



NORGES HØYESTERETT

K J E N N E L S E

avsagt 1. mars 2021 av Høyesterett i plenum med

justitiarius Toril Marie Øie
dommer Jens Edvin A. Skoghøy
dommer Hilde Indreberg
dommer Bergljot Webster
dommer Wilhelm Matheson
dommer Aage Thor Falkanger
dommer Kristin Normann
dommer Ragnhild Noer
dommer Henrik Bull
dommer Knut H. Kallerud
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Arne Ringnes
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Ingvald Falch
dommer Espen Bergh
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Erik Thyness

HR-2021-417-P, (sak nr. 20-072085SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts kjennelse 18. mars 2020

Nei til EU

(advokat Kjell Magnus Brygfeldt)
(Rettslig medhjelper:
advokat Bent Endresen)

mot

Staten v/Utenriksdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Fredrik Sejersted)

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Kallerud:**

Sakens spørsmål

- (2) Saken gjelder søksmål fra Nei til EU mot staten for å stanse gjennomføringen av EUs tredje energimarkedspakke i norsk rett. Organisasjonen hevder – noe forenklet – at Stortingets samtykke til å ta energimarkedspakken inn i EØS-avtalen er i strid med Grunnlovens bestemmelser om suverenitetsavståelse. Etter Nei til EUs oppfatning hadde Stortinget ikke anledning til å treffe vedtaket etter Grunnloven § 26 andre ledd, som bare krever alminnelig flertall. Samtykket gjaldt etter organisasjonens syn en så inngripende myndighetsoverføring at den ikke kunne gjennomføres uten tre fjerdedels flertall i Stortinget, jf. Grunnloven § 115.
- (3) Om Stortinget gikk frem i samsvar med Grunnloven, skal ikke prøves i denne omgang. Spørsmålet for Høyesterett er, som for de tidligere instanser så langt, om vilkårene i tvisteloven § 1-3, jf. § 1-4 er oppfylt for å fremme søksmålet i sin nåværende form. Saken reiser også spørsmål om rekkevidden av domstolenes grunnlovskontroll etter Grunnloven § 89. Gir ikke disse bestemmelsene adgang til å fremme søksmålet, må det avvises fra behandling i domstolene.

Bakgrunn for saken***EUs tredje energimarkedspakke***

- (4) Siden slutten av 1980-tallet har EU arbeidet for å utvikle et indre marked for energi. Norge har vært tilknyttet dette gjennom EØS-samarbeidet, blant annet ved at regler i tidligere energimarkedspakker er blitt tatt inn i EØS-avtalen.
- (5) EU vedtok den tredje energimarkedspakken i 2009. I denne «pakken» er det samlet en rekke forordninger og direktiver. Pakken viderefører i stor grad det som var gjeldende regelverk, men inneholder også noen sentrale endringer, som jeg straks kommer inn på.
- (6) Bakgrunnen for, og formålet med, EUs tredje energimarkedspakke er beskrevet i regjeringens forslag til Stortinget om å gi samtykke til at Norge slutter seg til pakken, se Prop. 4 S (2017–2018) side 8. Her heter det blant annet:
- «Formålet med EUs tredje energimarkedspakke er å bidra til videre utvikling av det indre markedets funksjon innenfor energisektoren, herunder å overvinne hindringer for et indre marked for elektrisitet og naturgass.»
- (7) Et hovedformål er altså å lette omsetningen av elektrisitet og naturgass over landegrensene. Partene er enige om at det først og fremst er elektrisitetsmarkedet som er relevant for Norge.

- (8) For å avgjøre om søksmålsvilkårene er oppfylt, er det ikke nødvendig å gå detaljert inn på innholdet i den tredje energimarkedspakken. Jeg nøyer meg med å nevne noen hovedtrekk knyttet til spørsmålet om myndighetsoverføring.
- (9) En av rettsaktene – forordning (EF) nr. 713/2009 – inneholder organisatoriske og prosessuelle regler om opprettelse av ACER – Agency for the Cooperation of Energy Regulators. ACER skal blant annet bidra til å lette energihandelen over landegrensene gjennom å fremme samarbeid mellom de nasjonale myndighetene for energiregulering. Byrået skal også arbeide med å utvikle regelverket for denne handelen, se Prop. 4 S (2017–2018) side 6. På side 8 i proposisjonen oppsummeres ACERs oppgaver slik:
- «Opprettelsen av energibyrådet ACER innebærer et styrket samarbeid mellom reguleringsmyndighetene i Europa. Byrået har en sentral rolle i utviklingen av nytt regelverk til utfylling av den tredje pakken. ACER fungerer også som rådgiver, fører tilsyn og har vedtaksmyndighet på visse saksområder.»
- (10) I forordningens kapittel II er det gitt nærmere regler om ACERs myndighet. Særlig artikkel 7, 8 og 9 i dette kapittelet har interesse i saken. Av artikkel 8 nr. 1 fremgår blant annet at ACER i visse tilfeller, knyttet til infrastruktur over landegrensene, kan treffe beslutning «om de reguleringssspørsmål som hører inn under de nasjonale reguleringsmyndigheters myndighet, herunder eventuelt vilkårene for tilgang og driftssikkerheten». Staten har som et eksempel nevnt at ACER vil kunne treffe vedtak knyttet til bruk av en strømkabel som krysser landegrenser. Det fremgår av artikkel 8 nr. 1 at et slikt vedtak bare kan treffes ved uenighet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter eller etter felles anmodning fra disse myndighetene.
- (11) I direktiv 2009/72/EF er det fastsatt at det skal utpekes én nasjonal reguleringsmyndighet, se artikkel 35 følgende. Den nasjonale myndigheten plikter å overholde og gjennomføre alle juridisk bindende beslutninger fra ACER og Kommisjonen. Reguleringsmyndigheten skal være uavhengig av regjeringen og andre offentlige eller private organer ved utøvelsen av sine reguleringsoppgaver.
- (12) I forordning (EF) nr. 714/2009 er det bestemt at EU-kommisjonen blant annet kan innhente opplysninger direkte fra markedsaktørene og ilegge foretak bøter ved brudd på pålegg om å gi opplysninger, se artikkel 20 og 22.

Den tredje energimarkedspakken i norsk rett – elementene av myndighetsoverføring

- (13) Etter langvarige forhandlinger av hensyn til EØS-samarbeidet vedtok EØS-komiteen 5. mai 2017 å ta rettsaktene i EUs tredje energimarkedspakke inn i EØS-avtalen med avtalte tilpasninger. Til bruk i dette arbeidet var det innhentet tre uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling om de konstitusjonelle kravene ved tilslutning til energimarkedspakken. Av betydning for saken her nevner jeg at beslutninger rettet mot reguleringsmyndighetene i EFTA-statene ikke skal treffes av EU-organene ACER eller Kommisjonen, men av EFTA-statenes eget overvåkingsorgan – EFTA Surveillance Authority (ESA). Et spørsmål i hovedsaken er betydningen av å organisere samarbeidet på en slik måte at det ikke er et EU-organ som direkte treffer bindende vedtak overfor norske aktører.

- (14) I Norge er den nasjonale reguleringsmyndigheten som er omhandlet i direktiv 2009/72/EF, opprettet som en uavhengig avdeling i Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) – Reguleringsmyndigheten for energi (RME). Avdelingen forvalter regelverket i Norge. RME skal delta i arbeidet i ACER, men har ikke stemmerett.
- (15) Norge tok i medhold av EØS-avtalen artikkel 103 forbehold om at endelig godkjenning av den tredje energimarkedspakken var avhengig av oppfyllelse av norske «forfatningsrettslige krav». Artikkelenes første ledd har denne ordlyden:
- «Dersom en beslutning i EØS-komiteen kan bli bindende for en avtalepart først etter at forfatningsrettslige krav er oppfylt, skal beslutningen tre i kraft på den dag den måtte ha fastsatt, forutsatt at vedkommende avtalepart har meddelt de andre avtaleparter innen den nevnte dag at de forfatningsrettslige krav er oppfylt.»
- (16) Regjeringen la altså til grunn at det var nødvendig å innhente Stortingets samtykke før EØS-komiteens beslutning kunne bli bindende.
- (17) Regjeringen la frem sitt samtykkeforslag for Stortinget i november 2017, se Prop. 4 S (2017–2018). Med støtte i de nevnte uttalelsene fra Lovavdelingen mente regjeringen at Stortingets samtykke kunne gis med alminnelig flertall i medhold av Grunnloven § 26 andre ledd. Regjeringen fremmet samtidig forslag til lovvedtak om endringer i energiloven og naturgassloven, jf. Prop. 5 L og 6 L (2017–2018).
- (18) I Stortinget var det ulike syn på hvordan saken burde behandles, se Innst. 178 S (2017–2018). Etter debatt i Stortinget 22. mars 2018 ble det stemt over flere forslag. Ett av forslagene gikk ut på at samtykket måtte gis med tre fjerdedels flertall etter prosedyren i Grunnloven § 115. Forslaget ble nedstemt med 72 mot 24 stemmer. Stortinget tok altså selv uttrykkelig stilling til hva som var den riktige fremgangsmåten etter Grunnloven. Deretter samtykket Stortinget – i medhold av Grunnloven § 26 andre ledd – til regjeringens godkjenning av EØS-komiteens beslutning om å ta EUs regler i den tredje energimarkedspakken, med tilpasninger, inn i EØS-avtalen. Jeg nevner for fullstendighetens skyld at det under stortingsbehandlingen ble innhentet ytterligere én uttalelse om de konstitusjonelle spørsmålene fra Lovavdelingen.
- (19) Norge underrettet 27. april 2018 EØS-komiteen om at det forfatningsrettslige kravet nå var oppfylt. De nødvendige lovendringene ble vedtatt 25. mai 2018. Fordi man måtte vente på at også det islandske Alltinget skulle gi sitt samtykke, trådte EØS-komiteens beslutning om å ta inn rettsaktene i EØS-avtalen først i kraft 3. oktober 2019. EUs tredje energimarkedspakke med tilpasninger ble dermed folkerettslig bindende for Norge.
- (20) Rettsaktene er gjennomført i norsk rett ved endringer i energiloven og naturgassloven med forskrifter, som trådte i kraft høsten 2019.
- (21) Partene er enige om at gjennomføringen av EUs tredje energimarkedspakke innebærer en viss *overføring av myndighet fra norske statsorganer til en internasjonal organisasjon*. Det er to elementer som kan reise spørsmål om det var tilstrekkelig at Stortinget ga sitt samtykke etter Grunnloven § 26 andre ledd.
- (22) *For det første* gjelder det overføring av kompetanse til ESA til å treffe vedtak etter forslag fra ACER i de typer av saker hvor ACER har slik kompetanse i EU. Slike vedtak vil i tilfelle rettes mot RME, som igjen kan treffe bindende vedtak overfor norske aktører – i

første rekke Statnett. I denne sammenheng nevner jeg at Nei til EU mener at den reelle beslutningen treffes av ACER, som ESA uten videre må følge i sitt vedtak. Den norske myndigheten – RME – er deretter forpliktet til å gjennomføre ESAs vedtak overfor den norske operatøren, i praksis Statnett. Det er dermed – hevder organisasjonen – i realiteten et EU-organ som treffer disse beslutningene.

- (23) *For det andre* gjelder det overføring av kompetanse til ESA til å kreve utlevert relevant informasjon fra norske energiselskaper og ilegge bøter dersom ESAs informasjonspålegg blir brutt.
- (24) Jeg går ikke nærmere inn på karakteren av disse to elementene av myndighetsoverføring, herunder hvor inngripende de er. Dette er spørsmål som hører under hovedsaken dersom den fremmes. Jeg nevner imidlertid at det hittil ikke er innført tiltak – eller truffet vedtak rettet mot norske myndigheter eller aktører – som innebærer noen form for myndighetsutøvelse. Om norske energiselskaper har gitt ESA informasjon uten å ha fått et pålegg om det, er ikke opplyst.
- (25) Etter den opprinnelige vedtakelsen av EUs tredje energimarkedspakke er det vedtatt ytterligere rettsakter innenfor rammen av denne pakken. EØS-komiteen har besluttet å ta også disse inn i EØS-avtalen. Det er opplyst at regjeringen våren 2021 vil be om Stortingets samtykke til å ta dette regelverket inn i EØS-avtalen. EU har også vedtatt en fjerde energimarkedspakke. Her foreligger det foreløpig ikke beslutning av EØS-komiteen. De nye rettsaktene i pakke III og den nye pakke IV faller utenfor rammene for denne saken. Men de illustrerer at det for tiden pågår et betydelig arbeid i EU på dette feltet.

Saksgangen for domstolene

- (26) Nei til EU tok 8. november 2018 ut søksmål med påstand om at staten plikter å unnlate å gjennomføre EUs tredje energimarkedspakke i norsk rett. Organisasjonen mener som nevnt at gjennomføringen medfører en slik suverenitetsavståelse at Stortingets samtykke skulle ha vært gitt i medhold av Grunnloven § 115 med tre fjerdedels flertall. Stortingets samtykkevedtak 22. mars 2018 er derfor etter Nei til EUs oppfatning grunnlovsstridig.
- (27) Staten anførte i tilsvaret blant annet at prosessforutsetningene i tvisteloven § 1-3 ikke er oppfylt og påsto derfor prinsipielt at saken skulle avvises. Saken er foreløpig begrenset til å gjelde dette spørsmålet.
- (28) Oslo tingrett holdt muntlig forhandling om avvisningsspørsmålet og avsa kjennelse 10. oktober 2019, hvor saken ble avvist. Tingretten mente at saken verken gjaldt et «rettskrav» eller hadde den nødvendige aktualitet for Nei til EU, jf. tvisteloven § 1-3.
- (29) Nei til EU anket kjennelsen til Borgarting lagmannsrett, som behandlet saken skriftlig. Lagmannsretten avsa kjennelse 18. mars 2020, hvor anken ble forkastet. I kjennelsen kom lagmannsretten til at søksmålsvilkårene ikke var oppfylt.
- (30) Nei til EU har anket til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens saksbehandling og rettsanvendelse. Høyesteretts ankeutvalg forkastet anken over saksbehandlingen 18. juni 2020, jf. HR-2020-1274-U. Ved samme avgjørelse overførte ankeutvalget anken over rettsanvendelsen til avdeling med fem dommere, jf. domstoloven § 5 første ledd

andre punktum. Justitiarius besluttet 9. september 2020 at saken skal avgjøres av Høyesterett i plenum, jf. domstoloven § 5 fjerde ledd siste punktum, jf. § 6 første ledd andre punktum, jf. HR-2020-1749-J.

- (31) Dommer Matningsdal, som har vært sykmeldt, og dommer Høgetveit Berg, som har studiepermisjon, har ikke deltatt under behandlingen av saken.
- (32) Etter domstoloven § 5 femte ledd andre punktum skal den dommer som er yngst etter ansettelse, fratre når dette er nødvendig for at antall dommere ved voteringen ikke skal være delelig med to. Dette innebærer at dommer Steinsvik fratrer ved voteringen.
- (33) Påstanden i det underliggende søksmålet er endret flere ganger. Den lyder nå slik:
- «Staten ved Utenriksdepartementet pliktet å unnlate å gjennomføre Energimarkedspakke III i norsk rett.»
- (34) For lagmannsretten var påstanden formulert slik at det også var et spørsmål om prøving av forskrifter. Slik påstanden i hovedsaken nå lyder, er dette ikke et tema for Høyesterett.
- (35) Saken står ellers i det vesentlige i samme stilling som for de tidligere instanser.
- (36) Saken er for Høyesterett behandlet ved fjernmøte, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv. § 3.

Partenes syn på saken

- (37) Den ankende part – *Nei til EU* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (38) Vilkårene i tvisteloven § 1-3 for å prøve søksmålet for domstolene er oppfylt i den form saken nå er reist. Søksmålet tar utgangspunkt i et konkret vedtak – Stortingets samtykke knyttet til EUs tredje energimarkedspakke. Dette vedtaket er bygget på et konkret faktum, nemlig det sett av regler som er tatt inn i EØS-avtalen, herunder den myndighet som er lagt til ESA og det nyopprettede RME. Det som kreves i hovedsaken, er å få fastslått at regjeringens godkjenning var rettsstridig fordi Stortinget opptrådte i strid med Grunnloven da det ga samtykket etter § 26 andre ledd, ikke § 115. Ut fra organisasjonens formål har *Nei til EU* et reelt behov for å få dette kravet avgjort. Organisasjonen har som representant for deler av det sivile samfunnet rettskrav på at Stortinget anvender Grunnloven riktig. *Nei til EUs* pretensjon i hovedsaken er at myndighetsoverføringen er mer enn «lite inngripende», slik at Stortinget ikke kunne gi samtykke etter § 26 andre ledd. Denne pretensjonen må domstolene legge opprøvd til grunn ved avgjørelsen av avvisningsspørsmålet.
- (39) Søksmålet gjelder et prinsipielt spørsmål. Det har stor allmenn interesse at myndighet ikke overføres i strid med Grunnloven. Elektrisitetsforsyning er dessuten av grunnleggende betydning for et moderne samfunn og dermed for samfunnsborgerne. Den omstridte myndighetsoverføringen kan føre til økte strømpriser. Dette vil blant annet kunne gå ut over forbrukere og hjørnesteinsbedrifter i utkantstrøk og dermed få betydning for sysselsetting og bosetning.

