så kan også Stortinget ha kompetanse til å vedta traktater og lover som bryter med eller endrer andre deler av Grunnloven så lenge inngrepet er «lite inngripende».

Som forklaring på at Stortinget gjennom tolking og altså uten grunnlovsendring kan gjøre unntak fra kravet til kvalifisert flertall i § 115, skriver Høyesterett:

«Den rettspolitiske begrunnelsen ligger i at det bør være forholdsmessighet mellom sakens reelle betydning og valget mellom alminnelig og kvalifisert flertall. Myndighetsoverføringer kan reelt sett være lite inngripende sett i forhold til mange folkerettslige forpliktelser som utvilsomt kan godtas med alminnelig flertall i

⁴³ HR-2021-655-P, punkt 3.10.

medhold av § 26 annet ledd. Som eksempel på det siste kan nevnes forpliktelser som forutsetter lovendringer med store rettsvirkninger for private rettssubjekter.»

Også her uttrykker Høyesterett seg generelt og uten forbehold, som om krav om forholdsmessighet mellom sakens reelle betydning og krav om kvalifisert flertall skulle følge av alminnelig juridisk metodelære. Det gjør det ikke. Kravet om kvalifisert flertall § 115 var resultatet av et hardt tilkjempet politisk kompromiss og var en avgjørende forutsetning for at bestemmelsen oppnådde grunnlovsflertall i 1962.

Høyesterett har rett i at den skarpe sontringen i § 115 første og andre ledd mellom folkerettslige forpliktelser som medfører direkte virkning i norsk rett og forpliktelser som ikke gjør det, ofte kan være misvisende når det gjelder de reelle konsekvensene for både statens myndigheter og private rettssubjekt. Dette fenomenet er imidlertid ikke særegent for § 115. Mange grunnlovsvedtak er reelt sett lite viktige. For eksempel har Stortinget til behandling et grunnlovsforslag om at Stortinget kan tre sammen en måned tidligere enn i dag. Stortinget har også de siste årene fattet flere grunnlovsvedtak om rent språklige endringer i Grunnlovens tekst og flytting av bestemmelser uten å endre innholdet.⁴⁴ Likevel har Stortinget for disse og andre lite viktige grunnlovsvedtak fulgt formkravene i § 121 med to tredjedels flertall og mellomliggende stortingsvalg mellom forslag og vedtak. Og selv om det finnes eksempler på at Stortinget i spesielle situasjoner har endret Grunnloven uten å følge formkravene i § 121, er det ingen som har hevdet at denne praksisen er grunnlag for en alminnelig ulovfestet regel som tillater å se bort fra formkravene ved mindre betydningsfulle grunnlovsendringer.⁴⁵

Også ellers i lovverket finner vi krav om kvalifisert flertall for å fatte gyldige avgjørelser. Et eksempel er vedtektsendringer for aksjeselskap etter aksjeloven § 5-18, som krever to tredjedels flertall av stemmene og aksjekapitalen representert på generalforsamlingen. Som for Grunnloven § 115 er hensynet bak dette formkravet minoritetsvern.⁴⁶ Så vidt vi er kjent med, gjelder aksjelovens krav om kvalifisert flertall uavhengig av om vedtektsendringen er viktig eller ikke.

Om vi tar Høyesteretts krav om forholdsmessighet mellom sakens reelle betydning og valget mellom alminnelig og kvalifisert flertall på alvor, så skulle dette tilsi at en rekke vedtak som etter Grunnloven kan fattes med vanlig flertall, burde kreve kvalifisert flertall. For eksempel fatter Stortinget årlig mange lov- og budsjettvedtak med vanlig flertall etter § 75 som er langt viktigere enn de aller fleste både §§ 115-vedtak og § 121-vedtak.

