

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Jus og politikk i Høyesteretts praksis

Hvem skal tolke Grunnloven, Høyesterett eller Stortinget?

Kandidatnummer: 770

Leveringsfrist: 25.april 2015

Antall ord: 14 653



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Oppgavens tema .....	1
1.2	Oppgavens oppbygning.....	2
<b>2</b>	<b>RETTSSTAT OG FOLKESTYRE – DEBATTER GJENNOM TIDEN</b> .....	<b>2</b>
2.1	Idéhistorisk utgangspunkt .....	2
2.2	Idégrunnlaget i Grunnloven av 1814.....	3
2.3	Debatter på 1800-tallet/Prøvingsretten i rettspraksis .....	5
2.4	Innføringen av parlamentarismen.....	7
2.5	En kjepp i demokratiets hjul.....	8
2.6	Rettsliggjøring av politikken.....	9
<b>3</b>	<b>HØYESTERETTS UTVIKLING AV PRØVINGSRETTE ETTER 1970</b> .....	<b>12</b>
3.1	Rt. 1976 s. 1 Kløfta-dommen .....	12
3.2	Rt. 1996 s. 1415 Borthen-dommen .....	15
3.3	Rt. 1997 s. 1821 Kjuus-dommen.....	16
3.4	Oppsummering .....	17
<b>4</b>	<b>JUS OG POLITIKK I HØYESTERETTSDOMMER 2005-2014</b> .....	<b>17</b>
4.1	Innledning.....	17
4.2	Økonomiske rettigheter .....	18
4.2.1	Rimelig tvil .....	18
4.2.2	Kvaliteten på Stortingets vurderinger .....	22
4.2.3	Interessemotsetninger.....	29
4.3	Sivile og politiske rettigheter .....	31
4.3.1	Rt. 2004 s. 1737 TV-Vest .....	31
4.3.2	Rt. 2010 s. 1445 Krigsforbryter-dommen.....	32
4.3.3	Oppsummering.....	33
4.4	Konklusjon .....	34
<b>5</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</b> .....	<b>35</b>
<b>6</b>	<b>BIBLIOGRAFI</b> .....	<b>36</b>
6.1	Domsregister .....	37
6.2	Stortingsforhandlinger.....	37
6.3	Andre masteroppgaver .....	38

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Tema for denne oppgaven er jus og politikk i Høyesterett. Jeg vil se på domstolenes rolle ved prøving av lovers grunnlovsmessighet i lys av Grunnlovens idégrunnlag om maktfordeling og folkesuverenitet. I Grunnloven deles makten inn i en lovgivende, utøvende og dømmende makt. Stortinget, som lovgivende makt, vedtar lovene. Domstolene forvalter dem og dømmer etter dem.

Demokrati og rettstat er to begreper som henger tett sammen, men det betyr ikke nødvendigvis det samme. En rettstat er en stat hvor myndighetenes anledning til å gripe inn overfor borgernes rettstilling bygger på lov, ikke på våpen eller makthavernes forgodtbefinnende.<sup>1</sup> Ordet demokrati betyr folkestyre.<sup>2</sup> I sin reneste form er demokrati et flertallsstyre. De fleste moderne demokratier i dag vil legge mer enn flertallsstyre i dette begrepet, som for eksempel menneskerettigheter og en rettsstat. Skal demokratiet ha legitimitet er det avhengig av en rettsstat som fungerer og som oppfattes som rettferdig.

Jeg har valgt å gjøre en nærmere vurdering av spørsmålet om hvem som har kompetanse til å tolke Grunnloven; Høyesterett eller Stortinget? I dag utspiller dette seg gjennom domstolenes prøvingsrett, og balansegangen mellom når henholdsvis Stortinget og domstolene har siste ord. Eivind Smith har skrevet i boken Høyesterett og folkestyret at ”Det er neppe noe emne enn emnet om domstolskontroll med Stortingets lover som er bedre egnet til å studere rettens ytterste grense mot politikken”.<sup>3</sup> Norge var blant de første landene utenfor USA som innførte prøvingsretten som institutt.<sup>4</sup> Prøvingsretten er ikke grunnlovsfestet, men blir i dag betraktet som konstitusjonell sedvanerett.<sup>5</sup>

Jeg vil ta utgangspunkt i en definisjon av prøvingsretten som domstolenes rett og plikt til å prøve lovers grunnlovsmessighet og forvaltningsvedtaks lovmessighet.<sup>6</sup> Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg kun se på prøvingsretten i betydningen lovers grunnlovsmessighet. Oppgaven avgrenses derfor mot både underliggende domstoler og mot internasjonale domstoler.

I etterkant av plenumsdommene Rt. 2010 s. 535 (Opplysningsvesenets fond), Rt. 2010 s.143 (Rederiskatt) og Rt. 2010 s. 1445 (Krigsforbryter) har forholdet mellom jus og politikk blitt

---

<sup>1</sup> Gisle, J. (2007). *Jusleksikon*. Oslo: Kunnskapsforlaget.

<sup>2</sup> Gisle, J. (2007). *Jusleksikon*. Oslo: Kunnskapsforlaget.

<sup>3</sup> Smith, E. (1993). *Høyesterett og folkestyret*. Oslo: Universitetsforlaget, på side 14.

<sup>4</sup> Smith, E. (2012). *Konstitusjonelt demokrati*. Bergen: Fagbokforlaget, på side 78 og 314.

<sup>5</sup> Nytt grunnlovsforslag om å innta prøvingsretten i Grunnloven som en ny §114. Forslaget er utsatt.

<sup>6</sup> Gisle, J. (2007). *Jusleksikon*. Oslo: Kunnskapsforlaget.

stadig mer aktualisert. Det samme er spørsmålet om hvorvidt Grunnloven kun er ment som en veileder for våre folkevalgte i deres utforming av lover eller fungerer som en rettslig skranke for Stortingets lovgivningsmyndighet. Høyesterett har avsagt flere dommer om politiske stridsspørsmål og deres konklusjoner har blitt debattert og diskutert i det offentlige rom. Debatten om rettsliggjøring av politikken og en økende grad av internasjonalisering har ført til at forholdet mellom rett og politikk igjen er i fokus.

2014 var året for Grunnlovens 200 års jubileum og i 2015 feirer Høyesterett 200 år. I disse tider er det derfor aktuelt å trekke frem forholdet mellom jus og politikk i Høyesterett. Det er et spørsmål om hvorvidt Grunnloven kun er ment som en veileder for våre folkevalgte i deres utforming av lover eller fungerer som en rettslig skranke for Stortingets lovgivningsmyndighet.

## **1.2 Oppgavens oppbygning**

Oppgaven er delt inn i tre deler. Første delen har et rettshistorisk perspektiv og beskriver Grunnloven slik den ble utformet med tanke på maktfordelingsprinsippet og folkesuverenitetsprinsippet i 1814. Deretter vil jeg gjennomgå ulike syn på forholdet mellom disse to prinsippene og hvordan dette har preget utviklingen av synet på domstolenes prøvingsrett.

I den andre delen vil jeg beskrive hvordan Kløfta-dommen i 1976 representerte et skifte i Høyesteretts anvendelse av prøvingsretten og peke på viktige trekk i utviklingen av denne frem til 2005. Her kommer jeg også inn på prøvingsintensiteten i domstolskontrollen.

Til slutt, i den tredje delen, vil jeg analysere relevante høyesterettsdommer fra 2005 til 2014 og drøfte hvordan Høyesterett forholder seg til balansegangen mellom maktfordelingsprinsippet og folkesuverenitetsprinsippet i denne perioden. Denne delen blir dermed en vurdering Høyesteretts vektlegging av Stortingets syn ved domstolskontroll av lovers grunnlovmessighet. Min analyse av Høyesteretts vektlegging i dommene vil synliggjøre hvordan Høyesterett forholder seg til denne balansegangen.

Jeg vil bruke dommer som både gjelder prøving av lovers grunnlovmessighet og inneholder relevante vurderinger for utviklingen av synet på Stortingets vurderinger.