- (40) Det er ikke mulig i dag å konkretisere søksmålet ytterligere. Domstolene vil dessuten få dårligere grunnlag for å prøve grunnlovsspørsmålet om en må vente på at det en gang i fremtiden treffes et konkret vedtak. Det er den samlede suverenitetsavståelsen som må prøves mot Grunnloven. Et fremtidig konkret vedtak vil bare gjelde en helt begrenset del av myndighetsoverføringen. Med i bildet hører også at EU-retten er under stadig utvikling, ikke minst på dette området. Myndighetsoverføring skjer dermed stykkevis og delt.
- (41) Dersom vilkårene i tvisteloven § 1-3 ikke skulle anses oppfylt, må det innfortolkes et unntak tilsvarende det Danmarks Højesteret etablerte i 1996 – det såkalte Maastricht-unntaket. Som den danske saken reiser vår sak et prinsipielt spørsmål som det er et klart og reelt behov for å få avklart rettslig. Også i norsk rettspraksis er dette momenter som det er lagt stor vekt på. Men etter norsk rett kan det ikke stilles like strenge krav som i dansk praksis. Uansett er vilkårene etter et Maastricht-unntak oppfylt i saken her.
- (42) Å fremme dette søksmålet ligger klart innenfor domstolenes prøvingsrett etter Grunnloven § 89.
- (43) Nei til EU har nedlagt slik påstand:
- «Prinsipalt:
Saken fremmes.
- Subsidiært:
Borgarting lagmannsretts kjennelse oppheves.
- Under begge omstendigheter:
Staten v/Utenriksdepartementet plikter å erstatte Nei til EU deres sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.»
- (44) Ankemotparten – *staten ved Utenriksdepartementet* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (45) Søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3 er ikke oppfylt.
- (46) Påstanden i hovedsøksmålet gjelder ikke et «rettskrav», men et abstrakt rettsforhold som det ikke kan reises søksmål om. Etter tvisteloven kan det bare gis dom for konkrete rettskrav. Et søksmål må – her som ellers – rettes mot et konkret vedtak som gjelder rettigheter eller plikter for et bestemt rettssubjekt. Noe slikt vedtak er ikke fattet. Isteden ber Nei til EU om at domstolene skal prøve om Stortinget har truffet samtykkevedtaket på riktig måte. Angrepet er altså rettet mot Stortingets egen saksbehandling. At det dreier seg om et abstrakt krav, fremgår med tydelighet av at det angrepne samtykkevedtaket så langt ikke har fått rettslige konsekvenser for noen. Domstolene vil få et vesentlig bedre grunnlag for å bedømme graden av myndighetsoverføring dersom grunnlovsspørsmålet kommer opp i en konkret sammenheng.
- (47) Organisasjonen har heller ikke noe «reelt behov» for å få spørsmålet avgjort, i alle fall ikke i den form søksmålet er reist. Aktualitetskravet er derfor ikke oppfylt. Det er også tvilsomt om organisasjonen har tilstrekkelig tilknytning til kravet. I alle fall to av vilkårene i tvisteloven § 1-3 er dermed ikke oppfylt. Da er det ikke grunnlag for noen helhetlig vurdering av om det likevel er naturlig og rimelig at tvisten skal kunne bringes inn for domstolene. Slike vurderinger skal bare gjøres i tvilstilfeller.

- (48) Det er ikke rettskildemessig grunnlag for å fravike de tradisjonelle søksmålsvilkårene og innfortolke et «Maastricht-unntak» i norsk rett. Bakgrunnen for den danske rettspraksisen er helt særegen. Skulle det likevel eksistere et slikt unntak i norsk rett, må vilkårene være minst like strenge som i Danmark. Det er klart at søksmålet fra Nei til EU ikke oppfyller de vilkårene som er stilt opp i dansk rett. Selv om EUs tredje energimarkedspakke er viktig, gjelder ikke tvisten forhold av grunnleggende betydning for befolkningen i sin alminnelighet. De to tilfellene hvor dansk Høyesteret har tillatt abstrakte søksmål – tilslutning til Maastricht- og Lisboatraktatene – var av en helt annen karakter. Det er for så vidt illustrerende at tilsvarende søksmål om tilslutning til Schengen-samarbeidet og deltakelse i krigen i Irak ikke ble tillatt fremmet.
- (49) Uansett stenger Grunnloven § 89 for en slik grunnlovskontroll som Nei til EU forsøker å få til. Det er et åpent spørsmål om domstolene i det hele tatt kan prøve et slikt stortingsvedtak som i denne saken. Prøvingen kan i alle fall ikke skje i en slik abstrakt form som Nei til EUs søksmål innebærer. Forarbeidene til § 89 tar klart avstand fra slik domstolskontroll. Også reelle og konstitusjonelle hensyn taler med tyngde mot å tillate dette søksmålet. Skulle domstolene her åpne for abstrakt grunnlovskontroll, ville det utgjøre en vesentlig og prinsipiell endring i forholdet mellom domstolene og Stortinget.
- (50) Staten ved Utenriksdepartementet har nedlagt slik påstand:

«Anken forkastes.»

Mitt syn på saken

Høyesteretts kompetanse

- (51) Lagmannsretten har avvist søksmålet under henvisning til at vilkårene i tvisteloven § 1-3 ikke er oppfylt. Høyesterett har dermed full kompetanse, jf. tvisteloven § 30-6 bokstav a.

Sakens problemstilling og den videre drøftelsen

- (52) Kjernen i hovedsaken er om Stortinget etter Grunnloven § 26 andre ledd med alminnelig flertall hadde adgang til å gi samtykket som åpnet for å ta reglene om myndighetsoverføring i EUs tredje energimarkedspakke inn i norsk rett, eller om myndighetsoverføringen var av en slik karakter at samtykket bare kunne gis med kvalifisert flertall etter prosedyren i § 115. Jeg nevner for ordens skyld at vedtaket i sin helhet gikk ut på at Stortinget samtykket i regjeringens godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken. Partene er enige om at problemstillingen i hovedsaken er om Stortinget opptrådte grunnlovsstridig da det ga sitt samtykke.
- (53) I denne omgang er spørsmålet om det er adgang til å få prøvd dette søksmålet i den form det er reist. Alternativet er at grunnlovsspørsmålet bare kan prøves dersom det treffes et vedtak med hjemmel i det regelverket som Stortinget ga sitt påstått grunnlovsstridige samtykke til, forutsatt at søksmålsvilkårene for øvrig er oppfylt på det tidspunktet.

- (54) Spørsmålet i saken her knytter seg både til forståelsen av Grunnloven § 89 om domstolenes rett og plikt til grunnlovskontroll og til søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3, jf. § 1-4. På et overordnet nivå er det en sammenheng mellom disse bestemmelsene siden det er en avgjørende forutsetning for domstolenes prøving etter § 89 at den som hevder at det foreligger grunnlovsstrid, har adgang til å fremme sin sak for retten. Adgangen til dette reguleres av tvisteloven § 1-3 og for organisasjoner også av § 1-4. På den andre siden må søksmålsvilkårene naturligvis anvendes innenfor de begrensninger som måtte følge av Grunnloven § 89.
- (55) Mitt overordnede syn er imidlertid at Grunnloven § 89, og forarbeidene til den bestemmelsen, ikke setter snevrere skranker for søksmålsadgangen enn det som i dag følger av søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3, jf. § 1-4 og rettspraksis knyttet til disse bestemmelsene. Bakgrunnen for dette standpunktet er særlig, som jeg snart kommer til, at Stortinget ved vedtakelsen av § 89 understreket at meningen var å videreføre domstolskontrollen slik den til da var utviklet i praksis. Etter mitt syn var det heller ikke på det tidspunktet noen motstrid mellom den domstolsskapte grunnlovskontrollen og søksmålsvilkårene. Slik jeg ser på saken, blir det derfor avgjørende hvilken adgang det er etter tvisteloven § 1-3, jf. § 1-4 til å fremme et slikt søksmål som her.
- (56) I min videre gjennomgang omtaler jeg først bestemmelsene om myndighetsavståelse i Grunnloven § 26 og § 115. Dette er de bestemmelsene som Nei til EU mener at Stortinget ikke anvendte korrekt, og som vil stå sentralt i hovedsaken om den fremmes. Deretter går jeg inn på Grunnloven § 89 om domstolenes rett og plikt til å foreta grunnlovskontroll og vurderer om stortingsvedtak etter Grunnloven § 26 og § 115 omfattes av denne kontrollen. Jeg ser så på Stortingets forutsetning om å videreføre tidligere gjeldende rett da domstolskontrollen ble grunnlovsfestet og hvilken betydning dette har for prøvingsadgangen. Her kommer jeg inn på avgrensningen mot «abstrakt» grunnlovskontroll og sammenhengen mellom domstolskontrollen og de prosessuelle søksmålsvilkårene i tvisteloven. Det neste hovedpunktet gjelder forståelsen av tvisteloven § 1-3 og § 1-4, særlig knyttet til adgangen til å fremme søksmål i en mer generell form. Avslutningsvis tar jeg konkret stilling til om Nei til EUs søksmål skal fremmes.

Grunnlovens bestemmelser om myndighetsoverføring ved inngåelse av internasjonale avtaler

- (57) Grunnloven § 26 har denne ordlyden:

«Kongen har rett til å innkalle tropper, begynne krig til forsvar av landet og slutte fred, inngå og oppheve forbund, sende og motta sendemenn.

Traktater om saker som er av særlig stor viktighet, og i alle tilfeller traktater hvis iverksettelse etter Grunnloven nødvendiggjør en ny lov eller stortingsbeslutning, blir først bindende når Stortinget har gitt sitt samtykke dertil.»

- (58) Etter § 26 første ledd er det «Kongen» – i realiteten regjeringen – som har kompetanse til å inngå «forbund». I utgangspunktet trenger regjeringen ikke samtykke fra Stortinget for å inngå internasjonale avtaler. Men dette modifiseres i andre ledd for traktater «av særlig stor viktighet» og i tilfeller hvor det er nødvendig med «en ny lov eller stortingsbeslutning».

Som nevnt, var det denne bestemmelsen Stortinget anvendte – i tråd med regjeringens råd – da det ga sitt samtykke med alminnelig flertall.

- (59) Også Grunnloven § 115 gjelder inngåelse av traktater. Fremgangsmåten i denne bestemmelsen må brukes dersom Stortinget skal samtykke til at
- «... en internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til, på et saklig begrenset område skal ha rett til å utøve beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter ...».
- (60) Etter § 115 kreves tre fjerdedels flertall og at minst to tredjedeler av representantene er til stede ved avstemningen.
- (61) Etter Stortingets praksis går grensen mellom § 26 andre ledd og § 115 ved myndighetsoverføring som regnes som «lite inngripende». Nei til EU mener at det var mer enn «lite inngripende» å ta rettsaktene i EUs tredje energimarkedspakke inn i EØS-avtalen. Derfor kunne Stortinget, hevder organisasjonen, bare gi samtykke etter fremgangsmåten i § 115.
- (62) Grunnlovsbestemmelsene i § 26 og § 115 gir regler om forholdet mellom regjeringen og Stortinget og om hvordan en sak skal behandles i Stortinget. Det er altså tale om en form for kompetanse- og saksbehandlingsregler. De atskiller seg dermed fra reglene i Grunnloven som gir borgerne individuelle rettigheter, som for eksempel bestemmelsene om ytringsfrihet, rett til rettferdig rettergang og vern mot tilbakevirkende lover. Bestemmelsene i § 26 og § 115 har likevel betydning utover å regulere forholdet mellom Stortinget og regjeringen og å gi regler om saksbehandlingen i Stortinget.
- (63) Det ligger en garanti for allmenheten i at norske myndigheter bare kan inngå særlig viktige avtaler med andre land eller internasjonale organer med samtykke fra de folkevalgte representantene. Den nedre grensen for når saken må forelegges Stortinget etter Grunnloven § 26 andre ledd er dermed av betydning for den demokratiske kontrollen med regjeringen. I saken her er det imidlertid enighet om at regjeringen ikke kunne ha inngått avtalen om å ta reglene i energimarkedspakken inn i norsk rett uten Stortingets samtykke.
- (64) Dernest fremhever jeg den parlamentariske mindretallsgarantien som er fastsatt i Grunnloven § 115: Myndighetsoverføring – på et saklig begrenset område – til en internasjonal organisasjon som Norge er eller blir medlem av, kan bare skje dersom minst tre fjerdedeler av stortingsrepresentantene stemmer for en slik suverenitetsavståelse, og minst to tredjedeler av dem er til stede ved avstemningen. I dette ligger det en demokratisk garanti for at den myndighet som omfattes av bestemmelsen, ikke overføres uten støtte fra et tilstrekkelig stort flertall blant de valgte representantene. Grensdragningen mellom § 26 andre ledd og § 115 kan derfor være av betydelig interesse for allmenheten – velgerne – og den aktualiseres i hovedsaken her.
- (65) Endelig nevner jeg for fullstendighets skyld at også den øvre grensen for anvendelsen av § 115 kan reise vidtrekkende spørsmål av allmenn interesse: I hvilke tilfeller kan heller ikke § 115 anvendes for å gi samtykke til å inngå en internasjonal avtale? Når kreves med andre ord en grunnlovsendring, med de særlige garantier som ligger i prosedyren for dette?

- (66) Med det stadig tettere internasjonale samarbeidet, ikke minst gjennom utvikling av EØS-avtalen, er disse konstitusjonelle spørsmålene av sentral betydning, også i et rettslig perspektiv. Dermed blir det et viktig spørsmål om domstolskontrollen omfatter samtykkevedtak etter Grunnloven § 26 andre ledd og § 115. Som jeg tidligere har vært inne på holdt staten i prosedyren for Høyesterett det åpent om slike vedtak kan prøves av domstolene. Spørsmålet om hvilke nærmere begrensninger som ligger i den statsrettslige læren om at grunnlovskontrollen ikke skal være abstrakt, står som nevnt også sentralt i saken her.
- (67) Jeg går nå over til den statsrettslige rammen for domstolskontrollen.

Domstolskontrollen og Grunnloven § 89

Generelt om domstolenes rett og plikt til grunnlovskontroll

- (68) Den domstolsskapte læren om grunnlovskontroll er utviklet i saker om prøving av innholdet i en lov mot en bestemmelse i Grunnloven. Siden 1800-tallet har domstolene prøvd anførsler om at det ville stride mot Grunnloven å anvende en lovbestemmelse i den konkrete saken retten har til pådømmelse. Læren har vært i endring og blitt tilpasset nye samfunnsforhold og rettsutviklingen på andre områder. Som jeg straks kommer tilbake til, er et ledd i denne utviklingen at kontrollen i dag ikke er begrenset til lover.
- (69) Av særlig betydning for saken her er at adgangen til å reise saker for domstolene over tid har blitt vesentlig utvidet. Spesielt gjelder det organisasjoners adgang til å anlegge søksmål om ideelle eller allmenne interesser. Domstolskontrollen har blitt utvidet i tråd med dette.
- (70) Domstolenes rett og plikt til grunnlovskontroll ble i 2015 tatt inn i Grunnloven § 89. Etter en endring i 2020 lyder bestemmelsen slik:

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

Omfatter domstolenes grunnlovskontroll stortingsvedtak etter Grunnloven § 26 og § 115?

- (71) Den domstolsskapte læren om grunnlovskontroll er altså i hovedsak utviklet i saker om prøving av innholdet i en lov mot en bestemmelse i Grunnloven. Spørsmålet jeg nå skal se på, er om også vedtak Stortinget treffer etter Grunnloven § 26 andre ledd og § 115, omfattes av domstolskontrollen. Det vil da i tilfelle ikke være tale om å prøve innholdet i Stortingets vedtak, slik situasjonen vanligvis er ved grunnlovskontroll med lover, men å prøve om Stortinget overholdt saksbehandlings- og kompetansereglene da vedtaket ble truffet.
- (72) I den grunnleggende plenumsavgjørelsen i Rt-1976-1 (Kløfta-saken) klargjorde Høyesterett, under henvisning til en tidligere plenumsavgjørelse i Rt-1952-1089 (hvalavgiftdommen), at også «grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse», er omfattet av domstolskontrollen. Høyesterett bygget altså på at grunnlovskontrollen er mer generell, og la blant annet til grunn at også

kompetansebestemmelser, som Grunnloven § 26 andre ledd og § 115 nettopp er, omfattes av prøvingsretten. Direkte gjelder uttalelsen bare det førstvoterende omtaler som å «sette en lov til side som grunnlovsstridig». Men det er ingen grunn til at ikke også andre stortingsvedtak enn lovvedtak omfattes av grunnlovskontrollen, selv om dette ikke ble nevnt uttrykkelig. Høyesterett presisere at domstolene i slike tilfeller «i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn».