⁴⁴ Om språklige endringer, se grunnlovsvedtak 02.02.2006 jf. Innst. S. nr. 74 (2005–2006), grunnlovsvedtak 27.05.2010 jf. Innst. 254 S (2009–2010), grunnlovsvedtak 06.05.2014 jf. Innst. 177 S (2013–2014) og grunnlovsvedtak 08.05.2018 jf. Innst. 255 S (2017–2018). For flytting av bestemmelser, se grunnlovsvedtakene 14.05.2020 jf. Innst. 260 S (2019–2020) og Dokument 12:18 (2015–2016).

⁴⁵ Om argumentasjonen i forbindelse med Stortingets endringer av Grunnloven i 1814 og 1905 uten å følge formkravene i § 121, se Eirik Holmøyvik, «§ 121», i: *Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814–2020*, Oslo 2021, s. 1359–1400 på s. 1376 flg.

⁴⁶ Se NOU 1996: 3, *Ny aksjelovgivning*, s. 74.

4.4 Konsekvensene for læren om konstitusjonell nødrett

Høyesteretts vektlegging av statspraksis fremfor Grunnlovens ordlyd reiser også spørsmål i relasjon til konstitusjonell nødrett. Utgangspunktet i norsk statsrett har så langt vært at grunnlovbestemte formkrav og grenser bare kan fravikes på grunnlag av konstitusjonell nødrett.⁴⁷ Vilkårene er svært strenge, og det er ikke tilstrekkelig at staten kan oppnå en fordel ved å fravike Grunnloven.⁴⁸ Dette utgangspunktet gjelder uavhengig av om for eksempel Stortinget gjør et formelt vedtak om å fravike Grunnloven i en nødssituasjon eller om det skjer gjennom en situasjonsbestemt tolking av Grunnloven.⁴⁹

Høyesteretts generelt utformede metodiske utgangspunkter sår etter vårt syn tvil om konstitusjonell nødrett som et nødvendig hjemmelsgrunnlag for situasjonsbestemt fravikelse av grunnlovbestemte formkrav og grenser. Dersom Stortinget i en normalsituasjon kan se bort fra grunnlovbestemte formkrav fordi de ikke står i forhold til betydningen av saken, må det gjelde desto sterkere i en krisesituasjon. I så fall må statens myndigheter kunne fravike Grunnloven uten å oppfylle vilkårene for konstitusjonell nødrett, så lenge fravikelsen relativt sett er av beskjedent omfang.

Rettsoppfatningen i Høyesteretts betenkning står her i spenning til stats- og rettspraksis om konstitusjonell nødrett. Vi nevner at kommunal- og moderniseringsdepartementet i forbindelse med tilrettelegging av stortingsvalget i 2021 i en pågående pandemisituasjon fikk utredet muligheten for å fravike regelen i Grunnloven § 54 om at valgtingene må være gjennomført innen utløpet av september måned.⁵⁰ I dette tilfellet var det snakk om en beskjeden utsettelse eller forlengelse av valgtingene for å oppfylle Grunnlovens forutsetning om at velgerne har mulighet til å stemme ved stortingsvalget. Verken departementet eller Stortinget tenkte over muligheten til å fravike regelen i § 54 uten grunnlag i konstitusjonell nødrett.⁵¹

4.5 Statspraksis fra Stortinget som konstituerende makt

Søker vi derimot statspraksis fra Stortinget *som konstituerende makt*, finner vi et helt annet syn på betydningen av statspraksis enn i Høyesteretts betenkning. I forbindelse med grunnlovfesting av domstolskontrollen med lover og forvaltningsvedtak i Grunnloven § 89 i 2015, uttrykte et stort flertall i kontroll- og konstitusjonskomiteen følgende i komitéinnstillingen:

«Dette flertallet mener det bør være et mål for Stortinget som grunnlovsgiver at Grunnloven holdes i hevd som det sentrale rettslige grunnlaget for statsmaktens myndighet. En slik målsetting krever at de sentrale rettsreglene om forholdet

⁴⁷ Se grunnleggende Ola Rambjør Heide, *Konstitusjonell nødrett*, Oslo 1997.

⁴⁸ Se Frede Castberg, «Konstitusjonell nødrett. Utredning, avgitt etter oppdrag fra Stortingets presidentskap», i: Dokument nr. 2 (1953), på s. 18 flg.