## **2 Rettsstat og folkestyre – debatter gjennom tiden**

### **2.1 Idéhistorisk utgangspunkt**

Både maktfordelingsprinsippet og folkesuverenitetsprinsippet har bidratt til å forme de fleste moderne styresett. Folkesuverenitetsprinsippet går ut på at all legitim statsmakt stammer fra folket. Det er blitt tolket slik at utøvelse av statlig myndighet skjer med utgangspunkt i en folkevalgt forsamling. Det var kontraktsteoretikerne Hobbes, Locke og Rousseau som tidlig

beskrev en samfunnskontrakt hvor makten utgår fra folket. Folkesuverenitetsprinsippet har vært sentral i utformingen av blant annet den franske og den amerikanske grunnloven.<sup>7</sup>

Teorien om maktfordelingsprinsippet er først og fremst knyttet til den franske filosofen Montesquieu (1689-1755). En viktig problemstilling for tenkere på 1700-tallet var hvordan man skulle hindre maktmisbruk. Montesquieu mente at den som har makt er tilbøyelig til å misbruke den. I sin bok "Lovenes Ånd" (1748) lanserte han en løsning hvor makt stanser makt. Det er det vi i dag kjenner som maktfordelingsprinsippet. Makten skulle deles mellom en lovgivende, utøvende og dømmende makt. Politisk frihet er styrende for Montesquieus tankegang. De tre statsmaktene skal være uavhengige av hverandre og de skal balansere hverandre slik at hver institusjon fungerer som en motmakt mot de to andre.<sup>8</sup>

## 2.2 Idégrunnet i Grunnloven av 1814

Jeg vil i dette avsnittet beskrive hvilket idégrunnet som lå til grunn for Grunnloven av 1814 og hvordan maktforholdet mellom domstolene og lovgivende forsamling var tenkt, særlig med tanke på prøvingsretten.

Da Grunnloven ble vedtatt i 1814 var den sterkt inspirert av både den amerikanske og den franske revolusjonen. Tanken om folkesuverenitet var sentral i Grunnloven og velgerne spilte en viktig rolle. Dette ser vi uttrykt i § 49 ved at "folket" utøver den lovgivende makt ved "Stortinget".

Folkesuverenitetsprinsippet var ikke det eneste prinsippet som var sentralt. Montesquieus ideer om maktfordelingsprinsippet inspirerte datidens nye konstitusjoner, også den norske. Det blir tydelig når vi ser hvordan grunnloven er delt inn. Del B er "den utøvende Magt, Kongen og den kongelige Familie", del C "Om Borgerret og den lovgivende Magt", og del D "Om den dømmende Magt".<sup>9</sup>

Det står lite om hva som ligger hos den dømmende makt i Grunnloven fra 1814. Det er i hovedsak riksretten som er viet størst plass. Vi har likevel §88, "Høiesterett dømmer i sidste Instans. Den maa ikke bestaae af færre end Justitarius og sex Tilforordnede." I Danmark-Norge var det på den tiden kongen som dømte i siste instans. Etter flere år med dansk-norsk statssystem hvor det tradisjonelt var kongens domsrett som utøvdes, har vi her fått en bestemmelse om at Høyesterett dømmer i eget navn.<sup>10</sup> Det at domstolene får sin egen del i

---

<sup>7</sup> Malnes, R., & Midgaard, K. (2009). *Politisk tekning*. Oslo: Universitetsforlaget.

<sup>8</sup> Malnes, R., & Midgaard, K. (2009). *Politisk tekning*. Oslo: Universitetsforlaget.

<sup>9</sup> Novembergrunnloven 1814

<sup>10</sup> Smith, E. (1993). *Høyesterett og folkestyret*. Oslo: Universitetsforlaget, på s. 52-53

Grunnloven og at Høyesterett dømmer i eget navn tilsier at Eidsvollsmennene tiltenkte domstolene en mer uavhengig rolle enn hva som var vanlig på den tiden.

Eidsvollsmennene vedtok også en rekke grunnsetninger som retningslinjer for arbeidet med den nye konstitusjonen. Grunnsetning nr 6 som sier noe om forholdene mellom de tre instansene, ”Den dømmende Magt bør være særskilt fra den lovgivende og udøvende”.<sup>11</sup> Også denne setningen bygger opp under tankene til Montesquieu og maktfordelingsprinsippet, og den tillegger domstolene en tydelig selvstendig stilling.

Selv om Grunnloven, og arbeidene rundt Grunnloven, kan tyde på at domstolene var tiltenkt en mer selvstendig stilling enn de hadde i datidens samfunn, så er det ingen bestemmelser om at domstolene kan sette loven til side. Det er heller ingen bestemmelser som sier det motsatte. Dermed er det i utgangspunktet åpent hvem Eidsvollsmennene mente skulle tolke Grunnloven.

For å gå nærmere inn i problemstillingen kan vi lese utkastet fra Adler-Falsen. I § 148 ”Dommerne kunne verken opholde eller forhindre Exsecutionen av nogen hvilken som helst Lov:de kunne ikke fordre nogen exsecutiv Retsbetjent for deres Domstol”.<sup>12</sup> Forslaget ble ikke tatt med i Grunnlovens endelige bestemmelser. Rune Slagstad refererer til tre konkurrerende tolkninger som følge av dette. 1) Forslaget er representativt for grunnlovsfedrenes tenkning og inngår så å si som grunnlovens forarbeider 2) forslaget falt, og grunnlovens taushet på dette punkt betyr at den åpner for prøvingsretten eller 3) grunnlovsfedrene var usikre eller anså ikke spørsmålet som så viktig at det var påkrevet med en bestemmelse om dette.<sup>13</sup> De to første tolkningene åpner for vidt forskjellige konklusjoner, mens den siste setter spørsmålet åpent. Etter mitt syn er tolkning nummer tre den mest sannsynlige. Det var lite diskusjon om forholdet til domstolene i årene etter 1814, og Eidsvollsmennene var mer opptatt av forholdet mellom utøvende og lovgivende makt. Etter å ha vært underlagt en annen nasjon i lengre tid var det ikke unaturlig at fokuset var på den folkevalgte forsamlings rolle og dens forhold til utøvende myndighet.

De store diskusjoner i tiden rett etter 1814 handlet, som nettopp nevnt, i hovedsak om forholdet mellom Stortinget og Regjering/kongen. Debatten om domstolenes rolle kom ikke ordentlig opp i offentligheten før nærmere midten av 1800-tallet. Tanken om at noen skulle kunne overprøve Stortinget stod mest sannsynlig fjernt for mange av grunnlovsfedrene. Det er lite som tyder på at Falsen selv så for seg at domstolene skulle ha en slik stilling. Han så for seg

---

<sup>11</sup> Smith, E. (1993). *Høyesterett og folkestyret*. Oslo: Universitetsforlaget, på side 52

<sup>12</sup> Smith, E. (1993). *Høyesterett og folkestyret*. Oslo: Universitetsforlaget, på side 54

<sup>13</sup> Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, side 341

”den konstitusjonelle trekant” med storting, regjering og konge med en styrket regjeringsmakt.<sup>14</sup> I et slik system er det også skranker for Stortingets lovgivningsmyndighet, men her ligger den hos kongen. At domstolene skulle ha noen utpreget maktposisjon var på den tiden en unaturlig tanke da de fleste så til kongen for rettslige avgjørelser. Dommere og jurister var embetsmenn og således kongens menn.

Falsens motstykke, jurist Henrik Steenbuch<sup>15</sup>, var av de som ønsket å styrke Stortinget som maktsenter. Men Steenbuch mente også at det måtte finnes en grense for Stortingets makt og denne grensen mente han domstolene var de rette til å vokte. ”Ingen (...) kan være pliktig at efterleve en Storthingslov forsaavidt den skulde stride mod Grundloven, hvilket Spørgsmaal Domstolene med fuld juridisk Virkning maatte kunde afgjøre.”<sup>16</sup> Stortinget lovgivningsmyndighet var, i følge Steenbuch, ikke ubegrenset, de måtte holde seg innenfor de begrensninger som Grunnloven oppsatte og det var domstolenes oppgave å sørge for at så skjedde.

Ifølge Slagstad stod Steenbuch på den radikale patriotiske fløy og argumenterte ut fra ”en kantiansk naturrettslære som forente demokratisk folkesuverenitet med liberal konstitusjonalisme.”<sup>17</sup> Han ville kanalisere mest makt til Stortinget, det politiske systemets tyngdepunkt. Men det fantes en grense og den mente Steenbuch skulle voktes av Høyesterett. Steenbuch argumenterer her på samme måte som Chief Justice Marshalls begrunnelse i *Marbury vs Madison*, fra amerikansk Høyesterett. Ved konflikt mellom lov og grunnlov skal overordnet lov ha forrang og det tilligger i siste instans den øverste domstol å avgjøre spørsmålet.<sup>18</sup>

### **2.3 Debatter på 1800-tallet/Prøvingsretten i rettspraksis**

I en høyesterettsdom i 1866 ser vi det første eksemplet på en eksplisitt formulering av prøvingsretten som institutt fra Høyesterett.<sup>19</sup> Dette skjer gjennom høyesterettsjustitiarius P.C Lassons votum. Her uttaler han at når Høyesterett står overfor et valg om å dømme etter Grunnloven eller en ”privat lov” så må Høyesterett dømme etter Grunnloven.<sup>20</sup> Lasson bruker her samme argumentasjon som Steenbuch, ved motstrid skal Grunnloven ha forrang og det er domstolene som skal vurdere dette i siste instans.