- (73) Dette utgangspunktet ble videreført da domstolskontrollen ble grunnlovfestet. Domstolenes «rett og plikt» til grunnlovsprøving gjelder også «andre beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet». Etter ordlyden omfattes alle former for myndighetsbeslutninger, herunder stortingsvedtak, selv om formuleringen nok først og fremst tar sikte på forvaltningsvedtak. Og det fremgår tydelig at vedtakelsen av § 89 var ment som en videreføring av gjeldende rett. Klarest kommer dette kanskje til uttrykk i Innst. 263 S (2014–2015) side 10, hvor flertallet i kontroll- og konstitusjonskomiteen uttaler at grunnlovsforslaget «... utelukkende handler om å skrive prøvingsretten inn i Grunnloven med dens nåværende innhold og omfang».
- (74) Videre fremhever jeg at flertallet i stortingskomiteen på side 11 i innstillingen uttrykkelig nevner domstolsprøving av «grunnlovsbestemmelser som regulerer statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse». Etter mønster av Kløfta-saken pekes det så på at domstolene ved en slik prøving «langt på vei [vil] respektere Stortingets syn på grunnlovsspørsmålet».
- (75) Jeg nevner også at en annen type samtykkevedtak truffet av Stortinget indirekte var et tema i plenumsavgjørelsen i HR-2020-2472-P (klimasaken). Formelt gjaldt saken gyldigheten av regjeringens vedtak om tildeling av utvinningstillatelser for petroleum. Men dette vedtaket var «tufta på eit samtykke frå Stortinget», og var «på avgjerande vis» bygget på dette, se avsnitt 81. Det var altså i realiteten Stortingets samtykke som var til prøving. I avsnitt 141 heter det videre blant annet at «openberre rettsstatsomsyn [tilseier] at domstolane skal kunne setja grenser også for eit politisk fleirtal når det er tale om å verne grunnlovfesta verdiar».
- (76) Endelig tilføyer jeg at det er lagt til grunn at domstolene kan prøve om den vedtakelsesprosedyre som Grunnloven foreskriver for lovvedtak, er fulgt, se HR-2016-296-A avsnitt 77.
- (77) Etter dette er det, slik jeg ser det, ikke tvilsomt at domstolene i medhold av § 89 i prinsippet kan prøve alle former for stortingsvedtak – under forutsetning av at søksmålsvilkårene er oppfylt. Spørsmålet er så om bestemmelsen må tolkes innskrenkende slik at samtykkevedtak etter Grunnloven § 26 og § 115 likevel ikke omfattes, slik staten holdt åpent.
- (78) Grunnlovskontroll av Stortingets samtykkevedtak etter § 26 og § 115 ligger etter mitt skjønn godt innenfor en lang norsk rettstradisjon, forutsatt at de alminnelige søksmålsvilkårene er oppfylt.
- (79) Som jeg var inne på under omtalen av Grunnloven § 26 og § 115, gir bestemmelsene samlet sett et vern mot at norsk suverenitet overdras til et internasjonalt organ uten at vilkårene for dette er oppfylt, altså uten at et kvalifisert flertall i Stortinget om nødvendig slutter seg til en slik myndighetsoverføring. Indirekte gis det også et vern for borgerne i sin

alminnelighet ved at suverenitetsavståelse som omfattes av § 115, bare kan gjennomføres dersom et kvalifisert flertall av de demokratisk valgte representantene stemmer for det. Hvis domstolene aldri kunne kontrollere dette, ville det være opp til et alminnelig flertall i Stortinget å avgjøre om det er nødvendig med tilslutning fra et kvalifisert flertall.

- (80) Etter mitt skjønn strider det mot åpenbare rettsstatshensyn om domstolene ikke under noen omstendigheter skulle kunne prøve om et politisk flertall holder seg innenfor Grunnlovens grenser på et område som dette. Som jeg kommer til under omtalen av tvisteloven § 1-3, forutsettes det da også i forarbeidene til bestemmelsen at en sak av denne karakter etter omstendighetene vil kunne fremmes, se Tvistemålsutvalgets utredning NOU 2001: 32 A på side 192 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 504, hvor den danske Maastricht-saken er omtalt.
- (81) Konklusjonen er at det ikke er grunnlag for å gjøre unntak fra Grunnloven § 89, med den følge at stortingsvedtak etter Grunnloven § 26 og § 115 aldri kan prøves for domstolene. Tvert om mener jeg at tungtveiende hensyn taler for at domstolene i prinsippet må kunne prøve om vedtaket ligger innenfor den aktuelle grunnlovsbestemmelsens rammer, og på den måten kontrollere at den parlamentariske mindretallsgarantien i § 115 er iaktatt. Men igjen presiserer jeg at det er en forutsetning at de alminnelige søksmålsvilkårene er oppfylt.

Ikke abstrakt grunnlovskontroll

- (82) I statsretten har det lenge vært en etablert lære at det ikke er loven i seg selv som skal prøves mot Grunnloven, men den konkrete anvendelsen av den. Loven som sådan kan ikke settes til side som ugyldig. Castberg, Norges statsforfatning, 3. utgave, 1964 side 172, uttrykte dette slik:

«Domstolene har ikke myndighet til å avsi en dom, gående ut på at en lov eller en enkelt bestemmelse i en lov er ugyldig. At loven eller lovbestemmelsen strider mot grunnloven, kan bare få den virkning at domstolen unnlater å anvende den grunnlovstridige norm i den konkrete rettssak som foreligger til avgjørelse.»

- (83) Jeg viser også til Smith, Konstitusjonelt demokrati, 4. utgave, 2017 side 281–282, hvor det heter:

«Kontrollen gjennom alminnelige domstoler, slik som i Norge, er konkret: ... Så langt det er nødvendig for å avgjøre saken, har domstolen rett og plikt til å ta standpunkt til anførselen: Den skal anvende grunnloven som positiv rett, ikke bare lov og forskrift.

...

Mens kontrollen ved alminnelige domstoler som regel er konkret, har konstitusjonsdomstolene (også) kompetanse til abstrakt kontroll. Dette innebærer at det er den omstridte lovbestemmelsen, ikke den måten den er *anvendt* på i en bestemt sak, som kontrolleres: Er bestemmelsen i seg selv i strid med konstitusjonen?»

- (84) Og i artikkelen «'Prøvingsretten' omsider grunnlovfestet», Jussens Venner, 2020 på side 334 uttrykte Smith det slik:

«Den formen for domstolskontroll som gjennom lang tid har utviklet seg i Norge, gjelder den måte lovgivningen er eller vil bli *anvendt* på i den enkelte sak. Dette

innebærer også at kontrollen som hovedregel er etterfølgende (*ex post*) og at resultatet har formelle rettsvirkninger bare mellom partene i saken (*inter partes*), ikke generelt overfor oss alle (*erga omnes*).»

- (85) Endelig viser jeg til Andenæs og Fliflet, Statsforfatningen i Norge, 11. utgave, 2017 side 427 følgende.
- (86) Kjernen i den statsrettslige læren er altså at en lovbestemmelse ikke kan settes til side som ugyldig som sådan. I så fall ville en domskonklusjon om ugyldighet hatt konsekvenser for alle; etter dommen ville loven ikke lenger gjelde. En slik prøvingsform kan karakteriseres som abstrakt grunnlovs kontroll. Slik domstols kontroll har vi aldri hatt i Norge. Og som jeg snart kommer til; det kan heller ikke innføres her uten grunnlovs endring. Motsatsen til den abstrakte kontrollen er at dommen bare kan ha virkning for partene, altså ikke for andre enn sakens parter. Som Castberg uttrykte det: Finnes en lovbestemmelse grunnlovsstridig, blir konsekvensen etter norsk rett at domstolen unnlater å anvende bestemmelsen i den saken den har til pådømmelse. En slik form for grunnlovsprøving har vært betegnet som konkret domstols kontroll.
- (87) De sivilprosessuelle rammene kommer jeg tilbake til i neste hovedpunkt, men jeg nevner allerede nå for sammenhengens skyld at i prosessteorien, som i statsretten, legges det til grunn at man ikke kan reise sak for å få kjent en lov ugyldig fordi den strider mot Grunnloven, se for eksempel Schei med flere, Tvisteloven: Kommentartutgave, § 1-3 note 2.5, Juridika, revidert 1. desember 2019 og Skoghøy, Tvisteløsning, 3. utgave, 2017 på side 396. De generelle utgangspunktene er klare, og altså heller ikke omstridt i sivilprosessen.
- (88) Også Nei til EUs saksanlegg kommer jeg nærmere tilbake til, men setter her søksmålet kort inn den konteksten jeg nå behandler: Saksanlegget er ikke «abstrakt» i den forstand at det er et siktemål for organisasjonen at en eventuell konstatering av at vedtaket er i strid med Grunnloven, skal få noen formell rettsvirkning for andre enn partene. Påstanden i hovedsaken knytter seg til at regjeringen anvendte det organisasjonen mener er et grunnlovsstridig stortingsvedtak da den traff sitt vedtak. Saksanlegget går altså ikke ut på å få erklært Stortingets samtykkevedtak ugyldig. Samtidig har søksmålet utvilsomt et mer generelt preg enn vanlig, særlig fordi det ikke vil få slike konkrete rettsvirkninger som ofte er resultatet av ordinære tvister.
- (89) Spørsmålet er nå om det finnes noen konstitusjonelle skranker for slike mer generelle søksmål.
- (90) Slik jeg oppfatter andrevoterende, mener han at det etter statsretten er et noe nær absolutt krav for grunnlovs kontroll at det gjelder en konkret rettstvist basert på et konkret faktum. Han fremhever at det i vår sak ikke er truffet, eller varslet, noe vedtak i medhold av myndighetsoverføringen, og at det dessuten er usikkert om noe slikt vedtak vil bli truffet. Da foreligger det etter hans oppfatning ikke noen tvist om et konkret rettsforhold.
- (91) Selv om de fleste saksanlegg for domstolene om grunnlovs kontroll utvilsomt har en slik konkret karakter som det andrevoterende mener må kreves, kan jeg ikke se at det følger av de statsrettslige kildene at det alltid må være slik. Disse rettskildene uttaler seg stort sett i generelle vendinger om avgrensningen mot abstrakt grunnlovs kontroll. Hva som nærmere ligger i at prøvingen er «konkret», er lite belyst utover at det dreier seg om en motsats til

«abstrakt». Her, som ellers, mener jeg man bør være forsiktig med å trekke bastante slutninger fra enkeltformuleringer av generell karakter.

- (92) Så langt jeg er kjent med, utdypes ikke det generelle utgangspunktet om at det er den konkrete anvendelsen av loven som kan prøves, i noen statsrettslige kilder. Og jeg har ikke sett at slike krav som andrevoterende stiller opp, har vært berørt. Virkningen mellom partene er, naturlig nok, heller ikke løftet frem som noe tema i fremstillinger av statsretten.
- (93) Heller ikke Høyesterett har tatt uttrykkelig stilling til om et søksmål – av konstitusjonelle grunner – må nektes fremmet fordi det er for abstrakt i tilfeller hvor siktemålet ikke er å sette en lov til side og hvor dommen ikke er ment å ha rettsvirkninger for andre enn partene. I de fleste sakene om grunnlovsbrudd som har vært ført for domstolene, har grunnlovsspørsmålet vært prøvd som ledd i den konkrete rettsanvendelsen og med ordinære rettsvirkninger mellom partene. Hvis det har vært behov for det, har imidlertid grunnlovskontrollen vært utøvd i mer generell form.
- (94) Plenumsdommen Rt-2010-535 (Opplysningsvesenets fond) illustrerer dette godt. Saken gjaldt en instruks fra regjeringen om innløsning og regulering av festeavgift som var gunstigere for festerne enn det som fulgte av tomtefesteloven. Instruksen omfattet eiendommer der staten var bortfester, blant annet festetomter som var eid av Opplysningsvesenets fond. Noe forenklet var tvistens kjerne at saksøkeren – Kirkelig arbeidsgiver- og interesseorganisasjon – mente at instruksen førte til at fondet ble pålagt å gi fra seg betydelige verdier og inntekter i strid med Grunnloven § 106, någjeldende § 116. Saken var reist mot staten. Verken Opplysningsvesenets fond eller den aktuelle store, og ikke avgrensede, gruppen av festere var parter.
- (95) Dommen innledes med at saken «gjelder forståelsen av Grunnloven § 106», og at den reiser spørsmål om instruksen «gir resultater som er i strid med Grunnloven § 106», se avsnitt 1 og 3. Saken gjaldt altså ikke selve anvendelsen av instruksen, men om innholdet var i strid med Grunnloven.
- (96) Den omstridte instruksen hadde hjemmel i fondsloven § 5 andre ledd, som ga Kongen myndighet til å gi bestemmelser om innløsning og festeavgift, se avsnitt 7. Av særlig interesse for saken her nevner jeg at førstvoterende i avsnitt 145 uttalte:
- «Jeg bemerker først at det, slik saken her ligger an, ikke kan tillegges vekt at det formelt sett er en kongelig resolusjon som er gjenstand for rettslig prøving. Behandlingen i Stortinget av fondsloven § 5 annet ledd er knyttet direkte til instruksen.»
- (97) Som det fremgår var det i realiteten Stortingets lovvedtak som ble prøvd mot Grunnloven uten at det var noe tema om, og eventuelt hvordan, den omtvistede instruksen var anvendt i konkrete festeforhold. Høyesterett godtok altså her et søksmål av mer generell karakter om grunnlovsmessigheten av et vedtak av regjeringen, hvor vedtakets forankring i lov ble fremhevet som sentralt. Dersom Høyesterett i plenum hadde ment at søksmålet var for generelt anlagt, hadde domstolen hatt plikt til å avvise saken av eget tiltak selv om partene ikke hadde påstått avvisning.

- (98) Min *konklusjon* så langt er at det ikke av statsretten, slik den var før grunnlovsendringen, kunne utledes snevrere skranker for søksmålsadgangen enn det som allerede fulgte av søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3, jf. § 1-4 og rettspraksis knyttet til disse bestemmelsene.
- (99) Med dette som bakgrunn ser jeg nå nærmere på om Grunnloven § 89 og dens forarbeider likevel stenger for det jeg i fortsettelsen ofte vil omtale som søksmål av mer generell karakter.
- (100) Slik Grunnloven § 89 først ble vedtatt i 2015, var det ikke uttrykkelig presisert at det domstolene kan prøve, er om det strider mot Grunnloven «å anvende» en lovbestemmelse eller andre beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet. Jeg ser nå på bakgrunnen for at dette ble endret i 2020.
- (101) Grunnlovsfestingen av domstolskontrollen ble foreslått av Lønningutvalget, se Dokument 16 (2011–2012) side 78. Under beskrivelsen av dagjeldende rettstilstand ga utvalget uttrykk for den veletablerte læren om domstolskontroll av lover – retten kan ikke på rent generelt grunnlag prøve om en lov strider mot Grunnloven. Men i utvalgets grunnlovsforslag ble ikke denne begrensningen tatt inn.
- (102) Stortingskomiteen vurderte å ta inn en presisering i denne retning i grunnlovsbestemmelsen, men flertallet kom til at det ikke var nødvendig, se Innst. 263 S (2014–2015) side 11. Flertallet viste blant annet til at det foreliggende forslaget «ikke åpner for tolkningstvil, og at det ikke gir domstolene større myndighet enn de har i dag». Det samme ble understreket på side 12, hvor det heter at grunnlovsforslaget ikke gir «domstolene grunnlag for å utvikle en ny og mer omfattende domstolskontroll av lover og andre myndighetsbeslutninger». Det var altså den tradisjonelle grunnlovskontrollen, slik den var utviklet gjennom lang tid, som skulle grunnlovsfestes.
- (103) Når det gjaldt den nærmere utforming av den nye grunnlovsbestemmelsen, viste flertallet på side 11 til at prøvingsretten skulle gjelde i «saker som reises for domstolene». Et hovedpunkt her var at grunnlovskontrollen i Norge foretas av de ordinære domstolene. Dette ble fremhevet som en motsetning til «systemer der prøvingsretten ligger hos særskilte forfatningsdomstoler eller andre organ utenfor de ordinære domstolene». I fortsettelsen uttalte flertallet:
- «Ordlyden indikerer videre at domstolskontrollen skjer etter at loven er trådt i kraft (ex post), i motsetning til systemer der loven prøves mot forfatningen før endelig lovvedtak (ex ante). Ordlyden indikerer også at domstolskontrollen i Norge er en konkret kontroll, som gjelder anvendelsen av loven i konkrete saker som er reist, og der rettsvirkningen formelt er begrenset til sakens parter (inter partes). Virkningen av at norske domstoler finner en lov grunnlovsstridig er altså at den grunnlovsstridige lovbestemmelsen ikke får anvendelse i den konkrete saken. Deretter er det formelt opp til Stortinget å vurdere om og hvordan loven skal endres i samsvar med Grunnloven. Dette i motsetning til systemer der domstolene på abstrakt grunnlag prøver om loven i seg selv er grunnlovsstridig, og der grunnlovsstridige lovbestemmelser kjennes ugyldig med rettsvirkning for alle (erga omnes), både private og andre statsorganer.»
- (104) Som det fremgår av sitatet, er det avgrensningen mot andre rettssystemers «særskilte forfatningsdomstoler» flertallet i komiteen er opptatt av.

- (105) På side 33–34 i «Høyesterett og folkestyret», 1993 gir Smith en generell beskrivelse av hva som kjennetegner slike domstoler:

«Disse ‘forfatningsdomstolene’ er i prinsippet uavhengige av og overordnet de ordinære, høyeste domstoler. Også deres sammensetning avviker mer eller mindre klart fra sammensetningen av de ordinære domstolene i det enkelte land.

Som generelle trekk bør videre nevnes at forfatningsdomstolenes avgjørelser har formelt bindende virkning også utenfor den sak eller det saksforhold de springer ut av, og at spørsmålene ofte blir avgjort uten tilknytning til slike konkrete rettstvister som ordinære domstoler får seg forelagt: Forfatningsdomstolene i Europa er som regel tillagt *abstrakt* normkontroll og slik at avgjørelsene har ‘rettskraft’ *erga omnes*.»