⁴⁹ Se Johs. Andenæs, «Grunnloven og det foreliggende forslag til lov om særlege rådgjerder under krig, krigsfare og lignende forhold (Ot. prp. nr. 78 for 1950)», i: Dokument nr. 11 1950, s. 14.

⁵⁰ Se Eirik Holmøyvik, «Utgreiing om høvet til å utsetje eller forlenge valtinget eller å halde omval ved stortingsvalet i 2021 grunna koronasituasjonen», i: Prop. 89 L, Midlertidig lov om endringer i valgloven og kommuneloven (tiltak for å avhjelpe negative konsekvenser av covid-19), s. 45-57.

⁵¹ Se Prop. 89 L, Midlertidig lov om endringer i valgloven og kommuneloven (tiltak for å avhjelpe negative konsekvenser av covid-19), s. 14-15 og Innst328 L (2020-2021), s. 4.

mellom statsmaktene kan leses ut fra Grunnlovens tekst. Dette flertallet mener det er demokratisk betryggende at rettsregler med grunnlovs rang er vedtatt og anerkjent av Stortinget etter prosedyren i § 121.»⁵²

Disse ordene fra Stortinget som konstituerende makt blir meningsløse dersom Stortinget som konstituert makt kan tolke inn vidtrekkende ulovfestede unntak fra de rettsreglene som kan leses ut fra Grunnlovens tekst. Vi mener at det i tilfeller som dette er domstolenes rett og plikt å handheve de skrevne rettsreglene i Grunnloven gitt av Stortinget som konstituerende makt, fremfor tolkinger Stortinget som konstituert makt gjør og som undergraver de skrevne reglene. Det minste Høyesterett kunne ha gjort i betenkningen, var å minne Stortinget som konstituert makt om hva Stortinget som konstituerende makt mener er den korrekte måten å drive rettsutvikling på statsrettens område.

5. Høyesteretts argumentasjon og eksempelets makt

I denne artikkelen har vi kritisert argumentasjonen og den metodiske tilnærmingen til Høyesterett i jernbanebetenkningen til Stortinget.

Vår kritikk av Høyesterett handler dypest sett om hvordan Grunnloven kan endres. Høyesteretts jernbanebetenkning angår grunnlovsendring på tre nivå. For det første medfører vedtak om myndighetsoverføring materielle endringer i konstitusjonelle regler ved at kompetanse som Grunnloven legger til norske statsorgan, overføres til internasjonale organ.⁵³ Slik materiell endring i Grunnlovens innhold kan nå i vid utstrekning gjøres av et vanlig stortingsflertall. Dette fordi det ulovfestede «lite inngripende»-unntaket er så skjønnsmessig utformet at det i praksis ikke er egnet til å trekke en grense mellom vedtak som krever vanlig flertall og vedtak som krever kvalifisert flertall. Om det bør være et mindretallsvern eller andre særskilte formkrav for myndighetsoverføring, er et spørsmål som fortjener debatt, men som vi ikke har tatt stilling til her.

For det andre, i den konkrete vurderingen av de materielle endringene i de norske statsorganenes kompetanse underspiller Høyesterett virkningene av EUs fjerde jernbanepakke. Høyesterett ser bort fra at jernbanefaglige og tekniske forhold kan berøre sentrale samfunnsmessige og politiske interesser, at det blir redusert adgang til å stille noen konstitusjonelt og parlamentarisk til ansvar for sikkerhetsvurderinger i jernbanesektoren, og at jernbanepakken skiller seg fra tidligere saker om myndighetsoverføring.

For det tredje, og hovedanliggendet i denne artikkelen, medfører Høyesteretts praksisbaserte tolkingsmetode at mindretallsretten som følger klart og uten reservasjoner fra ordlyden i § 115, i realiteten er satt ut av spill. Dette reiser spørsmål om konstitusjonelle regler kan og bør endres gjennom tolking og praksis fremfor formell grunnlovsendring.