---

<sup>14</sup> Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, side 341

<sup>15</sup> Steenbuch var ikke tilstede på Eidsvoll, men kommenterer Grunnloven i sin bok ”Bemærkninger over Norges Grundlov af 4de november 1814” (1815). Referert i Slagstad (89).

<sup>16</sup> H.Steenbuch (1824) Om Kongens veto, s. 5

<sup>17</sup> Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, på side 341

<sup>18</sup> Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, side 341

<sup>19</sup> Smith, E. (2012). *Konstitusjonelt demokrati*. Bergen: Fagbokforlaget, på side 316

<sup>20</sup> Smith, E. (2012). *Konstitusjonelt demokrati*. Bergen: Fagbokforlaget, på side 311

Noen år senere gir høyesterettsjustitiarius P.C. Lasson prøvingsretten en begrunnelse som fremhevet at prøvingsretten måtte sees ”som det liberale Samfunds høieste og endelige statsborgerlie Garanti.”<sup>21</sup> For ham er det klart at domstolene i tilfelle strid må foretrekke Grunnloven, uansett om Stortinget med overlegg har vedtatt en lov som er i strid med Grunnloven.

Dommen fra 1866 fikk kritikk og høyesterettsadvokat Bernhard Dunker var en av dem som kritiserte den. Hans poeng var at domstolene mangler statsrettslig kompetanse til å sette Stortingets vedtak til side.<sup>22</sup> Dunker mente at med dette hadde Høyesterett forrådt den saken de var satt til å forsvare, som var Stortingets lover.<sup>23</sup>

I lys av de debatter som oppstod senere om hvorvidt prøvingsretten var udemokratisk eller ikke er det interessant at de tidligere tiders diskusjoner ikke så noen motsetning mellom folkesuvereniteten og domstolenes grunnlovskontroll. Tvert imot er de mest radikale folkesuverenitetsforkjemperne tilhenger av et sterkt vern av grunnloven og denne skulle ligge hos domstolene.<sup>24</sup> Et eksempel på det er P.K Gaarder som i 1846 skriver ”Fortolkning over Grundloven” hvor han tar opp igjen de tanker som Steenbuch hadde. Hans utgangspunkt er en radikal folkesuverenitetsforestilling, men han tildeler samtidig Høyesterett rollen som Grunnlovens vokter.<sup>25</sup>

Flere argumenterte for at domstolene skulle fungere som Grunnlovens vokter og at det var viktig å sikre dem uavhengighet. Blant disse var høyesterettsadvokat Andresen og L.M.B Aubert. I en forelesning på universitetet i 1864 forsvarte Aubert prøvingsretten og argumenterte med at den dømmende makt skal verne individene og deres grunnlovsmessige rettigheter overfor de øvrige statsmakter.<sup>26</sup> Dette har tydelig element av maktfordelingsprinsippet over seg i arven etter Montesquieu. Vi ser også her at han fremhever domstolenes rolle i vern av individers eller mindretallets rettigheter mot flertallets vilkårlighet.

Argumentene for prøvingsretten handlet i stor grad om vern av individets rettigheter. Det var også mange paralleller til det amerikanske system, som ble ansett for å være samtidens mest

---

<sup>21</sup> Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, side 343

<sup>22</sup> Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, side 340

<sup>23</sup> Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, side 337

<sup>24</sup> Høgberg peker på at en av forklaringene kan være at Høyesterett og Stortinget var mer uavhengig av den svensk-norske kongen, og at domstolskontroll (mange lover var initiert av den utøvende makt) var et uttrykk for nasjonalromantikken som preget Norge på den tiden. Høgberg, B. M. (2013). Hvordan samfunnet har påvirket tolkningen av Grunnloven §§97 og 105. I E. Holmøyvik, *Tolkningar av Grunnlova* (ss. 368-403). Oslo: Pax forlag, på side 377

<sup>25</sup> Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, 341

<sup>26</sup> Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, på side 343



demokratiske system. Men det ble også argumentert med at folkesuvereniteten stod høyt gjennom at folket ved hvert valg kunne stemme inn en forsamling som faktisk hadde anledning til å endre Grunnloven gjennom § 112<sup>27</sup>. Prøvingsrettens forkjempere forankret dermed sitt syn i folkesuverenitetsprinsippet ved at de viste til Stortingets mulighet til å endre Grunnloven.

Motstanderne på sin side argumenterte for maktdeelingen og at prøvingsretten var et vern mot politisk makt, også det parlamentariske flertalls. For dem var prøvingsretten en begrensning for folkesuvereniteten. Dunker kritiserte domstolene for å tilta seg makt de i følge Grunnloven ikke hadde og så på prøvingsretten som et forræderi mot Stortinget.<sup>28</sup>

## 2.4 Innføringen av parlamentarismen

Jeg vil her drøfte hvorvidt innføringen av parlamentarismen endret synet på prøvingsretten. Ved innføringen av parlamentarismen fikk folkesuvereniteten større gjennomslag i det norske politiske systemet. ”All makt skal samles i denne sal”, sa Johan Sverdrup i et innlegg i Stortinget i 1872. Innføringen av parlamentarismen betydde en maktforskyvning til fordel for det folkevalgte organ.

Den utløsende konfliktlinjen var forholdet mellom Stortinget og regjeringen. Men også forholdet til domstolen var gjenstand for debatt. For Venstre og for Johan Sverdrup var kampen mot prøvingsretten kampen for folkeviljen og for demokratiet. Skal en høyesterettsdom ”staa over Storthingets og Regjeringens, de suverene Statsmagters Beslutninger?” spurte Sverdrup. Det er ”paa tide at sette en Grænse for, at de anmasset sig, hva der alene tilkom de suverene Statsmagter.(...) Det kunde ikke gaa an at splitte Suvereniteten i Brudstykker, den taaler ikke Indskrenkninger, ikke den aller ringeste. Alt eller Intet, og aldrig har det bekommet Nogen vel, at settes sig op mod dens Magt.”<sup>29</sup>

Sverdrup ønsket ikke å sette noen stopper for Stortinget. De var valgt av folket og for å representere folket. Folkesuvereniteten var, ifølge Sverdrup, den ypperste form for demokrati. Sverdrup mente hans motstandere satte en grense for folkesuvereniteten. Sverdrup så det heller ikke som Grunnlovens oppgave å ivareta mindretallets rettigheter, det skulle ivaretas av det parlamentariske flertall.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Endret til § 121 i mai 2014

<sup>28</sup> Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, side 337

<sup>29</sup> Sitert i Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, side 346

<sup>30</sup> Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, side 346

Sverdrup synliggjør det som ble karakteristisk for venstresiden i årene fremover.<sup>31</sup> En absolutt avvisning maktfordeling og at makten skulle bindes og begrenses. Det var også en avvisning av den liberale tanken om retten som et vern av mindretallet mot flertallets makt.<sup>32</sup> Venstre og sosialistiske medlemmer av Stortinget fremsatte etter 1918 forslag om å avskaffe prøvingsretten.<sup>33</sup>

## 2.5 En kjepp i demokratiets hjul

På 1960-tallet foregikk det en debatt mellom blant andre Jens Arup Seip og Johs. Andenæs om prøvingsretten. Debatten handlet i stor grad om hvilke motiver som lå til grunn for innføringen av prøvingsretten og hvorfor den fikk gjennomslag. Debatten berørte således balansegangen mellom maktfordeling og folkesuverenitet.