- (106) Det sentrale i vår sammenheng er etter mitt syn dette: De formelle rettsvirkningene av avgjørelsene i norske domstoler er «*begrenset til sakens parter*». Det er altså formelle rettsvirkninger *for andre enn partene* det avgrenses mot. Dette står i motsetning til avgjørelser fra slike forfatningsdomstoler som Stortinget reserverte seg mot. Deres avgjørelser er formelt bindende for alle, for eksempel i den form at en lov som sådan kjennes ugyldig. I andre lands konstitusjonsdomstoler blir sakene også ofte avgjort uten noen tilknytning til en konkret rettstvist, altså uten at noen parter er involvert. Noe slikt skal det ikke åpnes for i Norge. Det er etter min oppfatning ikke mulig av dette å utlede noe i retning av at en dom må ha visse rettsvirkninger, eller at dommen må knytte seg til et konkret vedtak, for at et søksmål kan tillates fremmet. Dette er spørsmål som reguleres av tvisteloven § 1-3, jf. § 1-4, som jeg kommer tilbake til.
- (107) Selv om flertallet i stortingskomiteen i 2015 mente at ordlyden som da ble vedtatt, «ikke åpner for tolkningstvill», kom det ved endringen i 2020 altså likevel inn en presisering: Det domstolene kan prøve, er om det strider mot Grunnloven «å anvende» en lovbestemmelse eller andre beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet. Også i 2020 var det sentrale å holde fast ved den tradisjonelle norske grunnlovskontrollen i motsetning til virksomheten ved det som i Innst. 258 S (2019–2020) betegnes som «spesialiserte konstitusjonsdomstoler». Om begrunnelsen for endringsforslaget heter det i flertallets merknader i denne innstillingen på side 3:

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

- (108) Stortinget var altså igjen opptatt av å trekke grensen mot slik prøving som foretas av «spesialiserte konstitusjonsdomstoler». Kontrollen skal være «konkret», ikke «abstrakt», det er «lovens anvendelse i den enkelte sak» som er gjenstand for domstolskontroll. Det skal ikke åpnes for en utvikling som er «fremmed for norsk rettstradisjon og for forholdet mellom domstoler og dagens politikk».

- (109) Det fremgår som nevnt klart av forarbeidene at vedtakelsen av § 89 i 2015 innebar en ren videreføring av tidligere gjeldende rett. Den nye ordlyden som kom inn ved grunnlovsendringen i 2020, var ment å gi enda tydeligere uttrykk for innholdet i domstolskontrollen, slik den var utviklet i rettspraksis, se Innst. 258 S (2019–2020) side 3. Det finnes ingen spor av noe ønske om å begrense de allerede gjeldende prinsippene om domstolenes rett og plikt til grunnlovskontroll. Noe krav om at grunnlovskontrollen må ha visse rettsvirkninger for at et søksmål kan tillates fremmet, eller må knytte seg til et konkret vedtak, fremgår heller ikke av disse forarbeidene. Og det er ingen grunn til å anta at Stortinget mente at det skulle gjelde noe annet for prøvingen av samtykkevedtak etter § 26 og § 115 enn ved prøving av lovvedtak.
- (110) En praktisk viktig side av grunnlovskontrollen er hvilke saker som tillates fremmet for domstolene. Jeg kan ikke se noe grunnlag for at grunnlovsfestingen av prøvingsretten skulle få betydning for søksmålsvilkårene etter tvisteloven, og i alle fall ikke for å innskrenke den allerede etablerte adgangen til å gå til søksmål. Grunnlovsfestingen av domstolenes prøvingsrett innebar med andre ord ingen beskyttelse for staten mot slike søksmål som kan anlegges etter tvistelovens regler. Hadde det vært meningen å gjøre en slik inngripende endring, ville det etter mitt syn utvilsomt kommet klart til uttrykk. Jeg nevner spesielt at Stortinget i tilknytning til avgrensningen mot «abstrakt kontroll» ikke er inne på organisasjoners adgang til å reise søksmål etter tvisteloven § 1-4, selv om det i slike saker ikke er noe krav om at søksmålet skal ha rettsvirkning mellom partene i saken.
- (111) Jeg er dermed fremme ved et hovedpunkt ved stortingsbehandlingen av Grunnloven § 89: Videreføringen av tidligere gjeldende rett innbefattet hvilke saker som kan fremmes for domstolene, herunder den allerede etablerte adgangen til å fremme søksmål av mer generell art. Som jeg skal underbygge nærmere ved gjennomgangen av tvisteloven § 1-3 og § 1-4, var det lenge før stortingsbehandlingen av § 89 etablert en viss adgang til å reise søksmål til avklaring av mer generelle rettsspørsmål. Men – som drøftelsen av søksmålsvilkårene også vil vise – noen adgang til «abstrakt» domstolskontroll av den typen Stortinget ikke ønsket, er det heller ikke åpnet for i sivilprosessen. Det er altså ikke på noen måte tale om å fravike det som følger av statsrettslige prinsipper.
- (112) Jeg nevner også i denne sammenheng at Høyesterett så sent som i 2020 behandlet klimasaken – HR-2020-2472-P – uten at det ble reist spørsmål om at saken var for generell til å kunne prøves for domstolene. Formelt gjaldt saken som nevnt regjeringens vedtak, reelt sett Stortingets samtykke. En dom i saksøkernes – organisasjonenes – favør ville hverken hatt formelle rettsvirkninger for dem eller for medlemmene. For saksøkte – staten – ville den formelle rettsvirkningen vært begrenset til at omgjøring av utvinningstillatelsene måtte vurderes. Oljeselskapene som hadde fått tillatelsene, var ikke gjort til parter i saken og fikk derfor heller ikke avgjort sine rettigheter og plikter.

Konklusjon: Grunnloven § 89 hindrer ikke prøving av samtykkevedtak etter Grunnloven § 26 dersom søksmålsvilkårene etter tvisteloven er oppfylt

- (113) Ut fra de rettskilder og rettsstatlige hensyn som jeg har redegjort for, er det etter mitt syn klart at domstolene må kunne prøve om Stortinget har gått frem i samsvar med Grunnlovens bestemmelser i § 26 andre ledd og § 115 i den utstrekning søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3, jf. § 1-4 er oppfylt.

- (114) Dersom domstolen kommer til at Stortinget brøt Grunnlovens kompetanseregler da det ga sitt samtykke, handlet Stortinget rettsstridig. Hvilke virkninger dette skal ha, må Stortinget og regjeringen selv ta stilling til. Det er følgelig ikke tale om å sette et vedtak av Stortinget eller regjeringen til side med formell virkning for andre enn partene. Søksmålet ligger derfor etter mitt syn innenfor de konstitusjonelle begrensninger § 89 setter.
- (115) Å tillate dette søksmålet fremmet ligger også fjernt fra slik prøving som stortingskomiteen advarte mot i 2020. Det er ikke tale om en prøving som er «fremmed for norsk rettstradisjon». En prøving av om Stortinget holdt seg innenfor Grunnlovens rammer da det ga sitt samtykke, utfordrer heller ikke «forholdet mellom domstoler og dagens politikk». Tvert om er det tale om legalitetskontroll av et stortingsvedtak. Omfanget og intensiteten ved en slik prøving vil bli et tema dersom hovedsaken fremmes.
- (116) Grunnloven § 89 hindrer altså ikke prøving av saken Nei til EU har anlagt. Jeg går så over til å se på om vilkårene i tvisteloven § 1-3, jf. § 1-4 er oppfylt.

Søksmålsbetingelsene i tvisteloven § 1-3, jf. § 1-4

Innledning

- (117) Nei til EU gjør som nevnt gjeldende at Stortingets valg av behandlingsform var grunnlovsstridig. Den formelle påstanden – at staten pliktet å unnlate å gjennomføre den tredje energimarkedspakken i norsk rett – utledes fra det grunnlovsbruddet organisasjonen mener at Stortinget har begått.
- (118) Staten anfører at søksmålet med dette er anlagt i en form som ikke oppfyller søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3. Nei til EU bestrider dette.
- (119) Jeg gir i det følgende først en oversikt over søksmålsvilkårene i § 1-3, jf. § 1-4. Deretter går jeg nærmere inn på kilder av betydning for adgangen etter sivilprosessen til å gå til søksmål av mer generell karakter om grunnlovsmessigheten av lover og andre stortingsvedtak.

Kort om søksmålsvilkårene generelt

- (120) Tvisteloven § 1-3 har denne ordlyden:

«Søksmålsgjenstand, partstilknytning og søksmålssituasjon

- (1) Det kan reises sak for domstolene om rettskrav.
- (2) Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.»

- (121) For så vidt gjelder den overordnede forståelsen, nevner jeg helt stikkordsmessig de tre vilkårene som fremgår av ordlyden. For det første må gjenstanden for søksmålet være et «rettskrav». Etter andre ledd stilles det et krav til «aktualitet», som gjelder søksmålssituasjonen – det må være et reelt behov for rettsavklaring. Endelig er det et krav

om «tilknytning» til søksmålgjenstanden – saksøkeren må ha et beskyttelsesverdig behov for å få dom overfor saksøkte.

- (122) Et søksmål må i utgangspunktet knytte seg til et bestemt faktum og gjelde et nærmere definert og omtvistet rettsspørsmål mellom sakens parter som avgjøres ut fra rettsregler. En part kan derfor for eksempel ikke få dom for hvordan en rettsregel generelt er å forstå.
- (123) I sin generelle form er de rettssetningene jeg her har nevnt, klare. Jeg nøyer meg med å vise til Tvistemålsutvalget i NOU 2001: 32 A side 186–187, Schei med flere, Tvisteloven: Kommentartutgave, § 1-3 note 2.1, Juridika, revidert 1. desember 2019 og Skoghøy, Tvisteløsning, 3. utgave, 2017 side 396. Som jeg snart kommer til, er det imidlertid en viss adgang til å fremme søksmål av mer generell karakter.
- (124) Vilkårene i § 1-3 henger sammen og kan gjensidig påvirke hverandre. Det er derfor ikke noe skarpt skille mellom dem, og det kan ofte være grunn til å foreta en mer samlet vurdering. Dette utgangspunktet er slått fast både i forarbeidene og i tidligere rettspraksis. Jeg begrenser meg til å vise til oppsummeringen hos Schei med flere, Tvisteloven: Kommentartutgave, § 1-3 note 1.1, Juridika, revidert 1. desember 2019:

«Det er grunn til å understreke, spesielt dersom man står overfor et grensetilfelle, at kravene til søksmålgjenstand, partstilknytning og søksmålssituasjon kan måtte undergis en helhetlig vurdering.

...

Behovet for en samlet vurdering er sentralt for alle vilkårene i § 1-3. Det kan være situasjoner hvor det er tvilsomt om man står overfor et rettskrav. Behovet for å få avgjort det kravet som er fremmet, vil da være et viktig moment også ved vurderingen av vilkåret etter første ledd. I det hele er det grunn til å understreke at i tvilsomme grensetilfeller må vilkårene i bestemmelsen undergis en helhetsvurdering – og da først og fremst opp mot behovet for å få avgjort av domstolene det kravet som er fremmet, jf. som eksempler HR-2018-1463-U særlig avsnittene 23 og 27 og Rt-2008-362 avsnitt 52 til 61. En slik samlet vurdering ble også gjort i forhold til tvistemålsloven § 54, jf. eksempelvis Rt-1981-1268 og Rt-2006-460. Noen endring her er ikke tilsiktet.»

- (125) Behovet for en samlet bedømmelse viser seg i saken her ved at vurderingene av rettskrav og aktualitet langt på vei faller sammen.

Tvisteloven § 1-4

- (126) En modifisering av utgangspunktene nedfelt i § 1-3 skjedde da det ble åpnet for at foreninger og stiftelser kan reise søksmål i eget navn om forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta. En slik søksmålsadgang ble først anerkjent i rettspraksis og senere lovfestet i tvisteloven § 1-4 da loven ble vedtatt i 2005. Som fremhevet i Tvistemålsutvalgets utredning NOU 2001: 32 A side 193 åpnes det her for søksmål om spørsmål som ikke gjelder organisasjonens eller foreningens egne rettigheter og plikter. En forutsetning etter § 1-4 er at «vilkårene ellers i § 1-3 er oppfylt».
- (127) Det er ikke avgjørende om organisasjonens eller foreningens medlemmer kunne ha anlagt sak i eget navn. Bestemmelsen har derfor særlig betydning der det enkelte medlem selv

ikke oppfyller søksmålsvilkårene. Tvistemålsutvalget fremhever samme sted at det styrende for rettsutviklingen har vært «et søksmålsbehov som domstolene har anerkjent».

- (128) Tvistemålsutvalget viser her blant annet til Rt-1980-569 (Alta-saken). Utgangspunktet for saken var at Stortinget hadde samtykket til utbyggingen av Altavassdraget. Så ga regjeringen – «overensstemmende hermed» som det sies innledningsvis i kjennelsen – statskraftverkene tillatelse til utbygging og regulering av vassdraget. Stortingets samtykke sto altså sentralt. Et søksmål fra Norges Naturvernforbund mot staten med påstand om at en kongelig resolusjon om samtykke til statsregulering av Altavassdraget var ugyldig, ble tillatt fremmet. Høyesterett viste her nettopp til at «[b]ehovet for rettslig kontroll» kan være avgjørende. Det var på det rene at utfallet av saken ikke hadde direkte betydning verken for organisasjonen eller dens medlemmer, se side 575.
- (129) Behovet for å kunne anlegge et slikt representativt søksmål er altså anerkjent uavhengig av om en dom blir avgjørende for rettigheter eller plikter for saksøkeren i saken.
- (130) I Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 142 fremhevet departementet at det ikke bør stilles for strenge krav til utformingen av søksmåls gjensvaret. Det var etter departementets syn spørsmål om «å gi reelle prosessuelle muligheter for blant annet interesseorganisasjoner til å ivareta sine interesser». I likhet med Tvistemålsutvalget understreket departementet behovet for å kunne reise «representative søksmål» for å ivareta «ideelle eller allmenne interesser der enkeltpersoner kan ha vanskelig for å gjøre selvstendige rettskrav gjeldende», se proposisjonen side 156. I spesialmotivene på side 366 understrekes at den nye § 1-4 skal gi «et sikkert grunnlag for representative søksmål for å ivareta mer allmenne interesser». Departementet nevnte også at bestemmelsen bygger på utviklingen i rettspraksis, «særlig i de siste 25 år». Jeg skyter her inn at jeg ikke har kunnet finne noe spor av at departementet mente at adgangen til representative søksmål skulle være annerledes, eller mer begrenset, ved grunnlovskontroll av stortingsvedtak.
- (131) Endelig fremhever jeg fra forarbeidene samme sted at «det sentrale kriterium» for organisasjoners søksmålsadgang skal være foreningens formål. Videre heter det på side 367 at «[d]et avgjørende må være de virkninger som det omtvistede forhold har når det gjelder organisasjonens formål».
- (132) For søksmål fra organisasjoner er det altså ikke noe vilkår at utfallet av søksmålet skal være bestemmende for saksøkerens rettigheter eller plikter. Det er de ideelle og allmenne interesser innenfor organisasjonens formål som det er åpnet for å ivareta gjennom slike søksmål. Men heller ikke organisasjoner kan reise sak om gyldigheten av en lov eller et stortingsvedtak i sin alminnelighet, slik også Stortinget generelt understreket i 2015 og 2020 da det uttrykkelig videreførte gjeldende rett om domstolenes prøvingsrett.
- (133) Jeg konstaterer kort at Nei til EU med sine om lag 20 000 medlemmer har tilstrekkelig tilknytning til det kravet som fremmes. Etter sin formålsbestemmelse skal Nei til EU blant annet arbeide for «å forhindre at norske lover og regler – gjennom vårt EØS-medlemskap og på andre måter – tilpasses til EUs indre marked på tvers av flertallets grunnholdninger ved folkeavstemningene i 1972 og 1994». Verdier som nasjonalt selvstyre og respekt for Grunnloven er fremhevet som sentrale. Som jeg har redegjort for, er søksmålet fra Nei til EU anlagt nettopp i et forsøk på å forhindre tilpasning av norsk rett til EUs indre marked når det gjelder energiforsyning, hvor Grunnlovens bestemmelser om myndighetsoverføring

står sentralt. Nei til EU er åpenbart en naturlig representant for et søksmål av denne karakter.