Vi gjentar at vår kritikk ikke retter seg mot norsk tilslutning til EU- og EFTA-organer som del av EØS-samarbeidet. Vi er enige i at bestemmelsen i § 115 ikke er godt tilpasset dagens norske tilknytningsform til EU og at vilkårene for myndighetsoverføring derfor bør endres.

⁵² Innst. 263 S (2014–2015), s. 11.

⁵³ Se slik Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, s. 151 jf. s. 146.

Uenigheten går på hvordan en slik endring kan skje. I motsetning til Stortinget, Justisdepartementets lovavdeling, herskende lære i juridisk teori⁵⁴ og nå Høyesterett, mener vi at en regel som i praksis uthuler mindretallsvernet i § 115, bare kan innføres gjennom formell grunnlovsendring etter § 121.

Høyesterett har rett i at det i norsk statsrettsteori i noen tilfeller har blitt lagt atskillig vekt på Stortingets praksis ved grunnlovstolking og mindre vekt på Grunnlovens ordlyd. Johs. Andenæs kalte dette det «ultrademokratiske syn» på statsretten, der «stortingsviljen til enhver tid skal være avgjørende uten hensyn til formelle regler».⁵⁵ Det er likevel viktig å minne om at det i disse tilfellene har vært snakk om det innbyrdes kompetanseforholdet mellom regjeringen og Stortinget i et parlamentarisk system.⁵⁶ I Høyesteretts jernbanebetenkning er snakk om en grunnlovsbestemt mindretallsrett og et formkrav for utøving av kompetanse etter Grunnloven. Det er noe annet. Når grunnlovsgiver har funnet det nødvendig å grunnlovsfeste et særskilt mindretallsvern for visse typer beslutninger, tilsier det en langt mer varsom tilnærming til ordlyden og Grunnlovens system. Uten en slik varsom tilnærming, som tar ordlyden på ordet, undergraves Grunnlovens funksjon som ramme og grense for statsmaktens kompetanse. Formålet med å grunnlovsfeste institusjoner, formkrav, kompetansegrenser og rettigheter er å sikre at de ikke kan endres gjennom vanlige flertallsvedtak som ledd i situasjonsbestemt politikk, men bare gjennom grunnlovsvedtak av et kvalifisert flertall etter et stortingsvalg. Dette ligger i kjernen av rettsstaten, forstått som en rettsbundet stat som også binder statens egne myndigheter.⁵⁷

I dette perspektivet er vi bekymret for eksempelet og presedensen Høyesterett setter i jernbanebetenkningen. En pragmatisk tilnærming til grunnlovsbestemte grenser og formkrav er sårbar for misbruk. Det vil være altfor lett å avfeie en slik innvending som teoretisk. I vår egen moderne historie finnes det eksempler på at illiberale krefter har legitimert oppheving av grunnlovsbestemte demokratiske ordninger med referanse til norsk praksisbasert statsrettslig metode.⁵⁸ Kaster vi et blikk utenfor landets grenser, er det ikke vanskelig å finne eksempler på at grunnlovsbestemte grenser og formkrav blir tolket bort til reell skade for demokratiet og rettsstaten. Klassiske eksempler er domstoler som tolker bort klare grunnlovsbestemte gjenvalgsforbud for presidenten.⁵⁹ Europarådet har ved flere anledninger de siste årene rapportert om en utvikling i form av en «winner takes it all»-holdning blant det politiske flertallet, som gir seg utslag i manglende respekt for

⁵⁴ Se senest og med videre referanser Mestad, *Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814-2020*, s. 1275-1304. For en mer kritisk tilnærming, se Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, s. 148-151.

⁵⁵ Se Johs. Andenæs, «Stortingets kontroll med regjering og forvaltning», *Jussens Venner* 1978 s. 1-18 på s. 13.