Seip så prøvingsretten som utpreget udemokratisk fordi den overprøvet ”folkevilje” i Stortinget. Det var en udemokratisk skanse for den juridiske elite overfor det ekspanderende parlamentariske demokratiet.<sup>34</sup> Han hentet opp igjen debatten om folkesuverenitetsprinsippet fra midten av 1800-tallet. Han skrev følgende om prøvingsretten: ”Et studium vil vise at prøvingsretten ble laget for å anvendes i det politiske spill. I sin tilblivelse og i sine første virkninger var den politisk reaksjonær og klart antiparlamentarisk av karakter. Den var en kjepp med vilje kastet inn i demokratiets hjul, en siste handling, bak stortingets rygg, av den detroniserte embedsstand.”<sup>35</sup>

Seip mente prøvingsretten som institutt ble presset frem i etterkant av innføringen av parlamentarismen i 1884. Da parlamentarismen ble innført var det flere som fryktet at maktbalansen ville forrykkes til fordel for Stortinget. Da kongens veto forsvant var det ingen mekanismer igjen som kunne sette grenser for Stortingets vedtak. Dette syn var særlig gjeldende på den politiske høyresiden og blant flere juridiske professorer på det juridiske fakultet. De fryktet flertallstyranniet og ønsket å demme opp for en makt de mente var for konsentrert i Stortinget.<sup>36</sup> Det var dette Seip kalte å stikke en kjepp i demokratiets hjul. Han mente de ønsket å innføre en begrensning på demokratiet og på den måte beskytte sine egne rettigheter. Mange

---

<sup>31</sup> Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, på side 347

<sup>32</sup> Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, på side 347

<sup>33</sup> Referert til i Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift*, side 349

<sup>34</sup> Seip, J. A. (1968). Jus og politikk: teorien om prøvingsretten, politisk tolket. I J. A. Seip, *Tanke og handling i norsk historie: artikler og avhandlinger*. Oslo: Gyldendal, på side 90

<sup>35</sup> Seip, J. A. (1968). Jus og politikk: teorien om prøvingsretten, politisk tolket. I J. A. Seip, *Tanke og handling i norsk historie: artikler og avhandlinger*. Oslo: Gyldendal.

<sup>36</sup> Holmøyvik, E. (2013). Frå revolusjon til restaurasjon. I E. Holmøyvik, *Tolkningar av Grunnlova* (ss. 307-337). Oslo: Pax forlag, på side 330

av dem som støttet prøvingsretten var embedsmenn og kunne dermed potensielt ha en del å tape.<sup>37</sup>

Johs. Andenæs svarte Seip med at prøvingsretten var et etablert institutt lenge før innføringen av parlamentarismen og at det ikke var snakk om en ”tilsnielse av grunnlovsgivning ” slik Seip hevdet.<sup>38</sup> Det handlet ifølge Andenæs om hva Høyesterett gjør når de er stilt overfor en Grunnlov som ikke sier noe om hvordan de skal forholde seg til situasjonen hvor en lov er i strid med Grunnloven. I følge Andenæs er det da et naturlig juridisk resonnement å konkludere med at Grunnlov står over lov og dømme deretter.<sup>39</sup>

Selv om debatten mellom Seip og Andenæs i hovedsak dreide seg om hvordan historien skal tolkes viser den likevel hvilke motsetninger som eksisterte mellom de som forsvarte prøvingsretten og motstanderne. Argumentene om at prøvingsretten er udemokratisk og uparlamentarisk er de samme som på 1800 tallet. ”Kjeppen” var et hinder for demokratisk utvikling og det satte en begrensning på folkestyret. Det samme gjelder forsvarernes syn på domstolenes stilling i det politiske system, som Grunnlovens vokter.

Etter en gjennomgang av debatter om prøvingsretten i et historisk perspektiv er det relevant å vise hvordan debatten om prøvingsretten utfolder seg i et moderne perspektiv gjennom diskusjonen om rettsliggjøring av politikken.

## 2.6 Rettsliggjøring av politikken

Rettsliggjøring av politikken handler om hvorvidt makt skyves fra politiske organer til rettslige organer. Jeg vil her drøfte hvilke problemstillinger som dukker opp i denne debatten om synet på domstolenes rolle som kontrollorgan og prøvingsretten som institutt.

I makt- og demokratiutredningen fra 1998-2003 peker forfatterne på flere tendenser i samfunnet som de mener fører til rettsliggjøring av politikken og dermed en forvitring av demokratiet.<sup>40</sup> Utredningen satte i gang en ny debatt om forholdet mellom rett og politikk. Når flere detaljer i samfunnslivet og større områder reguleres av lover og direktiver betyr det at politikens handlingsrom innsnevres i takt med at lovgivningen bygges ut. Når lovverket bygges ut krever det også mer juridisk ekspertise og rettslig konfliktløsning, og makten forskyves fra

---

<sup>37</sup> Seip, J. A. (1965). Den norske høyesterett som politisk organ. *Lov og rett*.

<sup>38</sup> Andenæs, J. (1965). Høyesterett som politisk organ. *Lov og rett*, ss. 22-43

<sup>39</sup> Andenæs, J. (1965). Høyesterett som politisk organ. *Lov og rett*, ss. 22-43, på side 30

<sup>40</sup> Østerud, Ø., Engelstad, F., & Selle, P. (2004). *Makten og demokratiet*. Oslo: Gyldendal.

politiske organer, som Stortinget, til domstolene. Domstolenes makt øker i takt med at de folkevalgte organers makt minker.<sup>41</sup>

Det er ikke bare en utbygging av norsk lovgivning som har satt fart i denne debatten, også en økende grad av internasjonalisering og implementering av internasjonal rett har bidratt til dette. Dette blir påpekt i maktutredningen. Denne utviklingen er interessant, men som nevnt tidligere vil jeg av hensyn til oppgavens omfang forholde meg til nasjonale forhold.

Forfatterne av maktutredningen mener rettsliggjøringen fører til en politisering av sammensetning av domstolen i tråd med dens politiske rolle, og at de folkevalgte ser til domstolene når de skal utforme politikk. De forutser gangen i domstolene og legger dette til grunn for sin lovgivning. Forfatterne mener dette er noe som skjer i alle systemer hvor domstolene kan prøve lovers grunnlovsmessighet.<sup>42</sup> Politiske stridsspørsmål blir konstitusjonalisert og domstolene får en økt maktposisjon overfor det politiske flertallet. Forfatterne mener vi foreløpig ikke er i denne situasjonen i Norge, men med den rettighetsutviklingen vi har i dag kan vi komme dit. Utviklingen mot et mer rettighetsbasert samfunn har ført til at jurister og domstoler får større betydning på bekostning av de folkevalgte organer. Domstolenes betydning øker, men kommer samtidig i et mer nærgående politisk søkelys. Interessekamp, som er politikken arena, blir erstattet med rettskrav, som er domstolenes arena. Det har foregått en rettsliggjøring av politikken og en politisering av retten, mener forfatterne.

Maktutredningens konklusjoner møtte kritikk. I artikkelsamlingen *Makt og rett: Om Makt- og Demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring* utfordrer flere forfattere konklusjonene i utredningen.<sup>43</sup> Alf Petter Høgberg kritiserer maktutredningens slutning om at et mer rettighetsbasert samfunn fører til mer makt til domstolene. Ifølge Høgberg vil en stadig mer detaljert lovgivning også føre til at domstolene får mindre handlingsrom i det de i mindre grad kan utøve skjønn ved avgjørelser.<sup>44</sup> Det er lovgiverne som ved mer detaljering av lovgivning får økt makt. Kinander skriver i sin artikkel *Makt, rett og politikk* at han mener maktutredningen har en skjev eller manglende forståelse av rettens forhold til både politikken og samfunnet.<sup>45</sup> Han kritiserer maktutredningen for å utelukkende se til Stortinget for den ”den eneste tenkelige måten et samfunn kan evaluere

---

<sup>41</sup> Østerud, Ø., Engelstad, F., & Selle, P. (2004). *Makten og demokratiet*. Oslo: Gyldendal, på side 116

<sup>42</sup> Østerud, Ø., Engelstad, F., & Selle, P. (2004). *Makten og demokratiet*. Oslo: Gyldendal, på side 117

<sup>43</sup> M. Kinander, *Makt og rett: Om makt og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*. Oslo: Universitetsforlaget.