Nærmere om adgangen etter tvisteloven § 1-3 til å fremme søksmål av mer generell karakter

- (134) Staten anfører at søksmålet fra Nei til EU er av for generell karakter til å kunne fremmes. Jeg skal derfor nå se nærmere på i hvilken utstrekning søksmålsvilkårene åpner for saksanlegg av mer generell karakter.
- (135) Med saksanlegg eller søksmål av «mer generell karakter» har jeg i tankene søksmål som ikke er «abstrakte» i den forstand jeg tidligere har gjennomgått – at de tar sikte på å få kjent en lovbestemmelse ugyldig med virkning for alle, men som har mer generelle trekk enn det som er typisk i søksmål om borgernes konkrete rettigheter og plikter. Som jeg allerede har vært inne på, befinner saksanlegget fra Nei til EU seg i en slik mellomkategori.
- (136) *Ordlyden* i tvisteloven § 1-3 gir ikke noe sikkert svar på i hvilken utstrekning søksmål av mer generell art kan tillates fremmet. Lovens kriterier er vide og gir anvisning på mer skjønnsmessige avveininger, og da – som jeg straks kommer til – først og fremst ut fra behovet for rettslig avklaring.
- (137) Tvisteloven § 1-1 første ledd – *lovens formålsbestemmelse* – har denne ordlyden:
- «Loven skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettstvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler. Loven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene.»
- (138) Allerede i formålsbestemmelsen fremheves altså at loven ikke bare skal ivareta de enkelte parters behov for å få løst sine tvister, men også «samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene». I NOU 2001: 32 B på side 649 peker Tvistemålsutvalget på formålsbestemmelsens betydning for forståelsen av lovbestemmelser som åpner for skjønn:
- «Loven inneholder en rekke regler som gir anvisning på skjønnsmessige vurderinger. For disse avveiningsreglene vil formålsbestemmelsen peke på de viktigste hensyn som kommer inn ved skjønnsutøvelsen.»
- (139) Tvisteloven § 1-3 er nettopp en slik bestemmelse som gir anvisning på skjønnsmessige avveininger. I Schei med flere, *Tvisteloven: Kommentartutgave*, § 1-3 note 1.1, *Juridika*, revidert 1. desember 2019 heter det om dette:

«Formålsbestemmelsen i § 1-1 kan få betydning for en videre utvikling av søksmålsbetingelsene innen den ramme § 1-3 gir. Søksmålsbetingelsene har til nå vært utviklet først og fremst ut fra partenes behov for å få løst rettslige tvister. Men i § 1-1 er også fremhevet ‘samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsregler’. At en sivilprosesslov også skal og må ha et slikt samfunnsmessig formål, er selvfølgelig ikke nytt. Men i formålsbestemmelsen er dette samfunnsmessige, grunnleggende hensynet løftet frem og tydeliggjort. Det er ikke usannsynlig at vi ved dette vil få en større vektlegging av det samfunnsmessige hensynet, og at det i noen

grad vil kunne flytte grensen for søksmålsvilkårene, blant annet der spørsmålet er om et søksmål har et for generelt og abstrakt preg til å kunne utgjøre et rettskrav ... »

(140) Etter mitt syn gir tvistelovens formål grunnlag for – etter omstendighetene – å legge atskillig vekt på overordnede samfunnsmessige hensyn og behov ved vurderingen av om et søksmål av mer generell karakter bør tillates. Jeg viser her også til det jeg har sagt om organisasjoners adgang til å anlegge søksmål knyttet til ideelle og allmenne interesser.

(141) Spørsmålet om hvor terskelen for å anlegge søksmål bør ligge, er grundig belyst i *forarbeidene* til tvisteloven § 1-3. Jeg viser særlig til Tvistemålsutvalgets utredning i NOU 2001: 32 A side 191 følgende. Ved drøftelsen av spørsmålet om terskelen for å anlegge sak bør senkes, tok utvalget utgangspunkt i at «man i de senere år særlig [har] lagt vekt på behovet for rettslig avklaring». Utvalget fastholdt at «tvistegjenstanden må gjelde et rettsforhold». Det heter så på side 191:

«Når det gjelder adgangen til å få dom for abstrakte rettsforhold, er det utvalgets syn at man bør holde fast ved den regel som i dag er utgangspunktet, nemlig at man ikke kan få dom for abstrakte rettsforhold. Domstolenes oppgave må være å løse de konkrete, foreliggende tvister. Utvalget bemerker her at så lenge det foreligger et aktuelt behov for avklaring, vil søksmål kunne anlegges selv om forholdet fortsatt har karakter av fremtidig forhold, jf. f.eks. Rt. 1998 side 300. For så vidt er det en sammenheng mellom aktualitetskravet og behovet for rettslig avklaring. Utvalget påpeker at det har vært en betydelig utvikling på dette området.»

(142) Etter å ha nevnt noen eldre, restriktive, avgjørelser fortsatte utvalget slik:

«Dagens rettsstilstand vektlegger derimot behovet som det sentrale for om søksmålet skal fremmes eller ikke, jf. Rt. 1998 side 300. Sett i lys av dette er det etter utvalgets syn ikke behov for endringer i gjeldende rett.»

(143) Når utvalget i drøftelsen så langt kom til at det ikke var nødvendig å endre gjeldende rett, var det altså fordi rettspraksis allerede hadde tatt opp i seg at behovet for rettslig avklaring er styrende for om søksmålet fremmes, og derfor allerede ga en viss adgang til å reise søksmål av mer generell karakter.

(144) Inntrykket av at det er behovet, og muligheten, for avklaring som bør være avgjørende, forsterkes av at utvalget på neste side fastslo at «mer abstrakte rettsspørsmål» etter gjeldende rett kan prøves «i en viss utstrekning». Det heter om dette på side 192:

«Også mer abstrakte rettsspørsmål vil etter gjeldende rett i en viss utstrekning kunne prøves for domstolene, men jo lenger man måtte gå i å fjerne domstolen fra en konkret bedømmelse av et individualisert faktum, jo mer vil man miste nyanser og illustrasjonsmateriale. En slik mer abstrakt prøving kan derfor etter gjeldende rett bare skje der det ikke lar seg gjøre på noen hensiktsmessig måte å konkretisere tvisten.»

(145) To vurderingstemaer er her sentrale: Vil prøving i en mer generell form føre til at retten mister «nyanser og illustrasjonsmateriale», og lar det seg gjøre å konkretisere tvisten?

(146) Utvalget viser så – umiddelbart etter setningen om muligheten til å «konkretisere tvisten» – til den danske Maastricht-saken. Denne forarbeidsuttalelsen har stått sentralt i partenes prosedyre, og jeg gjengir utvalgets omtale i sin helhet:

«Tvistemålsutvalget viser til at Danmarks Højesteret i en dom 12. august 1996 har tillatt fremmet et søksmål fra en gruppe borgere med krav om at loven fra 1993 som åpnet for Danmarks tilslutning til EU, skulle kjennes grunnlovstridig. Højesteret påpekte at tiltredelsen til EU-traktaten innebar overføring av lovgivningskompetanse på en rekke områder som kunne ha inngripende betydning for den danske befolkning i sin alminnelighet, og at saksøkerne derfor hadde en vesentlig interesse i å få kravet prøvd. Hensett til dette kunne de vilkår som tidligere var stilt, om at saksøkerne måtte være konkret og aktuelt berørt, ikke gjelde. Utvalget legger til grunn at samme type resonnement ville gjelde for en tilsvarende problemstilling i Norge.»

- (147) Når den siste setningen i sitatet – «samme type resonnement ville gjelde for en tilsvarende problemstilling i Norge» – leses i sammenheng med det jeg ellers har referert, er det etter mitt syn klart at utvalget med dette mente at en tilsvarende sak kunne ha vært fremmet i Norge etter dagjeldende rett. Under hvilke nærmere omstendigheter en slik sak ville kunne fremmes, uttalte Tvistemålsutvalget seg ikke om.
- (148) Når utvalget ikke foreslo endringer i gjeldende rett var det – slik jeg leser dette – fordi det også i denne sammenheng allerede var slått fast at det er behovet for rettsavklaring som er det avgjørende.
- (149) De faktiske omstendighetene var annerledes i saken for Danmarks Højesteret som Tvistemålsutvalget viste til som et eksempel. Men den gjaldt et vedtak av Folketinget av samme art som i saken her. Den rettslige problemstillingen er på det nærmeste sammenfallende med den problemstillingen som etter norsk rett kan oppstå i tilknytning til Grunnloven § 115. Også den danske grunnloven har bestemmelser om Folketingets adgang til å overlate myndighet til internasjonale organisasjoner og fastsetter at dette i så fall må vedtas med et kvalifisert flertall. Saksøkerne anførte i Maastricht-saken at Folketinget ikke hadde fulgt den prosedyre som er fastsatt i den danske grunnloven. Og det var altså dette Højesteret tillot fremmet. Søksmålet førte ikke frem i realiteten.
- (150) Før jeg forlater Tvistemålsutvalgets utredning, nevner jeg at utvalget på ett punkt foreslo en endring av gjeldende rett: Det bør være adgang til å reise søksmål mot staten om gyldigheten av en forskrift, se nærmere på side 192 og omtalen av de såkalte burhønsavgjørelsene, hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg tidligere hadde lagt til grunn at det etter tvistemålsloven ikke var en slik adgang. Uten at det er avgjørende for saken her, viser også dette at det er behovet som er styrende, ikke om forholdet i en slik sammenheng karakteriseres som «abstrakt». Illustrerende i så måte er at Tvistemålsutvalget om dette uttaler:
- «Når man skal vurdere om søksmål skal tillates fremmet – altså om det foreligger tilstrekkelig rettslig interesse – er det behovet for rettslig avklaring som må være det sentrale. Hvis det er tilstrekkelig behov for rettslig avklaring, må belastningen med å bli saksøkt da naturlig tas av den som har gitt den omtvistete regelen, dvs. staten. I en slik situasjon er det vanskelig å se noen reell begrunnelse for å kreve at også en eller flere eggprodusenter må gjøres til saksøkt ved siden av staten.»
- (151) Departementet fulgte opp Tvistemålsutvalgets utredning i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005). Når det gjelder søksmålsvilkårene, gir departementet på side 137 følgende en kort oversikt over gjeldende rett, men «for en mer utførlig omtale» vises det til utvalgets utredning. På side 142 tar departementet dette utgangspunktet:

«Slik departementet ser det, bør søksmålsterskelen etter gjeldende rett stort sett videreføres, likevel slik at det er et visst rom for å senke terskelen, særlig med sikte på spørsmål av prinsipiell rekkevidde. Slik lovforslaget § 1-3 er utformet, legger departementet til grunn at regelen tar opp i seg og viderefører de sentrale dimensjonene i kravet til rettslig interesse og til søksmålgjenstanden. Regelen uttrykker en rettslig standard som vil – slik som gjeldende tvistemålslov § 54 – kunne utvikles og nyanseres videre gjennom rettspraksis.»

- (152) Når departementet legger til grunn at gjeldende rett stort sett bør «videreføres», må dette leses på bakgrunn av henvisningen til Tvistemålsutvalgets gjennomgang av gjeldende rett. Som jeg har vist, la utvalget til grunn at det etter dagjeldende rett var en viss adgang til å fremme søksmål av generell karakter ved behov for rettsavklaring. Tilføyelsen om at det er «et visst rom for å senke terskelen, særlig med sikte på spørsmål av prinsipiell rekkevidde», klargjør at departementet generelt sett i alle fall ikke ville gå kortere enn utvalget i å tillate slike søksmål.
- (153) I proposisjonen skiller departementet i fortsettelsen ikke klart mellom forslaget om å tillate søksmål mot staten om gyldigheten av forskrifter og omtalen av momenter som Tvistemålsutvalget fremhevet mer i sin alminnelighet knyttet til at tidligere gjeldende rett allerede åpnet for nokså generelle søksmål. Tvistemålsutvalgets bruk av Maastricht-saken som eksempel er her ikke omtalt. Jeg oppfatter det imidlertid slik at departementet i omtalen av når Høyesterett skal settes i plenum, forutsatte at et søksmål som i Maastricht-saken skal kunne fremmes, se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 504.
- (154) Departementet sluttet seg til utvalgets forslag om å tillate søksmål mot staten om forskrifters gyldighet. De avveininger departementet gjorde i denne sammenheng, rekker imidlertid utover dette konkrete endringsforslaget. På det jeg oppfatter som et mer generelt grunnlag, understreket departementet på side 142:
- «... [D]et klare utgangspunkt er at domstolene skal løse konkrete tvister basert på et foreliggende faktum og gjeldende rett. Dette er også hovedbegrunnelsen for den doktrinen som har utviklet seg i forhold til såkalte ‘abstrakte rettsforhold’. Slik departementet ser det, er det verken nødvendig eller ønskelig å fravike dette utgangspunktet i generell form.»
- (155) Departementet trekker så frem slike momenter som Tvistemålsutvalget mer allment hadde fremhevet til støtte for å tillate mer generell prøving i noen tilfeller. Det vises blant annet til at man bør unngå å tvinge legalitetsprøvingen inn i «mindre hensiktsmessige former», og at «behovet for en rettslig avklaring» må være avgjørende. Departementet nevner også at «en rubrisering av søksmålet som et ‘abstrakt forhold’ [ikke bør] være avgjørende».
- (156) Endelig nevner jeg at departementet på side 143 omtalte «[e]t annet eksempel», som også trekker i retning av at det åpnes for mer generelt anlagte søksmål. Etter departementets oppfatning skal det ikke være en avgjørende forutsetning for å kunne reise søksmål at forvaltningen har truffet et vedtak som kan angripes. Det heter om dette at «[s]øksmålsadgangen bør være til stede ... også der den generelle normen forventes konkretisert gjennom et vedtak av et forvaltningsorgan», altså at det ennå ikke er truffet et forvaltningsvedtak. Hva som nærmere ligger i dette, klargjøres ved at departementet må forstås slik at den rettsoppfatningen Høyesterett la til grunn i Rt-2003-1630, ikke skulle opprettholdes under den nye loven. Høyesterett hadde her avvist et søksmål fra Norges

Naturvernforbund. Sentralt i begrunnelsen var at det ikke var truffet noe forvaltningsvedtak i saken som forbundet kunne angripe.

(157) Det fremgår altså både av uttalelsene knyttet til adgangen til å gå til søksmål om forskrifters gyldighet og av dette eksempelet at departementet mente at Høyesterett hadde trukket for snevre rammer om adgangen til å gå til søksmål av mer generell art. Avgjørende for saken her er dette ikke. Men det viser en retning: Det bør ikke være for rigide rammer for adgangen til å gå til søksmål.

(158) I spesialmotivene på side 363 i proposisjonen heter det oppsummeringsvis:

«Samlet sett knesetter regelen i § 1-3 en rettslig standard. Selv om kriteriet ‘rettslig interesse’ er utelatt fra lovteksten, innebærer dette ikke noen realitetsendring i forhold til gjeldende rett. Avgjørelsen av om søksmålet skal tillates fremmet etter § 1-3, må bero på en helhetsvurdering. Til dels vil det kunne være en glidende overgang mellom vilkårene i regelen. Utgangspunktet er en konkret vurdering av de aktuelle omstendigheter i den enkelte sak. Bestemmelsen er utformet – og ment praktisert – slik at den nærmere forståelsen av bestemmelsen vil kunne endre seg over tid. De nærmere avgrensninger etter § 1-3 vil nødvendigvis til en viss grad bero på skjønn, og i grensetilfelle vil det være avgjørende om det er naturlig og rimelig at tvisten skal kunne bringes inn for domstolene ... »

(159) Også her fremheves altså at vilkårene glir over i hverandre, at forståelsen vil kunne endre seg over tid, at avgjørelsen vil bero på skjønn, og at behovet for en domstolsavgjørelse kan være avgjørende.

(160) Også justiskomiteen uttalte seg generelt om terskelen for å reise søksmål. Det heter om dette i Innst. O. nr. 110 (2004–2005) på side 31:

«Komiteen mener at søksmålsterskelen etter gjeldende rett hovedsakelig bør videreføres. Men det er etter komiteens oppfatning viktig at det likevel gis et visst rom for å senke terskelen, særlig i saker av prinsipiell betydning, blant annet i tilfeller hvor det reises søksmål mot staten om gyldigheten av en forskrift, og når en anvender generelle normer i lovgivningen på konkrete saksforhold.»

(161) Stortingskomiteen sluttet seg altså til departementets uttalelse om at det gis «et visst rom for å senke terskelen, særlig med sikte på spørsmål av prinsipiell rekkevidde». Det er verdt å merke seg at komiteen ikke begrenset dette til søksmål om forskrifter og om anvendelsen av generelle normer i lovgivningen på konkrete saksforhold, men vel viser til dette som eksempler.

(162) Oppsummeringsvis mener jeg at *forarbeidene samlet sett* gir rettskildemessig grunnlag for at det i en viss utstrekning kan reises søksmål av mer generell karakter. Det styrende er behovet for rettsavklaring og hensynet til en hensiktsmessig behandlingsform. Adgangen for organisasjoner til å reise søksmål om mer ideelle og allmenne rettsforhold innenfor deres formål er et særlig klart uttrykk for dette.

(163) Noen endelig løsning på spørsmålet om det kan reises fastsettelsessøksmål også av mer generell art om grunnlovsmessigheten av stortingsvedtak etter Grunnloven § 26 og § 115, gir forarbeidene ikke. Men de momentene som fremheves, er helt generelle. Jeg viser her særlig til at det gjentatte ganger understrekes at et sentralt moment i vurderingen vil være

hvor sterkt behovet for rettslig avklaring er – om det foreligger en «vesentlig interesse i å få kravet prøvd». Også Tvistemålsutvalgets og departementets uttalelser knyttet til Maastricht-saken gir støtte for at et søksmål av mer generell art rettet mot grunnlovsmessigheten av et slikt stortingsvedtak som det her er tale om, må kunne fremmes hvis det foreligger et behov for å få spørsmålet prøvd.