⁵⁶ Se nærmere Eirik Holmøyvik, «Tolkingar av Grunnlova», i: *Tolkingar av Grunnlova. Om forfatningsutviklinga 1814-2014*, redigert av Eirik Holmøyvik, Oslo 2013, s. 11 flg., og Eirik Holmøyvik, «Med instruks skal landet byggjast? Om Stortingets instruksjonsrett overfor regjeringa og rettsutvikling på statsrettens område», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2018, s. 461-492, særlig s. 483 flg.

⁵⁷ Falch, *Lov og rett* 2021 s. 43-57 på s. 47.

⁵⁸ Se Rolf Schiedermaier, «Den statsrettslige utvikling i Norge», i: *Norsk Retstidende* 1941, s. 1.

⁵⁹ Ferske eksempler er Burundi og Honduras i 2015. Se konstitusjonsdomstolen i Burundis dom RCCB 303, 4. mai 2015. Se videre i Sègonna Horace Adjolohoun, «'Made in Courts' Democracies? Constitutional Adjudication and Politics in African Constitutionalism», i: *Constitutional Adjudication in Africa*, redigert av Charles M. Fombad, Oxford 2017, kapittel 11. Se dom av 22. april 2015 fra konstitusjonskammeret i Honduras' høyesterett (Sala de lo constitucional). Se videre Leiv Marsteintredet, «The Honduran Supreme Court Renders Inapplicable Unamendable Constitutional Provisions», i: *Int'l J. Const. L. Blog*, 1. mai 2015, tilgjengelig elektronisk: <http://www.iconnectblog.com/2015/05/Marsteintredet-on-Honduras>.

mindretallsretter, marginalisering av opposisjonen og som til slutt utgjør en trussel mot demokratiet.⁶⁰ Vi sier ikke at Norge er i denne situasjonen i dag eller at Høyesterett i jernbanebetenkningen gir uttrykk for et slikt syn. Det vi sier er at den pragmatiske og praksisbaserte fremgangsmåten til Høyesterett kan misbrukes ved at den svekker Grunnloven funksjon som rettslig ramme for maktutøvingen til statens myndigheter.

Vi vil avslutte med å understreke at noe av vår kritikk mot Høyesterett må forstås på bakgrunn av betenkningens formen. Når vi kritiserer Høyesterett for at relevante argumenter er utelatt fra argumentasjonen og for ikke å fremheve mulige problematiske sider ved grunnlovstolkningen, så er det fordi vi mener at dette er forhold som bør fremgå av en betenkning adressert til Stortinget, både som beslutningstaker i forbindelse med EUs fjerde jernbanepakke og som grunnlovsgiver. Det er ikke Høyesterett som har ført oss i en situasjon der ordlyden i en sentral bestemmelse i Grunnloven ikke lenger har en rettslig realitet. Det ansvaret ligger utelukkende på Stortinget. Når Høyesterett ikke satte foten ned i jernbanebetenkningen, ligger også løsningen på floken i Stortinget som grunnlovsgiver. Dessverre er det lite spor i betenkningen av en oppfordring til å revidere Grunnloven § 115. Som nevnt ovenfor har Stortinget som grunnlovsgiver gitt klart uttrykk for at det er en viktig demokratisk verdi at sentrale konstitusjonelle regler kan leses ut fra Grunnlovens tekst og at de er vedtatt og anerkjent av Stortinget med kvalifisert flertall etter prosedyren i § 121. Stortinget har de siste tjue årene gjort en stor innsats i å modernisere Grunnloven, mellom annet ved å kodifisere ulovfestede regler slik at Grunnloven i størst mulig grad gir uttrykk for gjeldende statsrett. Også i dette perspektivet er Høyesteretts jernbanebetenkning en tapt mulighet.

⁶⁰ Se Veneziakommisjonen, CDL-AD(2019)015, Parameters on the relationship between the parliamentary majority and the opposition in a democracy: A checklist, 24.06.2019, s. 3. Den samme utviklingstendensen ble påpekt av Europarådets generalsekretær i 2016, se *State of Democracy, Human Right, and the Rule of Law. A security imperative for Europe*. Report by the Secretary General of the Council of Europe 2016, s. 74-75.