<sup>44</sup> Høgberg, A. P. (2005). Om maktutredningens rettsliggjøringsplot som element i den store fortellingen om demokratiets forvitring. I M. Kinander, *Makt og rett* (ss. 149-167). Oslo: Universitetsforlaget, på side 161

<sup>45</sup> Kinander, M. (2005). Makt, rett og politikk. I M. Kinander, *Makt og rett: Om makt og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*. Oslo: Universitetsforlaget.

legitimiteten av sine rettslige institusjoner på".<sup>46</sup> Ifølge Kinander har vi en rettstradisjon i Norge som gir domstolene en større plass i det demokratiske systemet enn det maktutredningen synes å legge til grunn.<sup>47</sup>

### 2.6.1.1 Enkelte sammenfattende synspunkter

Synet på prøvingsretten og på maktforholdet mellom lovgivende og dømmende makt i spørsmål om grunnlovstolkning har blitt påvirket av samfunnsutviklingen. I perioder med svensk kongemakt har prøvingsretten stått sterkere fordi den har representert et norsk motstykke til en svenskstyrt regjering.<sup>48</sup> Etter innføringen av parlamentarismen stod prøvingsretten betydelig svakere og prinsippet om folkesuverenitet fikk større gjennomslagskraft.

I vår tid har debatten fått en ny dimensjon med rettsliggjøring av politikken og forholdet til internasjonale domstoler. Debatten om rettsliggjøring går rett til kjernen av forholdet mellom maktfordelingsprinsippet og folkesuverenitetsprinsippet. Forfatterne av makt- og demokratiutredningen argumenterer langs de samme linjer som de som i tidligere år argumenterte mot prøvingsretten og mente at den ville legge begrensninger på folkesuvereniteten. Den ble møtt med kritikk som beveger seg langs de linjer som tilhengerne av prøvingsretten brukte. Argumentene der er behovet for konstitusjonelle begrensninger for flertallsstyret. Det interessante med den nyere tids debatt er at det politiske landskapet har endret seg. Det er gjerne representanter for de konservative partier som er kritiske til rettsliggjøringen, mens venstresiden viser seg oftere som tilhengere. Dette kommer særlig frem i diskusjonen om grunnlovsfesting av menneskerettighetene i Stortinget i mai 2014, hvor representanter fra den politiske høyresiden hadde et mer kritisk syn til å grunnlovsfeste flere rettigheter, da særlig økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.<sup>49</sup>

Etter mitt syn har maktutredningen noen poenger, men det er ikke nødvendigvis slik at det er et resultat av at domstolene har tilegnet seg for mye makt. En økt rettighetsutvikling fører riktig nok til et mer snevert politisk handlingsrom, men det er politikerne selv som har sørget for å havne i den situasjonen. Den lovgivende myndighet har selv ansvaret for de lover den vedtar. Jeg er derfor enig med kritikerne i at domstolene har en viktig rolle i å ansvarliggjøre

---

<sup>46</sup> Kinander, M. (2005). Makt, rett og politikk. I M. Kinander, *Makt og rett: Om makt og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*. Oslo: Universitetsforlaget, på side 46

<sup>47</sup> Kinander, M. (2005). Makt, rett og politikk. I M. Kinander, *Makt og rett: Om makt og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*. Oslo: Universitetsforlaget, på side 46.

<sup>48</sup> Høgberg, B. M. (2013). Hvordan samfunnet har påvirket tolkningen av Grunnloven §§97 og 105. I E. Holmøyvik, *Tolkningar av Grunnlova* (ss. 368-403). Oslo: Pax forlag, på side 377

<sup>49</sup> Stortingsforhandlinger. (Innst. 187 S (2013–2014))

politikere for de vedtak de fatter. Stortingsflertall kan lett skifte ved valg, og politikken vil dermed endres. Men det betyr ikke at det til enhver tid sittende flertall bør kunne gjøre som de vil uten noen form for konstitusjonell begrensning.

Utfordringen er kanskje at for få jurister har engasjert seg i historieskriving og samfunnsliv. Historikere og statsvitere har tatt mye plass og da risikerer man at rettens rolle fremstilles som noe annet enn den er og som mindre viktig for vår historie og for vår samfunnsforståelse.

### **3 Høyesteretts utvikling av prøvingsretten etter 1970**

I perioden etter andre verdenskrig hadde Høyesterett en mer forsiktig omgang med grunnlovens grenser for lovgivning.<sup>50</sup> Etter krigen hadde Norge flere år med samarbeidsregjeringer og felles partiprogrammer som skulle bidra til å styrke norsk økonomi og få reist landet etter krigen. Det er nok ikke tilfeldig at det i denne perioden er en lav profil på grunnlovsprøving fra Høyesterett. Eivind Smith peker på dette i sin bok ”Høyesterett og folkestyre”. En evne og vilje fra Høyesterett til å finne konsensus, særlig i forbindelse med rettsoppjøret etter krigen, brukes som en forklaring på denne tilbakeholdenheten.<sup>51</sup>

Tilbakeholdenheten hos Høyesterett fortsatte i flere år<sup>52</sup> og det er mot denne bakgrunnen Torstein Eckhoff skriver følgende om prøvingsretten i 1975: ”Men jeg tviler på om denne myndighet noen gang mer vil bli brukt i nevneverdig utstrekning.”<sup>53</sup> Året etter kom Kløfta-dommen hvor Høyesterett benytter seg av prøvingsretten for første gang på mange år. Høyesterett setter ikke loven formelt loven til side, men sier den må tolkes i tråd med de føringer Høyesterett har gitt. Det var i realiteten en tilsidesettelse. Dommen representerte på mange måter inngangen til en ny periode for Høyesterett.

#### **3.1 Rt. 1976 s. 1 Kløfta-dommen**

I Kløfta-dommen var det spørsmål om erstatning for ekspropriasjon. Stortinget hadde vedtatt en lov, ekspropriasjonserstatningsloven, som skulle brukes for beregning av erstatning ved ekspropriasjon. Høyesterett kom her til at den erstatningen som var fastsatt i den konkrete saken ikke var forenelig med Grunnlovens § 105 om ”full Erstatning” og opphevet overkjønnet som gjaldt fastsettelse av erstatning.

---

<sup>50</sup> Smith, E. (1993). *Høyesterett og folkestyret*. Oslo: Universitetsforlaget, side 248

<sup>51</sup> Smith, E. (1993). *Høyesterett og folkestyret*. Oslo: Universitetsforlaget, side 224

<sup>52</sup> Smith, E. (1993). *Høyesterett og folkestyret*. Oslo: Universitetsforlaget. Side 224-225

<sup>53</sup> Eckhoff, T. (1975). Høyesterett som grunnlovens vokter. I T. Eckhoff, *Makt og motiv*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, side 28

I dommen kommer flertallet med uttalelser som er av stor interesse for prøvingsretten som institutt og for domstolenes forhold til lovgivende makt.

*”Det er imidlertid forskjellige oppfatninger av hvor meget det skal til for at domstolene skal sette en lov til side som grunnlovsstridig. Jeg finner ikke grunn til å uttale meg i sin alminnelighet om dette. Løsningen vil i noen grad avhenge av hvilke grunnlovsbestemmelser det er tale om. Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den andre side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmakters arbeidsområde eller innbyrdes kompetanse, mener jeg som førstvoterende i plenumssaken inntatt i Rt.1952-1089, særlig side 1098 (hvalavgiftssaken), at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.”<sup>54</sup>*

Her oppstiller førstvoterende en tredeling av grunnlovsbestemmelsene og hvor langt han mener domstolenes prøvingsrett kan gå i de ulike kategoriene. Med dette skisserer han en løsning for hvordan domstolene skal forholde seg til grensene for hva som skal til for å sette lover til side. En slik tredeling skisserer dermed en løsning for prøvingsintensiteten for domstolskontroll. Til forskjell fra spørsmålet om prøvingsrettens eksistens er dette et spørsmål om hvordan prøvingsretten skal anvendes og i hvilke tilfeller. Det er en avveining av hvordan maktfordelingen mellom de folkevalgte og domstolene skal praktiseres i saker hvor grunnlovsstriden i politiske avgjørelser kan by på tvil.<sup>55</sup> I Kløfta-dommen skisserer Høyesterett en løsning for hvordan prøvingsintensiteten, og maktfordelingen, skal løses ved å dele grunnlovsbestemmelsene i ulike kategorier for prøvingsintensitet.

Grunnloven som positiv rett står med denne tredelingen sterkest på områder som gjelder individuelle rettigheter og på de av dem som angår personlig frihet eller sikkerhet. Her skal ”Grunnlovens gjennomslagskraft være betydelig”. At vernet skal være sterkest på området som angår personlig frihet og sikkerhet henger nøye sammen med legalitetsprinsippet. Adgang til domstolene på dette området har betydning for rettsikkerheten til landets innbyggere, og det er særlig i slike tilfeller Grunnlovens funksjon som vern av mindretallets rettigheter må stå sterkt. At Høyesterett mente Stortingets syn i ”vid utstrekning” må respekteres ved saker som regulerer de øvrige statsmakters arbeidsområde eller innbyrdes kompetanse er et tegn på at de ikke anså domstolen som den beste arenaen for å avgjøre den typen spørsmål.