- (164) *Juridisk teori* belyser i noen grad spørsmålet om, og på hvilken måte, søksmål av mer generell karakter kan fremmes for domstolene. Der drøftes også om en «Maastricht-sak» kunne vært fremmet i Norge.
- (165) Jeg viser først til Schei med flere, *Tvisteloven: Kommentartutgave*, § 1-3 note 2.5, *Juridika*, revidert 1. desember 2019. Etter å ha gjennomgått de alminnelige utgangspunktene og etter å ha slått fast at det er «åpnet for en mer abstrakt legalitetskontroll av forskrifter», heter det at en «tilsvarende abstrakt prøving» også er tenkelig «for eksempel hvor det er spørsmål om lover eller vedtak er i strid med Grunnloven». Deretter fremholdes det at den danske Maastricht-dommen og den senere Lisboa-dommen er eksempler på dette. Det heter så:
- «Tilsvarende problemstillinger kan tenkes for norske domstoler. Mye kan tale for å følge hovedtrekkene i praksisen fra Danmarks Højesteret.»
- (166) Etter en nærmere drøftelse formuleres det generelle utgangspunktet slik i kommentartutgaven:
- «Grunnlovsmessigheten av vedtak og lover må kunne prøves ved et abstrakt formulert krav om grunnlovsstrid hvis det foreligger et helt særlig behov for å få fremmet et slikt søksmål – også slik at det ikke vil være mulig, eller i det minste klart uhensiktsmessig, å få prøvd spørsmålet på annen måte.»
- (167) I tråd med den alminnelige læren uttaler Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, 2017 på side 396 at «[g]jenstanden for saken må være en *konkret og reell rettsvist*». Etter omtalen av Maastricht-dommen og av at Tvistemålsutvalget la til grunn at «det samme må gjelde etter norsk rett», heter det på side 407:
- «Adgangen til å gå til fastsettelsessøksmål med påstand om brudd på andre grunnlovsbestemmelser enn bestemmelser om menneskerettigheter, bør imidlertid etter min mening holdes innenfor snevre rammer. Det må være en forutsetning for å akseptere slike fastsettelsessøksmål at det er tale om et prinsipielt rettsspørsmål av stor samfunnsmessig betydning, og at det er mest hensiktsmessig å få spørsmålet prøvd i et fastsettelsessøksmål med påstand om grunnlovsbrudd.»
- (168) Aasland uttaler i artikkelen «Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett», *Lov, sannhet, rett – Norges Høyesterett 200 år, 2015*, på side 477 at det – på grunnlag av Tvistemålsutvalgets uttalelse – må «holdes åpent» om det kan tenkes unntak fra hovedregelen om at domstolene ikke kan prøve abstrakte rettsforhold. Også Backer, *Norsk sivilprosess*, 2. utgave, 2020 side 226 lar spørsmålet stå åpent. Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, 2017 gjennomgår de danske sakene på side 390. Det uttales her at «[e]n liknende sak om et tilsvarende spørsmål» under visse forutsetninger må kunne reises også for norske domstoler.
- (169) Den juridiske teorien er altså enten uttrykkelig i favør av at det i prinsippet kan reises fastsettelsessøksmål med påstand om brudd på grunnlovsbestemmelser blant annet i en

situasjon som i Maastricht-saken, eller holder spørsmålet åpent. Det ser ut til å være enighet i teorien om at adgangen til slik prøving i tilfelle må holdes innenfor snevre rammer.

- (170) Jeg har allerede nevnt *dansk rett*. Bakgrunnen er at Maastricht-dommen er omtalt i de norske forarbeidene som et eksempel på et mer generelt søksmål om grunnlovsstrid som også vil kunne fremmes etter norsk rett, og som senere er drøftet i den sentrale norske prosessteorien. Jeg finner ikke grunn til å gå inn på dansk rettspraksis utover dette. Som det vil ha gått frem, er det etter mitt syn ikke tale om å stille opp noe unntak etter mønster av dansk rett. Grunnlovsprøvingen har i Norge gjennom lang tid vært en annen enn i Danmark. Saken her må løses ut fra de generelle kriteriene i tvisteloven § 1-3, jf. § 1-4 tolket i lys av norske rettskilder.
- (171) Det finnes også atskillig annen *komparativ rett* som kan gi nyttig bakgrunn og inspirasjon, uten at jeg finner grunn til å gå inn på dette.

Konklusjon: Tvisteloven § 1-3 åpner for fastsettelsessøksmål av mer generell karakter

- (172) Basert på tvisteloven § 1-3 og de rettskildene jeg har gjennomgått knyttet til denne bestemmelsen, mener jeg det er et visst rom for å fremme et søksmål av mer generell karakter. Det er ingen holdepunkter for at dette ikke også omfatter søksmål om hvorvidt Stortinget har fulgt Grunnlovens bestemmelser i en sak om myndighetsoverføring til en internasjonal organisasjon i samsvar med Grunnloven § 26 andre ledd og § 115.
- (173) For at retten skal fremme en sak av en slik mer generell karakter, må det kreves at det er et særlig behov for rettslig avklaring. Videre må rettsspørsmålet egne seg til å bli prøvd i en generell form.
- (174) Ved den helhetsvurderingen som må foretas, vil en rekke momenter kunne inngå, avhengig av de nærmere omstendighetene. Blant disse nevner jeg: Reiser søksmålet uavklarte rettsspørsmål av prinsipiell rekkevidde? Er det vanskelig eller klart uhensiktsmessig å få grunnlovsspørsmålet prøvd på en mer konkret måte? Vil spørsmålet bli godt nok opplyst ved å tillate søksmålet nå og i denne formen, eller vil domstolene få et bedre grunnlag for å avgjøre saken dersom den fremmes i en mindre generell form? Hvor generelt er det kravet som gjøres gjeldende – knytter det seg til et konkret og avgrenset faktum?
- (175) De momentene jeg har nevnt, glir over i hverandre, og jeg presiserer at oppstillingen ikke er ment å være uttømmende.

Konkret vurdering av om Nei til EUs søksmål skal fremmes

- (176) Ved avgjørelsen av om søksmålsvilkårene er oppfylt, skal det saksøkeren hevder – pretenderer – om realiteten i hovedsaken legges uprøvd til grunn. Det samme gjelder pretensjoner om forståelsen av de rettsregler saksøkeren mener avgjør kravet. I saken her hører det derfor under hovedsaken, dersom den fremmes, å avgjøre om den myndighetsoverføringen som Stortinget samtykket i, var av en slik karakter at det var reglene i Grunnloven § 115 som skulle vært fulgt, og ikke § 26 andre ledd. Derimot skal domstolene fullt ut prøve faktum og jus som er avgjørende for om søksmålsbetingelsene er

oppfylt. Jeg går derfor over til å vurdere dette og tar da utgangspunkt i det jeg har sagt om de momentene som etter min oppfatning bør trekkes inn ved vurderingen.

- (177) Nei til EU krever altså i realiteten at det avsies en dom som avklarer om Stortinget brøt Grunnloven da det 22. mars 2018 i medhold av § 26 andre ledd ga sitt samtykke med alminnelig flertall. En nærmere analyse av Nei til EUs søksmål viser at det i hovedsak er knyttet til et avgrenset rettsspørsmål. Organisasjonen har ikke krevd dom for den generelle forståelsen av grunnlovsbestemmelsene. Det som kreves, er at det slås fast at Stortinget anvendte en grunnlovsbestemmelse feil i dette bestemte tilfellet. Det er ikke lagt ned påstand om at stortingsvedtaket er ugyldig. For øvrig har søksmålet klare likhetstrekk med søksmål som gjelder gyldigheten av et vedtak, uten at det kreves dom for nærmere angitte rettsfølger. Nei til EU gjør ikke noe forsøk på å få dom for formelle rettsvirkninger for andre enn partene i saken.
- (178) Kravet bygger på et bestemt og avgrenset faktum: Det påstått grunnlovsstridige vedtaket er anvendt av regjeringen og har ført til at Norge har forpliktet seg overfor EU og de andre EFTA-statene som deltar i EØS-samarbeidet. Det har også ført til at nærmere angitte rettsregler er tatt inn i norsk rett. Ved disse reglene legges blant annet myndighet til ESA og til den nyopprettede enheten RME, noe som, hevder Nei til EU, innebærer en myndighetsoverføring som faller inn under Grunnloven § 115. ESA og RME kan treffe vedtak av direkte betydning for rettighetene til Statnett, som er et statsforetak med egne rettigheter og plikter, jf. statsforetaksloven § 3. Hvorvidt andre rettssubjekter kan bli berørt, er uavklart. Men så langt er det ikke truffet slike vedtak med direkte betydning for Statnetts eller andres rettigheter eller plikter. Slik sett dreier det seg altså om en rettsvist som i alle fall hittil ikke har hatt direkte betydning for individualiserte parter.
- (179) Søksmålet formål er på den annen side ikke å ivareta partsinteresser i tradisjonell forstand, men mer allmenne interesser innenfor Nei til EUs formålsbestemmelse, slik tvisteloven § 1-4 åpner for.
- (180) Jeg er kommet til at det foreligger et særlig behov for å få prøvd det prinsipielle og uavklarte rettslige spørsmålet i saken i den form det er reist. Myndighetsoverføring til internasjonale organer, ikke minst i sammenheng med EØS-samarbeidet, er et aktuelt og tilbakevendende spørsmål hvor ulike oppfatninger gjør seg gjeldende. Dette forsterkes av at dette er et område hvor det stadig skjer en utvikling, og hvor det – ut fra det Nei til EU pretenderer – foregår en «bit for bit»-overføring av myndighet som stadig blir vanskeligere å reversere.
- (181) Videre nevner jeg at selv om spørsmålet i hovedsaken er omstridt også rettslig, er det ikke tidligere prøvd for domstolene. En dom som bidrar til å avklare grensen mellom Grunnloven § 26 andre ledd og § 115, vil være retningsgivende for fremtidige saker hvor dette spørsmålet kommer opp. Stortinget treffer jevnlig samtykkevedtak av denne karakter, og dommen vil derfor ha betydning uavhengig av om retten konstaterer at det omstridte vedtaket har den nødvendige forankring eller kommer til at Grunnlovens grenser er overtrådt.
- (182) Under ankeforhandlingen ble det for øvrig klarlagt at det er usikkert om det noensinne vil bli truffet konkrete vedtak som så kan gi grunnlag for prøving av grunnlovsspørsmålet innenfor de områdene hvor partene er enige om at det er elementer av myndighetsoverføring. Særlig peker jeg på at eventuelle pålegg fra ESA om å gi fra seg

informasjon og påfølgende vedtak om ileggelse av bøter ikke vil kunne prøves direkte for norske domstoler, men i utgangspunktet vil høre under EFTA-domstolen. Det er altså også tale om overføring av domsmyndighet til et internasjonalt organ.

- (183) Etter mitt skjønn egner rettsspørsmålet seg til avklaring i en mer generell form på det rettslige og faktiske grunnlaget som nå foreligger. Ved realitetsprøvingen vil det sentrale rettslige spørsmålet være tolkningen av Grunnloven § 26 andre ledd og § 115. Alle rettskilder som kan belyse dette, er tilgjengelige, slik de også var da Stortinget traff sitt vedtak. Et neste hovedspørsmål ved realitetsavgjørelsen vil være karakteren og omfanget av myndighetsoverføringen. Også her foreligger det samme materialet som Stortinget hadde.
- (184) Slik jeg ser det, er det lite trolig at det ville tilføre avgjørelsen av det overordnede rettslige spørsmålet noe avgjørende om man ventet på et enkeltvedtak rettet mot et bestemt rettssubjekt. Tvert om kan det tenkes at det vedtaket som i så fall kan prøves, vil gjelde et helt avgrenset og kanskje perifert tema holdt opp mot det saken i realiteten gjelder – Stortingets samtykkevedtak knyttet til den samlede myndighetsoverføringen.
- (185) Jeg går ikke nærmere inn på de mange spørsmål som her kan oppstå. Heller ikke finner jeg grunn til å gå i noen detalj inn på hvilke rettsvirkninger det kan få dersom Nei til EU skulle vinne frem i søksmålet. Jeg nøyer meg med å peke på at det i så fall vil bli konstatert at Stortinget skulle ha behandlet saken på en annen måte. Her, som ellers, vil det eventuelt bli opp til det organ som har begått en saksbehandlingsfeil, å vurdere om, og tilfelle hvordan, feilen kan rettes opp. Det kan anføres at en eventuell uklarhet om rettsvirkningene taler mot å tillate søksmålet fremmet. Men også om søksmålet anlegges etter at det er truffet et enkeltvedtak, vil en mulig uklarhet kunne bestå. Det egentlige grunnlaget for – og hensikten med – søksmålet vil fortsatt være å få fastslått at Stortinget har opptrådt i strid med Grunnloven.
- (186) Det avgjørende for meg er at det ville være klart uheldig – og uhensiktsmessig – om det omstridte, uavklarte og prinsipielle rettsspørsmålet som her er reist, ikke skulle kunne prøves rettslig fordi det ikke er truffet et konkret vedtak som har direkte betydning for en parts rettsstilling. En slik rettstilstand ville i realiteten kunne innebære at det ikke ville være mulig gjennom søksmål å få avgjort et rettsspørsmål av betydelig samfunnsmessig interesse.
- (187) Etter dette er det min oppfatning at Nei til EUs søksmål skal fremmes.
- (188) Det ligger i det jeg allerede har sagt, at aktualitetskravet etter min mening er oppfylt. Også tilknytningskravet er oppfylt, jf. min tidligere gjennomgang av tvisteloven § 1-4.

Konklusjon og sakskostnader

- (189) Søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3 er oppfylt. Grunnloven § 89 er ikke til hinder for å fremme søksmålet.
- (190) Min konklusjon er etter dette at Nei til EUs søksmål fremmes.

- (191) Nei til EU har vunnet saken og har krav på dekning av sine sakskostnader. Spørsmålet om saken skal fremmes, har vært gjenstand for særskilt anke, og det følger av tvisteloven § 20-8 andre ledd andre punktum at kostnadene i slike tilfeller skal fastsettes for alle instanser, se blant annet HR-2018-492-U avsnitt 36.
- (192) Sakskostnader for tingretten er krevd med 355 942 kroner og for lagmannsretten med 203 406 kroner. For Høyesterett er kravet 1 417 225 kroner inkludert merverdiavgift. Kravet tas til følge.
- (193) I tillegg har Nei til EU krevd rettsgebyr for alle instanser. Kravet tas til følge for så vidt gjelder rettsgebyr for lagmannsretten og Høyesterett, med henholdsvis 6 900 kroner og 7 032 kroner. Nei til EU er imidlertid bare avkrevd inngangsgebyret på 5 R for tingretten, jf. rettsgebyrloven § 8 første ledd første punktum. Plikten til å betale inngangsgebyr for tingretten er utløst av organisasjonens stevning i hovedsaken, jf. rettsgebyrloven § 4, og ikke av den særskilte behandlingen av avvisningsspørsmålet. Inngangsgebyret for tingretten er derfor ikke en kostnad ved avgjørelse «av annet enn krav som er tvistegenstand», jf. tvisteloven § 20-8 andre ledd første punktum. Høyesterett skal følgelig ikke i medhold av § 20-8 andre ledd andre punktum ta stilling til inngangsgebyret for tingretten som del av sin kostnadsavgjørelse. Spørsmålet om dekning av inngangsgebyret for tingretten må avgjøres i hovedsaken.
- (194) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Saken fremmes.
2. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler staten ved Utenriksdepartementet til Nei til EU
1 990 505 – enmillionnihundreogtittitusenfemhundreogfem – kroner innen
2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

- (195) Dommer Matheson:

Dissens

Kort om mitt hovedsyn

- (196) Jeg er kommet til at Nei til EUs søksmål må avvises.
- (197) Grunnloven § 89 tolket i lys av historien, rettspraksis og lovforarbeidene tilsier etter mitt syn at spørsmål om grunnlovsmessigheten av et stortingsvedtak bare kan prøves av domstolene dersom det forelegges i en konkret rettstvist basert på et konkret faktum. Slik prøving omtales som konkret kontroll med Stortingets vedtak. Bestemmelsen setter altså grenser for domstolenes prøvingsrett med denne type vedtak.
- (198) I motsetning til førstvoterende ser jeg det slik at Nei til EUs søksmål faller utenfor de rammene som Grunnloven § 89 setter for domstolskontrollen. Grunnlovsprøving kan etter

mitt syn bare skje i forbindelse med en tvist om konkrete rettsforhold. I vår sak er det ikke truffet noe vedtak i medhold av den myndighetsoverføringen som hevdes å være foretatt i strid med Grunnloven. Noe vedtak er heller ikke varslet, og det er dessuten usikkert om noe slikt vedtak noen gang vil bli truffet. Det foreligger da ikke noen tvist om et konkret rettsforhold. Dette er bakgrunnen for dissensen og for at jeg er kommet til at søksmålet må avvises.

- (199) Ettersom jeg har et annet syn enn førstvoterende på innholdet i Grunnloven § 89, er det nødvendig for meg å gå grundig inn på rettstilstanden før grunnlovsbestemmelsen ble vedtatt i 2015, på forutsetningene som lå til grunn for vedtakelsen, og på den senere endringen i 2020.

Om innholdet i domstolenes prøvingsrett etter den tidligere konstitusjonelle sedvaneretten

- (200) Domstolenes rett og plikt til prøving av lovers grunnlovsmessighet er blitt utviklet i et samspill mellom rettspraksis, politiske myndigheter og juridisk teori over lang tid.
- (201) Det finnes etter hvert et stort antall høyesterettsavgjørelser der prøvingsretten har vært et tema. Eldre praksis om dette er gjennomgått av blant annet Eckhoff, «Høyesterett som Grunnlovens vokter», Jussens Venner, 1976 side 1–34. For alle avgjørelsene han trekker frem, gjelder at prøvingen har vært knyttet til tvister om *anvendelsen* av en lov på et konkret rettsforhold. Det samme har vært situasjonen i senere saker der grunnlovsmessigheten av en lov eller et stortingsvedtak har stått til prøving.
- (202) Jeg begrenser meg her til å peke på noen få slike avgjørelser. En av de grunnleggende på området er Rt-1976-1 (Kløfta-saken), som gjaldt fastsetting av erstatning ved ekspropriasjon. Andre eksempler er Rt-2013-1345 (strukturvotesaken), som gjaldt en fiskereders tap av strukturvoter, og Rt-2010-143 (rederiskattesaken), som gjaldt likningen av en rekke rederier etter omlegging av en tidligere rederiskatteordning. Jeg nevner også Rt-2010-535 (Opplysningsvesenets fond), som gjaldt instruks om innløsning og regulering av festeavgift for festetomter eid blant annet av Opplysningsvesenets fond. Jeg har et annet syn enn førstvoterende på hva som kan utledes av den avgjørelsen, og kommer tilbake til det.
- (203) Det har vært et vilkår for å bringe en sak inn for domstolene at den gjelder en konkret rettstvist. En rettstvist var tidligere kjennetegnet ved at saken måtte knytte seg til et konkret faktum og gjelde nærmere avgrensede rettsspørsmål i forholdet mellom bestemte rettssubjekter. Det samme må som utgangspunkt fortsatt gjelde, jf. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, 2017 side 396.
- (204) Rt-1976-1 (Kløfta-saken) bekrefter etter mitt syn at prøvingsadgangen var begrenset til konkret kontroll. Førstvoterende i den saken uttaler på side 5 at det er på det rene at hvis «anvendelsen av en lov fører til resultater som er i strid med grunnloven», vil domstolene måtte bygge sin avgjørelse på den regel som følger av Grunnloven, ikke på lovbestemmelsen. Han uttaler at vi her står overfor en sikker konstitusjonell sedvanerett. Slik jeg leser dommen, viser formuleringen «anvendelsen av en lov» som kan føre til et grunnlovsstridig resultat, nettopp til konkret kontroll i den betydningen som jeg har angitt.

- (205) Andenæs og Fliflet, Statsforfatningen i Norge, 11. utgave, 2017 uttaler i kapittel 46, «Domstolenes overprøving av lover og andre stortingsbeslutninger», på side 427 at prøvingsretten i vårt system er «en del av den alminnelige rettsanvendelsen», og at det er «lovens anvendelse i den konkrete saken det er spørsmål om».
- (206) Det førstvoterende har sitert fra Smith, Jussens Venner, 2020 side 334, er etter mitt syn et uttrykk for det samme. Smith skriver der at formen for domstolskontroll som gjennom lang tid har utviklet seg i Norge, «gjelder den måte lovgivningen er eller vil bli anvendt på i den enkelte sak». Deretter fortsetter han med å uttale at dette innebærer «også» at kontrollen som hovedregel er etterfølgende og bare har formelle rettsvirkninger mellom partene.
- (207) Stortingets menneskerettighetsutvalg – Lønningutvalget – uttalte følgende om prøvingsretten da det i 2011 fremmet forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven, jf. Dokument 16 (2011–2012) side 78:
- «Retten og plikten til å prøve lovers grunnlovsmessighet er begrenset til såkalt *konkret* kontroll, dvs. at domstolene utelukkende kan prøve grunnlovsspørsmålet dersom det forelegges domstolene i en konkret rettstvist. De norske domstolene har således ikke adgang til på generelt grunnlag å prøve om en lov strider mot Grunnloven.»
- (208) Dette er etter min oppfatning sammenfallende med hvorledes jeg tolker de øvrige kildene på dette punktet.
- (209) Ut fra den gjennomgangen som jeg nå har foretatt, legger jeg til grunn at prøvingsretten da Grunnloven § 89 ble vedtatt, gjaldt prøving som fant sted i konkrete rettstvister basert på et konkret faktum. Dette var altså innholdet i prøvingsretten etter den konstitusjonelle sedvaneretten på det tidspunktet.
- (210) Førstvoterende har gitt uttrykk for at plenumsdommen Rt-2010-535 (Opplysningsvesenets fond) er et eksempel på at grunnlovskontrollen har vært utøvd i en mer generell form når det har vært behov for det. Jeg er for min del ikke enig i at avgjørelsen kan tas til inntekt for at Høyesterett forut for grunnlovsvedtaket tillot søksmål av mer generell karakter om grunnlovsmessigheten av lover og stortingsvedtak. Det er tilstrekkelig for meg å vise til at saken gjaldt et vedtak – en instruks – fra regjeringen som hadde konkrete virkninger i rettsforholdet mellom Opplysningsvesenets fond som bortfester og festerne av fondets eiendommer. Saksøkeren, Kirkelig arbeidsgiver- og interesseorganisasjon, organiserte virksomheter med kirkelig forankring. Søksmålet berørte kirkelige interesser i en slik grad at organisasjonen ble ansett for å ha nødvendig søksmålskompetanse etter tvisteloven § 1-4, jf. dommens avsnitt 34. Grunnlovsprøvingen knyttet seg til rettsvirkningen instruksen hadde for fondet, jf. avsnitt 121–122. Høyesterett kom til at instruksen påla fondet å ivareta bestemte interesser «på en måte og i et omfang som er i strid med» Grunnlovens daværende § 106.

Om innholdet av domstolenes prøvingsrett etter Grunnloven § 89

Innholdet etter grunnlovsvedtaket i 2015

- (211) Da forslaget fra Lønningutvalget til grunnlovsbestemmelse om prøvingsretten ble behandlet av Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité, uttalte komitéflertallet i sine innledende merknader at grunnlovsfestingen tok sikte på å synliggjøre «domstolenes

nåværende kompetanse» til å kunne prøve om lover og andre myndighetsbeslutninger er i strid med Grunnloven, se Innst. 263 S (2014–2015) side 9.

- (212) Videre viser et annet flertall på side 10 til at det har vært bred enighet i juridisk litteratur og blant samfunnsaktørene om at domstolene hadde kompetanse til «i konkrete saker å prøve lover og andre myndighetsbeslutninger mot Grunnloven». Komiteen fremhever altså at prøvingsretten etter den konstitusjonelle sedvaneretten gjaldt i *konkrete* saker. Deretter heter det:
- «*Dette flertallet* understreker at det foreliggende grunnlovsforslaget utelukkende handler om å skrive prøvingsretten inn i Grunnloven med dens nåværende innhold og omfang, jf. Dokument 16 (2011–2012) s. 80 og Dokument 12:30 (2011–2012) s. 181. Formålet med denne kodifiseringen er å synliggjøre domstolenes prøvingsrett som en viktig del av vårt konstitusjonelle system og vår rettsstat.»
- (213) Grunnlovsreformen som en *kodifisering* av den konstitusjonelle sedvaneretten er ytterligere understreket av komitéflertallet på side 11 i innstillingen. Der heter det at alle de alternative forslagene var utformet for å dekke «det gjeldende innholdet» i domstolenes prøvingsrett slik den er utviklet i rettspraksis og anerkjent av de øvrige statsmaktene.
- (214) Førstvoterende har i sitt votum sitert komitéflertallets redegjørelse for utformingen av grunnlovsforslaget. I redegjørelsen som finnes på side 11 i innstillingen, fremheves fire forhold ved den ordlyden som senere ble vedtatt:
- (215) Først uttales at ordlyden indikerer at domstolsprøvingen ligger til de ordinære domstolene; dette i motsetning til ordningen i mange andre land med særskilte forfatningsdomstoler eller andre organer utenfor de ordinære domstolene.
- (216) Dernest peker komitéflertallet på at domstolskontrollen er en etterkontroll.
- (217) Flertallet fremhever videre at domstolskontrollen i Norge er «en konkret kontroll, som gjelder anvendelsen av loven i konkrete saker som er reist, og der rettsvirkningen formelt er begrenset til sakens parter (inter partes)». De peker samtidig på at virkningen av grunnlovsstrid er «at den grunnlovsstridige lovbestemmelsen ikke får anvendelse i den konkrete saken».
- (218) Til slutt fremheves at det ved eventuell grunnlovsstrid formelt er opp til Stortinget å vurdere om og hvordan loven skal endres i samsvar med Grunnloven. Det uttales at dette står «i motsetning til systemer der domstolene på abstrakt grunnlag prøver om loven i seg selv er grunnlovsstridig, og der grunnlovsstridige lovbestemmelser kjennes ugyldig med rettsvirkning for alle (erga omnes), både private og andre statsorganer.»
- (219) Etter mitt syn viser komitéflertallets merknader til bestemmelsen som senere ble vedtatt, at Stortinget ville klargjøre to grunnleggende forhold. Det ene var at en grunnlovsfesting av domstolenes prøvingsrett ikke på noen måte ville åpne for generell gyldighetskontroll – det vil si forhånds- eller etterkontroll med virkning for alle – som i konstitusjonsdomstoler i andre land. Det skulle fortsatt bare være slik at den grunnlovsstridige lovbestemmelsen ikke får anvendelse «i den konkrete saken».

- (220) Det andre forholdet komitéflertallet ville klargjøre, var at selve prøvingen i Norge er konkret i den forstand at den må være knyttet til konkrete saksforhold. Kontrollen kan bare skje ved at grunnlovsspørsmålet prøves i en konkret rettstvist basert på et konkret faktum.
- (221) Etter norsk rett kjennetegnes en rettstvist som allerede påpekt, ved at den gjelder rettsspørsmål i forholdet mellom bestemte rettssubjekter. Som førstvoterende fremhever, er det etter prosessreglene likevel ikke noe absolutt vilkår for å reise sak at utfallet av den vil ha direkte rettsvirkninger for saksøkeren. Dette følger blant annet av tvisteloven § 1-4 om organisasjoners søksmålsadgang. Bestemmelsen gjelder selvsagt også i saker som omhandler grunnlovsprøving. Men det følger etter mitt syn av komitéuttalelsene at en sak som gjelder grunnlovsprøving, må være knyttet til en rettstvist om et konkret rettsforhold. Det gjelder selv om prosessreglene ikke alltid krever at den som reiser sak, selv er direkte involvert i dette rettsforholdet.
- (222) For meg er det klart at Stortingets begrepsbruk i forbindelse med vedtakelsen av Grunnloven § 89 ikke kan speile noe annet enn det som hadde vært rammene for alle grunnlovssakene som Høyesterett frem til da hadde behandlet. Mange av disse var av nyere dato. Jeg viser her til Kløfta-saken, strukturkvotesaken, rederiskattesaken og saken om Opplysningsvesenets fond.
- (223) Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité viste i Innst. 263 S (2014–2015) på side 11, under diskusjonen av prøvningsintensitet, uttrykkelig til disse avgjørelsene. Jeg har tidligere beskrevet hva de gikk ut på. I tillegg viste komiteen blant annet til Rt-1996-1415 (Borthen-saken), som gjaldt en lovendring som førte til bortfall av ektefelletillegget for en alderspensjonist, og til Rt-2007-1281 (Øvre Ullern), som gjaldt tomtefestelovens anvendelse på et eldre festeforhold.
- (224) Disse henvisningene kan ikke bety annet enn at komitémedlemmene var seg bevisst innholdet av prøvingstemaene i de nevnte sakene. Ut fra de lange linjer i prøvingsretten og temaene i de nyere avgjørelsene finner jeg det svært vanskelig å legge noe annet til grunn enn at dette dannet rammene for grunnlovfesting av domstolenes prøvingsrett med stortingsvedtak. Dette er etter mitt syn avgjørende for hva Stortinget under komitébehandlingen og stortingsdebatten mente med konkret kontroll.
- (225) Understrekningen i innstillingen på side 12 om at grunnlovsforslaget ikke vil gi domstolene grunnlag for å utvikle «en ny og mer omfattende domstolskontroll» av lover og andre myndighetsbeslutninger, bekrefter dette. Det samme gjør stortingskomiteens påpekning av at en endring av prøvingsrettens «nåværende form og innhold» ville kreve en egen grunnlovsendring.

Innholdet etter grunnlovsvedtaket i 2020

- (226) I 2020 ble Grunnloven § 89 endret til å lyde:

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

- (227) Etter ordlyden gjelder prøvingsretten anvendelsen av «en lovbestemmelse ... eller ... andre beslutninger». Jeg er enig med førstvoterende i at dette også må omfatte anvendelsen av Stortingets vedtak om *samtykke*, slik som i saken her. Jeg er dessuten enig med ham i at domstolene også forut for vedtakelsen av § 89 kunne prøve om et samtykkevedtak fra Stortinget ligger innenfor rammen av Grunnloven § 26 andre ledd. Det sentrale for meg er at dette – som ellers – må skje som ledd i prøvingen av en konkret rettstvist, slik Stortinget etter min oppfatning la til grunn da prøvingsretten ble tatt inn i Grunnloven i 2015.
- (228) Om bakgrunnen for endringen i 2020 uttalte forslagsstillerne i Grunnlovsforslag 19, Dokument 12:19 (2015–2016) side 1 blant annet:
- «Ønsket om bedre samsvar mellom ordlyd og reelt innhold er i seg selv tilstrekkelig til å begrunne den foreslåtte grunnlovsendringen. Men på et enkelt punkt ('abstrakt' kontroll med lover, se nedenfor) vil forslaget i tillegg kunne begrunnes i et ønske om å unngå at de formuleringer som ble valgt i juni 2015, tjener som grunnlag for å utvikle domstolskontrollen i en retning som både er fremmed for norsk rettstradisjon og for forholdet mellom domstoler og dagens politikk.»
- (229) Endringen skulle altså klargjøre at det ikke er loven som sådan som er gjenstand for domstolenes kontroll, noe som typisk kjennetegner prøvingen i mange stater i og utenfor Europa. Dette kom til uttrykk i lovteksten ved at det var «anvendelsen» av en lov eller beslutning som skulle prøves. Om dette heter det i grunnlovsforslaget på side 2:
- «Det norske systemet for domstolskontroll har alltid rettet seg mot lovens anvendelse i den enkelte sak ('konkret kontroll'), og det er utvilsomt dette Stortinget tok sikte på å grunnlovfeste da dagens § 89 ble vedtatt. Dette er også i samsvar med den tilsvarende bestemmelsen i Sverige, jf. Regjeringsformens kap. 11 § 14.»
- (230) I den senere innstillingen fra Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité la komiteens flertall det samme utgangspunktet til grunn, jf. Innst. 258 S (2019–2020) side 3.
- (231) Formålet med 2020-revisjonen var altså å klargjøre at domstolenes prøvingsrett etter grunnlovfesting ikke skulle utvikles til at lover og beslutninger kunne settes til side *generelt*. Ordningen skulle beholdes slik den hadde vært. Ordlyden skulle sikre at bestemmelsen gir best mulig uttrykk for hva som hadde vært grunnlovsgivers mening i 2015, nemlig at domstolenes kontroll med Stortingets vedtak skulle skje som ledd i prøvingen av en konkret rettstvist.
- (232) Førstvoterende har i tilknytning til sin drøftelse av spørsmålet om Grunnloven § 89 begrenser prøvingsretten til konkret kontroll, vist til at dette ikke var noe tema så sent som i HR-2020-2472-P (klimasaken). Han viser til at en dom i saksøkernes – miljøorganisasjonenes – favør hverken ville hatt formelle rettsvirkninger for dem eller deres medlemmer.
- (233) Søksmålet i klimasaken tok – slik førstvoterende har pekt på – utgangspunkt i konkrete vedtak – utvinningstillatelsene – og dermed i rettsforhold mellom bestemte rettssubjekter; det vil si mellom regjeringen og petroleumselskapene. Jeg kan da ikke se at Høyesteretts prøving av den saken kaster noe annet lys over hva som kan være gjenstand for domstolskontroll med stortingsvedtak, enn det jeg så langt har gitt uttrykk for om dette. Spørsmålet om *hvem* som kan anlegge et slikt søksmål, kommer jeg tilbake til når jeg diskuterer betydningen av tvisteloven § 1-4.

Oppsummering

- (234) Etter mitt syn viser den gjennomgangen jeg nå har foretatt, at grunnlovfesting i 2015 var en kodifikasjon av den konstitusjonelle sedvaneretten. Grunnloven § 89 tok denne opp i seg uten å trekke fra – eller legge til – noe. I dette ligger at det ikke bare var prøvingsinstituttet som sådan som ble grunnlovfestet, men også de daværende rammene for domstolsprøvingen. Et vilkår for slik domstolsprøving var etter dette at kontrollen med Stortingets lover og vedtak skulle skje som ledd i prøvingen av en tvist om et konkret rettsforhold. Revisjonen i 2020 var kun ment som en klargjøring av dette. Bakgrunnen for presiseringen var at Stortinget ikke ønsket en utvidelse av prøvingsretten ut over det som hadde vært gjeldende rett til da.