---

<sup>54</sup> Rt. 1976 s. 1, på side 7

<sup>55</sup> Smith, E. (1993). *Høyesterett og folkestyret*. Oslo: Universitetsforlaget, side 344

Økonomiske rettigheter kommer i en såkalt ”mellomstilling”. ”Stortingets forståelse av lovens forhold til slike grunnlovsbestemmelser må spille en betydelig rolle når domstolene skal avgjøre grunnlovsmessigheten, og domstolene må vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgiverens.”<sup>56</sup> Det er ikke helt klart hva som ligger i dette, og hvor grensen går for hvor mye vekt Stortingets syn skal tillegges i slike spørsmål annet enn at det skal tillegges ”betydelig vekt”. En slik gradering av grunnlovsvernet er ikke noe som følger av Grunnloven selv. Det er mulig Høyesterett oppstilte denne graderte inndelingen, med økonomiske rettigheter i en mellomstilling, fordi denne typen rettigheter skal veies opp mot hensynet til lovgivers behov for handlefrihet i skatte- og avgiftsspørsmål. Det kan også henge sammen med at de frihetene som her gis et sterkere vern er friheter som står høyere i hierarkiet av demokratiske verdier, som yringsfrihet, personlig frihet og sikkerhet.

Selv om det stadfestes at det ikke er tvil om domstolenes kompetanse til å sette en lov til side som grunnlovsstridig ser vi også at Høyesterett mener det skal utvises varsomhet. Der hvor ”Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med grunnloven” og ”i tilfelle hvor det foreligger rimelig tvil” skal domstolene vike tilbake.<sup>57</sup> Hvorvidt Stortingets vurderinger skal spille inn avhenger dermed både av hvilke grunnlovsbestemmelser det er snakk om og hvor åpenbart det er at Stortingets beslutning er grunnlovsstridig. Men skal prøvingsretten ha noen faktisk realitet ”må domstolene benytte den der de finner det er hevet over rimelig tvil at loven vil føre til resultater som er i strid med grunnloven”.<sup>58</sup>

I Kløfta-dommen uttaler flertallet: ”Jeg finner også grunn til å presisere at domstolene uten videre må akseptere lovgiverens politiske vurderinger. Spørsmålet kan bare være om den måte Stortinget har realisert sine intensjoner på, er forenlig med grunnloven”.<sup>59</sup> Dette bidrar til å tydeliggjøre hva som er Stortingets oppgave og hva som er domstolenes. Det er ikke domstolenes oppgave å vurdere hva som er gode eller dårlige virkemidler for å oppnå det Stortinget har satt seg som mål. De skal kun vurdere om virkemidlene er forenelige med Grunnlovens bestemmelser.

I dommen står resultatet i strid med den klart uttrykte lovgivervilje, som i dette tilfelle bygger på en vurdering av hva grunnloven § 105 kan antas å tillate. Og det er ikke bare en konflikt om lovens forståelse, men om hvilken grense Grunnloven setter for lovgivers handlefrihet.

---

<sup>56</sup> RT. 1976 s. 1, på side 7

<sup>57</sup> Rt.1976 s. 1, på side 7

<sup>58</sup> Rt. 1976 s. 1, på side 7

<sup>59</sup> Rt. 1976 s.1, på side 7



I Kløfta-dommen var Høyesterett splittet, 10-7. Et mindretall på 7, som tross alt ikke er ubetydelig, har et noen mer pragmatisk syn på domstolenes prøvingsrett. Dommer Bølviken uttaler følgende: ”Kan loven forstås på flere måter, må domstolene velge en tolkning som kan forenes med Grunnloven. Jeg ser det imidlertid slik at når lovgivere har vurdert grunnlovmessigheten, skal det meget til for at domstolene skal kunne sette sin vurdering over lovgiverens. Utgangspunktet må være at det tilligger lovgiveren selv å vurdere forholdet til grunnloven.”<sup>60</sup> Mindretallet legger mer vekt på hva Stortinget har ment om saken enn det flertallet gjør. Siste setning viser tydelig at deres utgangspunkt er at tolkning av Grunnloven er noe som bør ligge til Stortingets oppgaver. Dette er i strid med forståelsen til flertallet i dommen som, selv om de også er forsiktige, mener at prøvingsretten skal benyttes dersom det er hevet over ”rimelig tvil” om loven er i strid med Grunnloven.

Både flertallet og mindretallet er imidlertid enige om at domstolenes prøvingsrett er ubestridt. Mindretallets uttalelser kan derfor tolkes slik at dersom lovgiver selv ikke har vurdert grunnlovsmessigheten er de åpne for inngrep fra domstolene. Selv om mindretallet er betydelig fikk flertallets syn, og systematikk med tredeling, likevel gjennomslag i årene som fulgte.

### **3.2 Rt. 1996 s. 1415 Borthen-dommen**

Vi finner tredelingen igjen i en annen interessant dom fra denne perioden, nemlig Borthen-dommen, Rt. 1996 s. 1415. Denne gangen gjaldt det en økonomisk sak om pensjon. Bakgrunnen for denne saken var at Stortinget hadde endret folketrygdloven, og dette medførte at enkelte fikk redusert eller bortfall av ektefelle tillegg til alderspensjon. Spørsmålet var om dette var i strid med Grunnloven § 97, også for de som allerede var tilstått et slikt tillegg.

I Borthen-dommen understrekes domstolenes myndighet til å prøve lovers grunnlovsmessighet. Flertallet er enig i at prinsippene om tredelingen nedfelt i Kløfta-dommen er ”grunnleggende riktig”, men at den samtidig er ”relativt grov”. Dette gjelder særlig de økonomiske rettighetene, da de kan omfatte ”svært forskjellige kategorier”<sup>61</sup> Her tar Høyesterett til orde for en ytterligere nyansering av kategorien ”økonomiske rettigheter” og at vektleggingen av Stortingets vurdering kan variere alt ettersom hva slags økonomisk rettighet det er snakk om.

I Borthen-dommen kom Høyesterett til at bortfallet av ektefelle tillegg ikke kunne beskyttes av Grunnloven §97. Det var en avveining mellom hensynet til borgernes rett til økonomisk forutsigbarhet og hensynet til Stortingets behov for å kontrollere offentlig økonomi og bruk av penger på trygdesystemet.

---

<sup>60</sup> Rt. 1976 s.1, på side 23

<sup>61</sup> Rt. 1996 s. 1415 på side 1429

Det blir så vidt nevnt i dommen at Stortinget har gjort en vurdering av grunnlovsmessigheten til lovendringen. Det er likevel lite som tyder på at det har vært avgjørende i saken.

### **3.3 Rt. 1997 s. 1821 Kjuus-dommen**

Det er ikke bare i økonomiske saker Kløfta-dommens prinsipper blir referert til i disse årene. Rt. 1997 s. 1821, Kjuus-dommen, er svært interessant fordi den går til kjernen av de politiske rettighetene. Bakgrunnen for saken var at lederen av det politiske partiet Hvit Valgallianse hadde delt ut partiprogrammet som inneholdt uttalelser av rasistisk art. Han var blitt dømt for dette, og spørsmålet var om det stred i mot hans rett til å ytre seg etter Grunnloven §100.

Etter tredelingen i Kløfta-dommen er dette den kategorien hvor domstolskontrollen skal være ekstra sterk og at Stortingets syn skal tilleggs mindre betydning. Ifølge flertallet i Kjuus-dommen vil ”Domstolskontrollen (...) her være særlig sterk og eventuelle forutsetninger fra lovgiver om grunnlovsmessigheten av straffebestemmelser som innskrenker yringsfriheten, kan vanskelig tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet.”<sup>62</sup>

I Kløfta-dommen brukes ordet ”betydelig” om Grunnlovens gjennomslagskraft ovenfor andre lover i bestemmelser som går på verne av enkeltmenneskets personlig frihet eller sikkerhet. Ut i fra uttalelsen ovenfor kan de se ut som om flertallet i Kjuus-dommen her skjerper kravet til hvor mye vekt som skal legges på Stortingets syn. Kløfta-dommens ”betydelig gjennomslagskraft” betyr ikke at Grunnloven alltid vil føre til at lover settes til side eller at Stortingets syn aldri eller ”vanskelig” kan tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet.<sup>63</sup>

Det kan være flere grunner til at Høyesterett går lenger i denne saken enn i Kløfta-dommen. For det første har gått over 20 år siden den gangen og synet på menneskerettighetenes stilling i Norge har endret seg. Siden den gangen har vi fått menneskerettighetsloven, og fokuset på menneskerettighetene har blitt sterkere. Det er også en sterk trend internasjonalt. Rettsutviklingen skjer ikke i en boble, men den følger den generelle samfunnsutviklingen.