Forholdet mellom Grunnloven § 89 og tvisteloven § 1-3 og § 1-4

Forholdet til tvisteloven § 1-3

- (235) Det er selvfølgelig en viss sammenheng mellom hvilke spørsmål som etter prosesslovgivningen kan fremmes for domstolene, og hvilke spørsmål som er omfattet av domstolenes prøvingsrett. Prøvingsretten har imidlertid etter mitt syn, som nevnt flere ganger, vært begrenset til konkret kontroll. Innholdet av den prøvingsretten som ble grunnlovfestet, er dermed rammet inn av dette.
- (236) Det betyr at en tolkning eller utvikling av innholdet i tvistelovens søksmålsvilkår ikke kan gi grunnlag for å tillate søksmål som innebærer en grunnlovsprøving som går ut over den rammen Grunnloven § 89 etter dette setter. Selv om det i sivilprosessen på tidspunktet for vedtakelsen av grunnlovsbestemmelsen hadde skjedd en viss utvikling i retning av adgang til å gå til søksmål om spørsmål av mer abstrakt karakter, er det på bakgrunn av grunnlovsforarbeidene ingen holdepunkter for at man åpnet for at utviklingen av søksmålsadgangen etter tvistelovens regler skulle kunne endre rammene for domstolenes prøvingsrett i en slik retning.
- (237) En annen løsning ville medføre at det uten Stortingets medvirkning kunne bli en dynamisk utvikling av domstolenes prøvingsrett, til tross for grunnlovgivers utgangspunkt om at slik prøving skulle være begrenset til den tradisjonelle konkrete kontrollen. Jeg minner her om uttalelsen i komitéinnstillingen i 2015 om at en grunnlovsfesting ikke ville gi domstolene grunnlag for å utvikle en «mer omfattende domstolskontroll», og at endring i prøvingsrettens «nåværende form og innhold» ville kreve grunnlovsendring, se Innst. 263 S (2014–2015) side 12.
- (238) Som jeg tidligere har gjort rede for, leser jeg komiteens merknader og begrepsbruk i lys av det som hadde vært rammene for de store grunnlovssakene frem til da, som alle var saker om kontroll knyttet til konkrete rettstvister. Med dette utgangspunktet kan jeg ikke se at Stortinget hadde oppfordring til å komme inn på om en eventuell videre utvikling av de alminnelige prosessreglene også kunne innebære en utvidelse av prøvingsretten. Stortinget kan derfor ikke ha ment, ønsket, eller tatt noe annet med på kjøpet enn at prøvingsretten skulle være rammet inn av det man historisk og frem til noen år før lovvedtaket hadde opplevd som rammen for domstolskontroll med grunnlovsmessigheten av Stortingets lover og vedtak.

- (239) Etter mitt syn er begrensningen til konkret kontroll etter dette en del av normen i Grunnloven § 89. I det krysningsfeltet mellom statsrett og sivilprosessuelle regler som vi her befinner oss på, må derfor den søksmålsadgang som man ellers kan utlede av prosessreglene, vike for Grunnlovens regel. Grunnlovsnormen har med andre ord forrang.
- (240) Et eventuelt avvik fra grunnlovsnormen kan etter min oppfatning bare komme på tale dersom noe annet ville bryte med allmenne rettsstatsprinsipper og gi en løsning som ville være fremmed i vårt demokratiske samfunn. Jeg viser her til at slike synspunkter tidligere har vært fremme i andre sammenhenger, se HR-2020-2472-P avsnitt 123 (klimasaken). Det er i så fall tale om å gjøre bruk av en sikkerhetsventil. Som det fremgår av dommens avsnitt 142, vil terskelen for å kunne gjøre bruk av en slik ventil i grunnlovsspørsmål måtte ligge svært høyt.
- (241) Adgangen til domstolskontroll med Stortingets vedtak vil imidlertid stå åpen der dette skjer som ledd i prøvingen av en konkret rettstvist. Slik jeg ser det, kan en slik organisering av kontrolladgangen vanskelig anses for å være et brudd med allmenne rettsstatsprinsipper.
- (242) Jeg konstaterer at det i juridisk teori er tatt til orde for at abstrakt formulerte krav om grunnlovsstrid må kunne prøves av domstolene «ved særlige behov», jf. Schei med flere, *Tvisteloven: Kommentartutgave*, § 1-3 note 2.5, *Juridika*, revidert 1. desember 2019. Et lignende syn kommer til uttrykk hos Skoghøy, som imidlertid uttrykker at fastsettelsessøksmål om grunnlovsbrudd bør holdes «innenfor snevre rammer», jf. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, 2017 side 407. De statsrettslige spørsmålene er ikke problematisert i de drøftelsene som jeg her har trukket frem. Jeg forstår det imidlertid slik at det teorien tar til orde for, er en snever unntaksregel. Etter mitt syn vil det jeg har nevnt om en eventuell sikkerhetsventil ved grunnlovstolkningen, samsvare godt med en slik regel. Standpunkter i juridisk teori er uansett ikke avgjørende for tolkningsspørsmålet.

Forholdet til tvisteloven § 1-4

- (243) *Tvisteloven* § 1-4 lyder:
- «Foreninger og stiftelser kan reise søksmål i eget navn om forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta, når vilkårene ellers i § 1-3 er oppfylt.»
- (244) Paragraf 1-4 åpner for at en organisasjon kan opptre som saksøker uten selv å være part i den rettstvisten eller det rettsforholdet som saken gjelder. Men bestemmelsen krever at vilkårene i § 1-3 – kravene til søksmålgjenstand, søksmålsituasjon og partstilknytning på saksøktresiden – er oppfylt som alltid ellers, jf. Schei med flere, *Tvisteloven: Kommentartutgave*, § 1-4 note 1, *Juridika*, revidert 1. desember 2019.
- (245) Det uttrykkelige kravet om at vilkårene etter § 1-3 må være oppfylt i representative søksmål, innebærer altså at det også i søksmål etter § 1-4 må ligge en rettstvist i bunnen. Saken som en organisasjon reiser for domstolene, må etter dette gjelde en konkret tvist med utgangspunkt i et konkret faktum og gjelde nærmere avgrensede rettsspørsmål i forholdet mellom bestemte rettssubjekter. *Tvisteloven* § 1-4 endrer altså ikke dette. Betydningen av bestemmelsen er at den åpner for at også andre enn de rettssubjektene som

er involvert i selve rettstvisten, kan reise søksmål, forutsatt at det ligger innenfor organisasjonens formål og virkeområde å ivareta interesser som er direkte berørt av utfallet av den konkrete tvisten.

- (246) For ordens skyld nevner jeg at det i henhold til Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 142 gjelder en utvidet prøvingsadgang for *forskrifter*, slik at det da ikke kreves en rettstvist mellom bestemte rettssubjekter. Men dette er uten betydning for spørsmålene i saken her.
- (247) Et representativt søksmål gjelder altså en konkret rettstvist eller et konkret rettsforhold mellom andre rettssubjekter som organisasjonen eller dens medlemmer har en interesse i utfallet av. Dette er godt illustrert ved Høyesteretts avgjørelse i Rt-1980-569 (Alta-kjennelsen), som var et sentralt grunnlag for innføringen av tvisteloven § 1-4. Førstvoterende uttalte på side 575 at «[d]et må være et rettskrav som gjøres gjeldende, og saksøkeren må ha slik tilknytning til rettskravet at nettopp han har naturlig foranledning til å reise søksmål». Den underliggende saken omhandlet spørsmålet om en kongelig resolusjon som ga daværende Norges vassdrags- og elektrisitetsvesen tillatelse til å bygge ut Altavassdraget, var gyldig. Dette var utvilsomt et konkret rettsforhold.
- (248) Et krav om konkret kontroll etter Grunnloven § 89 er etter dette fullt forenlig med kravet etter tvisteloven § 1-4, jf. § 1-3 om en konkret underliggende rettstvist eller rettsforhold.
- (249) Førstvoterende har i sin drøftelse av om § 1-3 gir adgang til å fremme søksmål av mer generell karakter, vist til Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 143. Etter hans oppfatning trekker departementets omtale der «i retning av at det åpnes for mer generelt anlagte søksmål». Etter mitt syn har departementets drøftelse en mindre rekkevidde.
- (250) I proposisjonen heter det at et «eksempel hvor det bør være adgang til søksmål, gjelder anvendelsen av generelle normer i lovgivningen på konkrete saksforhold». Senere i samme avsnitt uttaler departementet, som førstvoterende allerede har sitert deler av:
- «Søksmålsadgangen bør være til stede så sant søksmålssituasjonen og partstilknytningen tilsier det, også der den generelle normen normalt forventes konkretisert gjennom vedtak av et forvaltningsorgan. Dette bør gjelde generelt, og ikke bare for eksempel på miljøområdet, der en sak om anvendelsen av den generelle aktsomhetsnorm i skogbruksloven § 16 ble avvist (Rt. 2003 s. 1630) enda blant annet Århuskonvensjonen 25. juni 1998 om rett til innsyn i miljøopplysninger og domstolsprøving gir en særlig grunn til søksmålsadgang på dette området.»
- (251) Førstvoterende har i sitt votum uttrykt at departementets oppfatning var at «det ikke [skal] være en avgjørende forutsetning for å kunne reise søksmål at forvaltningen har truffet et vedtak som kan angripes». Videre uttaler han at «departementet må forstås slik at den rettsoppfatningen Høyesterett la til grunn i Rt-2003-1630, ikke skulle opprettholdes under den nye loven».
- (252) For meg er det viktig å peke på at departementet i avsnittet som jeg har sitert, har åpnet for søksmålsadgang «så sant søksmålssituasjonen og partstilknytningen tilsier det» og «den generelle normen normalt forventes konkretisert gjennom vedtak av et forvaltningsorgan». I juridisk litteratur er dette diskutert som søksmål «fra og mot private rettssubjekter om hvordan disse plikter å forholde seg etter lovgivningen» og som «søksmål om offentligrettslig kompetanseforhold», jf. Schei med flere, *Tvisteloven: Kommentartutgave*, § 1-3 note 2.5, *Juridika*, revidert 1. desember 2019. I den forbindelse er det blant annet vist

til Rt-1998-300 (bryggerilogo), der to bryggerier fikk adgang til å gå til søksmål om berettigelsen av å bruke firmalogoer som draktreklame i fremtiden. Jeg kan ikke se at dette er det samme som å åpne for «mer generelt anlagte søksmål» i den retning førstvoterende synes å mene.

Kan Nei til EUs søksmål fremmes?

Innledning

- (253) Et avgjørende spørsmål for om Nei til EUs søksmål kan fremmes, vil etter mitt syn være om det foreligger et konkret vedtak i forholdet mellom bestemte rettssubjekter i sakskomplekset her, slik at vilkårene for å få kravet prøvd for domstolene etter Grunnloven § 89 sammenholdt med tvisteloven § 1-3 og § 1-4 er oppfylt.
- (254) Slik jeg ser det, knytter det seg en rekke prosessuelle spørsmål til påstanden som Nei til EU har nedlagt. Men ut fra det resultat som jeg er kommet til, lar jeg dette ligge.
- (255) I likhet med førstvoterende ser også jeg det slik at Nei til EU i realiteten krever at det avsies dom som avklarer om Stortinget brøt Grunnloven da det med alminnelig flertall ga sitt samtykke til EUs tredje energimarkedspakke i medhold av Grunnloven § 26 andre ledd. Jeg kan imidlertid ikke se at det er tilstrekkelig til at Nei til EUs søksmål kan fremmes.

Gjenstanden for prøving ved konkret kontroll

- (256) Førstvoterende har i sitt votum gjort rede for at det er to elementer ved EUs tredje energimarkedspakke som kan reise spørsmål om det var tilstrekkelig at Stortinget ga sitt samtykke etter Grunnloven § 26 andre ledd. Det ene gjelder ESAs kompetanse til å treffe nærmere bestemte vedtak, mens det andre gjelder ESAs kompetanse til å treffe vedtak mot norske energiselskaper om utlevering av informasjon. Jeg viser til hans gjennomgang av dette.
- (257) Partene er enige om at de eneste relevante aktørene som de nevnte vedtakene kan rette seg mot, i siste omgang vil være aktører i det norske kraftforsyningsmarkedet – først og fremst Statnett. Statnett bygger, eier og driver det sentrale strømmettet i Norge. Det er i skranken opplyst at det til dags dato ikke er truffet noen slike vedtak mot norske aktører.
- (258) Jeg forstår Nei til EU slik at organisasjonen mener *Stortingets vedtak om samtykke* til norsk tilslutning til EUs tredje energimarkedspakke i seg selv er et konkret vedtak som kan gjøres til gjenstand for grunnlovsprøving gjennom det søksmålet som er anlagt. Det er jeg ikke enig i. Selv om organisasjonen mener at Stortinget ikke har kompetanse til å treffe vedtak om samtykke til tilslutning til EUs tredje energimarkedspakke etter Grunnloven § 26 andre ledd, er uenigheten med departementet om stortingsvedtakets grunnlovsmessighet ingen slik konkret rettstvist som reglene i tvisteloven sammenholdt med Grunnloven § 89 åpner for prøving av.
- (259) Situasjonen i vår sak er at det ikke er truffet noe vedtak etter den myndighet som er overført etter EUs tredje energimarkedspakke, og det er etter det som er opplyst, heller ikke varslet at noen form for vedtak vil komme. Fremmes det søksmålet som er reist, vil

domstolene dermed måtte foreta en abstrakt forhåndskontroll av grunnlovsmessigheten av et fremtidig vedtak med ukjent innhold mot relevante norske aktører. Med mitt syn på grunnlovsnormen åpner ikke norsk statsrett for det. Det som eventuelt vil kunne være gjenstand for et senere søksmål, er gyldigheten *av et vedtak rettet mot Statnett eller en annen aktør*. I et slikt søksmål vil det kunne prøves om grunnlaget for vedtaket springer ut av et regelverk som er etablert i samsvar med Grunnlovens regler, herunder § 26 andre ledd og § 115.

(260) Det er ikke grunn for meg til å gå inn på om Nei til EU med grunnlag i tvisteloven § 1-4 på et senere tidspunkt vil kunne reise søksmål om grunnlovsmessigheten av et senere vedtak fra RME. Det er imidlertid på det rene at en aktør som har rettslig interesse i å få prøvd vedtak truffet på grunnlag av EUs tredje energimarkedspakke, eller en organisasjon som representerer berørte interesser, vil kunne gjøre det. Hvorvidt også andre – slik som forbrukere og næringsdrivende – kan anlegge søksmål for å få et slikt vedtak prøvd fordi det eksempelvis fører til ny prisdannelse som berører deres rettsstilling, er det ikke nødvendig for meg å ta stilling til.

(261) Det avgjørende for førstvoterende er, slik jeg forstår ham, at det i saken her foreligger et særlig behov for å få prøvd det prinsipielle rettslige spørsmålet i den form det reist. Lagmannsretten så helt annerledes på dette og uttalte:

«Avgjørende for lagmannsrettens syn om at det spørsmålet Nei til EU ønsker prøvd ikke er et spørsmål av grunnleggende betydning for befolkningen i alminnelighet i relasjon til prøvingsretten, er for det første at myndighetsoverføringen som [EUs tredje energimarkedspakke] innebærer, gjelder utøvende og ikke lovgivende makt og er i tillegg av begrenset karakter. Videre vil eventuelle vedtak truffet av ESA eller RME bare berøre et begrenset antall aktører i energisektoren, i første rekke Statnett. Vedtakene vil ikke være rettet mot enkeltborgere.»

(262) Jeg ser dette på samme måte som lagmannsretten. Behovet for rettslig prøving vil være tilstrekkelig ivarettatt ved den adgangen aktører på dette området har til å reise søksmål knyttet til avgjørelser som berører deres rettsstilling. At saken er rettslig og politisk omstridt, kan ikke være avgjørende for adgangen til domstolsprøving.

(263) Avslutningsvis nevnes at jeg oppfatter førstvoterende slik at han for sitt resultat har sett hen til Tvistemålsutvalgets diskusjon av den danske Maastricht-saken, og at departementet synes å ha forutsatt at et søksmål som i den saken skal kunne fremmes. Maastricht-saken gjaldt spørsmålet om Danmarks tilslutning til traktaten om Den europeiske union var grunnlovsstridig. Den gjaldt dermed spørsmål av en helt annen og mer vidtrekkende karakter enn det er tale om i saken her.

(264) Et tilsvarende søksmål om Danmarks tilslutning til Schengenkonvensjonen ble av Danmarks Højesteret derimot ikke tillatt fremmet, se UfR 2001 side 2065. I rettens bemerkninger heter det på side 2076 blant annet at

«... reglerne i Schengen-konventionen ikke indebærer overførsel af myndighedsbeføjelser inden for en række almene og væsentlige livsområder og ikke i sig selv er af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed. Appellanterne har således ikke som følge heraf en væsentlig interesse i at få prøvet deres påstande om, at tiltrædelsesloven er i strid med grundloven».

- (265) Jeg er enig med førstvoterende i at de danske kriteriene for søksmålsadgang ikke kan være avgjørende for innholdet i norsk rett. Det er samtidig verdt å merke seg at de kriteriene førstvoterende bygger på for så vidt gjelder domstolenes adgang etter norsk rett til å prøve grunnlovsmessigheten av Stortingets samtykkevedtak, legger terskelen lavere enn hva Danmarks Højesteret etter dansk rett la til grunn i Schengen-saken.

Konklusjon

- (266) Nei til EUs søksmål om prøving av grunnlovsmessigheten av Stortingets vedtak om samtykke til innlemming av EUs tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen kan ut fra min gjennomgang av Grunnloven § 89 ikke fremmes for domstolene. Jeg stemmer etter dette for at anken forkastes.
- (267) Dommer **Normann:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Matheson.
- (268) Dommer **Noer:** Likeså.
- (269) Dommer **Bergh:** Likeså.
- (270) Dommer **Thyness:** Likeså.
- (271) Dommer **Skoghøy:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Kallerud.
- (272) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (273) Dommer **Webster:** Likeså.
- (274) Dommer **Falkanger:** Likeså.
- (275) Dommer **Bull:** Likeså.
- (276) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (277) Dommer **Ringnes:** Likeså.
- (278) Dommer **Arntzen:** Likeså.
- (279) Dommer **Falch:** Likeså.
- (280) Dommer **Østensen Berglund:** Likeså.
- (281) Justitiarius **Øie:** Likeså.

(282) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Saken fremmes.
2. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler staten ved Utenriksdepartementet til Nei til EU
1 990 505 – enmillionnihundreogtittitusenfemhundreogfem – kroner innen
2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

Dokumentet er i samsvar med originalen:
Kjetil Aasen