For det andre så er det ikke så unaturlig at en domstolskapt praksis endres underveis av domstolene. Det kan være behov for korrigeringer, presiseringer og endringer etter hvert som praksisen anvendes.

---

<sup>62</sup> Rt. 1997 s. 1821 på side 1831

<sup>63</sup> Skoghøy, J. E. (2011, 05). Forbud mot tilbakevirkende lovgivning. *Lov og Rett*, ss. 256-282, på side 280

### **3.4 Oppsummering**

Kløfta-dommen representerer et brudd med tidligere års restriktive holdning til prøvingsretten. Fra en periode hvor domstolene var tilbakeholdne med å prøver lovers grunnlovsmessighet har utviklingen gått i retning av økt grunnlovsprøving. Samtidig er prinsippene fra Kløfta-dommen videreført og videreutviklet av domstolene, noe vi ser av dommene i årene etter.

## **4 Jus og politikk i Høyesterettsdommer 2005-2014**

### **4.1 Innledning**

I denne delen vil jeg se på hvordan Høyesterett vurderer Stortingets syn og hvorvidt det tillegges vekt i saker etter 2005. Hensikten er å belyse balansegangen mellom maktfordeling og folkesuverenitet og hvordan den har utviklet seg de siste ti årene. Hvordan Høyesterett forholder seg til Stortingets egen tolkning av Grunnloven sier noe om forholdet mellom folkesuverenitet og maktfordeling. Jeg vil også legge vekt på de politiske debattene i Stortinget som var bakgrunnen for lovvedtakene for å belyse de problemstillingene og konfliktene som kom opp der. Dette er for å synliggjøre det politiske bakteppet og bidra til å tydeliggjøre de utfordringene Høyesterett står overfor i å finne balansegangen mellom juss og politikk, folkesuverenitet og maktfordeling. Jeg vil bruke inndelingen i Kløfta-dommen med økonomiske rettigheter og bestemmelser til vern om enkeltmennesker personlig frihet og sikkerhet som utgangspunkt. Enkelte av dommene bidrar til å belyse Høyesteretts rettsutviklingen på flere områder, og disse dommene nevnes derfor flere ganger for å illustrere ulike poenger.

Som nevnt ovenfor var Rt. 1976 s. 1 (Kløfta-dommen) et brudd med tidligere års restriktive holdning til prøvingsretten. Men det kom også der klart frem fra både flertallet og mindretallet at Stortingets syn skulle vektlegges i vurderingen. Stortingets vurderinger har etter dette blitt brukt som moment i vurderingen i flere dommer de siste årene. I 2010 kom det tre dommer, Rt. 2010 s. 143 (Rederibeskatning), Rt. 2010 s. 535 (Opplysningsvesenets fond) og Rt. 2010 s. 1445 (Krigsforbryter), hvor Høyesterett satte Stortingets syn til side som grunnlovsstridig. Det var ingen tvil om at Stortinget hadde vurdert forholdet til Grunnloven, men Høyesterett var i disse sakene ikke enige i dets konklusjon. Her setter Høyesterett sin egen tolkning av Grunnloven over Stortingets. Det er verdt å merke seg at mindretallet i både Rederiskatt-dommen og Opplysningsvesenets fond er betydelig, særlig i Rederiskatt-dommen.

I andre spørsmål har Stortingets syn veid tyngre i Høyesteretts avgjørelser. Dette gjelder for eksempel i Rt. 2004 s. 1737 (TV-Vest) hvor Høyesterett kommer til at lovgivers vurderinger her måtte tillegges stor vekt i spørsmålet om politisk reklame. Andre saker er Rt. 2007 s. 1281 (Tomtefeste I), hvor Høyesterett vektlegger Stortingets hensyn til sosiale boligformål.

## 4.2 Økonomiske rettigheter

### 4.2.1 Rimelig tvil

Høyesterett har gjentatte ganger henvist til at det må være ”hevet over rimelig tvil” at loven vil føre til resultater som er i strid med Grunnloven for at prøvingsretten kan benyttes. Jeg vil her gjennomgå Høyesterettsdommer av betydning for utviklingen av kriteriet ”rimelig tvil” og se på hvordan dette har påvirket hvordan Høyesterett vektlegger Stortingets vurderinger.

I Kløfta-dommen uttaler flertallet ”hvor det foreligger rimelig tvil, og hvor Stortinget ”klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med grunnloven”, må domstolene følge lovgivers syn. De sier også at der de finner det hevet over ”rimelig tvil” at loven vil føre til resultater som er i strid med Grunnloven må domstolen benytte seg av prøvingsretten om denne skal ha noen realitet. Med andre ord er det slik, i følge Høyesterett, at i tilfeller hvor domstolene er rimelig sikre på at det er grunnlovsstrid skal Stortingets syn vike til fordel for domstolenes egen tolkning av Grunnloven.

#### 4.2.1.1 Rt. 2007 s. 1308 – Tomtefeste III

Bakgrunnen for denne saken var at Stortinget vedtok en ny § 37 i tomtefesteloven om verdsettelse ved innløsning av festetomt. Det rettslige spørsmålet var om dette var i strid med prinsippet i Grunnlovens § 105 om ”Full erstatning”.

Det fremgår av referatene fra debatten i Stortinget at det var uenighet mellom regjeringspartiene Høyre, Venstre og KrF og opposisjonen om formuleringen av denne. I det opprinnelig forslaget fra Regjeringen ble det fremmet et forslag om at det skulle settes en minstesum på 50 000 dersom partene ikke ble enige om innløsning etter 30 ganger årlig festeleie. Denne ble foreslått endret av Høyre og Kristelig Folkeparti kort tid før debatten til en skjønnsmessig regel om 40 prosent av tomteverdien på innløsningstidspunktet.<sup>64</sup> Arbeiderpartiet støttet dette subsidiært.<sup>65</sup> Dette var begrunnet med at det skulle sikre bortfester en rimelig innløsningssum i tilfeller hvor 30 ganger regelen ville gitt en uforholdsmessig lav innløsningssum.

Fremskrittspartiet og Senterpartiet argumenterte mot den nye § 37 og mente at den var i strid med eiendomsretten i Grunnloven § 105. Senterpartiet argumenterte med at ”Dette er en massiv overføring av eiendomsrett fra en part til en annen part, til en pris som er langt under det Grunnloven § 105 tilsier.”<sup>66</sup> Fremskrittspartiet gikk i mot at innløsningen skulle settes til noe annet enn det som fremgikk av avtalen og fremmet i debatten et forslag om en betenkning fra

---

<sup>64</sup> Rt. 2007 s. 1308, i avsnitt 50

<sup>65</sup> Stortingsforhandlinger. Innst. O. Nr. 105 (2003-2004) på side 629

<sup>66</sup> Stortingsforhandlinger. Innst. O. Nr. 105 (2003-2004) på side 638

Høyesterett med en vurdering av en potensiell grunnlovsstrid.<sup>67</sup> De to partiene var kritiske til ny formulering av § 37 med begrunnelsen at det gikk for hardt utover eiendomsretten og at forslagene til verdsettelse for innløsning av festetomt gikk for hardt utover bortfester.

Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti argumenterte på sin side for en sterkere posisjon for tomtefester. Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti fremmet forslag om at innløsningen skulle settes til 25 ganger årlig festeleie og at den skulle være prisjustert.<sup>68</sup>

Det fremgår av debatten at det var stor uenighet mellom partiene om hvordan dette skulle løses. Det nye forslaget fra Høyre og Kristelig Folkeparti fikk likevel flertall, og det med tanke på at det ble fremmet kort tid før debatten og at Arbeiderpartiet støtter det subsidiært er det tydelig at det har vært gjenstand for politiske forhandlinger. Flertallet på Stortinget tolket § 37 til å være i overensstemmelse med Grunnloven §105.

I Rt. 2007 s 1308, heretter Tomtefeste III, er det nettopp § 37 som var gjenstand for tvisten. Tomtefester fremmet krav om innløsning av tomten etter ny § 37, som sa at prisen skulle settes til 40 prosent av tomteverdien på innløsningstiden. Spørsmålet var om dette er i strid med ”full erstatning” etter Grunnloven § 105. Høyesterett referer her til Kløfta-dommens ”hevet over rimelig tvil” og fant at det her var ”utvilsomt at anvendelsen av 40 prosentregelen i denne saken vil være i strid med Grunnloven (...)”.<sup>69</sup> På bakgrunn av dette mente Høyesterett at Stortingets vurdering, som var at tomtefesteloven § 37 ikke var i strid med Grunnloven, måtte ha begrenset vekt. Selv om Stortinget her hadde vurdert og bygget på at bestemmelsen ikke var grunnlovsstridig, satte Høyesteretts sin tolkning av Grunnloven over Stortingets.

I dette tilfelle var det snakk om en lov som hadde vært gjenstand for politiske forhandlinger og det endelige resultatet var kommet i stand på bakgrunn av kompromisser. Uten disse kompromissene er det lite sannsynlig at bestemmelsen ville fått flertall. Behovet for å sikre flertall og dermed også en faktisk endring i bestemmelsen var begrunnelsen for at Arbeiderpartiet støttet forslaget subsidiært. Det er flere ganger gjentatt i debatten at representantene forstår tomtefesteloven §37 slik at den ikke er i strid med Grunnloven § 105. Når et slikt kompromiss så klart settes til side av Høyesterett sier det noe om hvordan de vektlegger politiske beslutninger. Det parlamentariske flertall har her lite å si, selv med et bredt flertall som kom til på bakgrunn av politiske kompromisser.

---

<sup>67</sup> Stortingsforhandlinger. Innst. O. Nr. 105 (2003-2004) på side 651

<sup>68</sup> Stortingsforhandlinger. Innst. O. Nr. 105 (2003-2004) på side 654

<sup>69</sup> Rt. 2007 s. 1308 avsnitt 61

#### **4.2.1.2 Rt. 2010 s. 535 Opplysningsvesenets fond**

I Rt. 2010 s. 535, Opplysningsvesenets fond, refereres det også til Kløfta-dommen og kriteriet ”hevet over rimelig tvil”. Bakgrunnen her var at Regjeringen hadde instruert Opplysningsvesenets fond om å innløse tomter til lavere pris enn etter tomtefesteloven. Spørsmålet var om dette var i strid med Grunnloven § 106<sup>70</sup>.

Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet fikk flertall etter stortingsvalget 2005 og fremforhandlet dokumentet ”Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005-09” (Soria Moria-erklæringen). I denne erklæringen står det om tomtefeste og at Regjeringen ville instruere statlig styrte fond og statlige eiendommer til å innrømme innløsningsrett annet hvert år til 30 ganger konsumprisregulert opprinnelig leie. De som ikke ønsket innløsning, skulle tilbys videre leie regulert med konsumprisindeks.<sup>71</sup> Dette ble nedfelt i instruksjonen.

I november 2008 ble følgende endringer i fondsloven, lov av 7.juni 1996, vedtatt: ”Eigedommane og kapitalen til fondet kan ikkje gjevast bort eller brukast opp” og ”For festetomter under fondet som er bestemte til bustadhus, kan Kongen, utan hinder av første ledd, i instruks fastsetje særskilde føresegner om innløysing og festeavgift.” Et stort mindretall i Stortinget var kritiske til endringen og partiene Fremskrittspartiet, Høyre, Venstre og Kristelig Folkeparti stemte mot. Hovedargumentene var at den stred mot Grunnloven § 106.<sup>72</sup>

I Opplysningsvesenets fond - dommen tok Høyesterett utgangspunkt i at Stortinget klart har vurdert og bygget på at forskriften ikke kommer i strid med Grunnloven. Når dette var tilfellet mente Høyesterett at ”domstolene i tvilstilfelle må følge lovgivers syn.”<sup>73</sup> Flertallet i Høyesterett mente det ikke forelå kvalifisert tvil og at instruksjonen dermed var i strid med Grunnloven.

#### **4.2.1.3 Rt. 2013 s. 1345 Strukturvote-dommen**

Etter Regjeringsskiftet høsten 2005 kunngjorde den nye Regjeringen bestående av Arbeiderpartiet, Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti at ordningen med strukturvoter skulle gjennomgå.<sup>74</sup> De samme partier hadde uttrykt misnøye med tidligere ordninger under et annet flertall på Stortinget. Regjeringen la frem Stortingsmelding nr. 21 (2006-2007) – Strukturvotemeldingen hvor det blant annet ble foreslått at det skulle settes en tidsbegrensning på allerede tildelte strukturvoter. Mindretallet, bestående av Fremskrittspartiet, Høyre, Kristelig Fol-

---

<sup>70</sup> Endret til § 116 i 2014

<sup>71</sup> Rt. 2010 s. 535 avsnitt 5

<sup>72</sup> Stortingsforhandlinger. Innst. O. Nr 79 (2007-2008) på side 11

<sup>73</sup> Rt. 2010 s 535 avsnitt 148

<sup>74</sup> Rt. 2013 s. 1345 avsnitt 26

kepart og Venstre stemte mot dette og foreslo følgende: ”Stortinget bed Regjeringa ikkje innføre tilbakeverkande kraft på lengda på allereie strukturerte kvotar.”<sup>75</sup> Mindretallet tapte voteringen 50 mot 56 stemmer.

I saken for Høyesterett var spørsmålet om endringen er i strid med Grunnloven §97. Vi ser de samme formuleringene i Rt. 2013 s. 1345, Strukturkvote-dommen. ”Jeg har ikke vært i tvil om resultatet og har derfor heller ikke funnet grunn til å gå inn på betydningen av Stortingets syn på grunnlovsspørsmålet.”<sup>76</sup> Høyesterett kom til at endringen ikke var i strid med Grunnloven.

#### 4.2.1.4 Oppsummering

Det kan se ut som om uttalelsene i Tomtefeste III-dommen og senere i Opplysningsvesenets fond og Strukturkvote er like. Det er mulig Høyesterett har ment at de skal være like, men det er likevel en forskjell. Premissene for Stortingets syn er noe annerledes i de to siste dommene. I Tomtefeste III-dommen kan det virke som om utgangspunktet er at Stortingets syn skal tillegges vekt, med mindre domstolene mener det er hevet over rimelig tvil at det er i strid med Grunnloven. I de to siste dommene kan de se ut som om utgangspunktet er at Stortingets syn ikke skal tillegges vekt, med mindre det er tvil om resultatet.<sup>77</sup>

I tomtefeste III ser vi også at Høyesterett skriver at Stortingets syn skal ha ”begrenset vekt” når domstolene ikke er i tvil. I de to siste blir Stortingets syn avvist med at det ikke er ”avgjørende” eller at det ikke er ”grunn til å gå inn på det” når det viser seg at Høyesterett ikke er i tvil.

Hvorvidt denne forskjellen er tilsiktet eller ikke, er usikkert. Dersom det er tilsiktet vil det i så fall bety at Høyesterett foretar en strengere vurdering av når Stortingets syn skal tillegges vekt og hvor mye vekt det i så fall er snakk om.

Uavhengig av dette er det lite som tyder på at Høyesterett i noen av de tre nevnte dommene har vektlagt Stortingets vurderinger i sin konklusjon. I både tomtefeste III-dommen og opplysningsvesenets fond konkluderer Høyesterett med at det er hevet over rimelig tvil loven/instruksen er grunnlovsstridig, på tross av at Stortinget har konkludert med det motsatte. I Strukturkvote-dommen går ikke Høyesterett inn på Stortingets syn, fordi de ikke har vært i tvil om resultatet. Det neves likevel at Høyesteretts syn her sammenfaller med Stortingets, det vil da si flertallets.

---

<sup>75</sup> Stortingsforhandlinger. Innst. S. nr. 238 (2006-2007) på side 3326

<sup>76</sup> Rt. 2013 s. 1345, i avsnitt 138

<sup>77</sup> Bie, Amund (2013) enig i slutningen.

Den politiske debatten i Stortinget er noe forskjellig i de tre sakene. I stortingsdebatten knyttet til den aktuelle bestemmelsen i tomtefesteloven forut for domsavsigelsen i Tomtefeste III-dommen er resultatet et kompromiss mellom de politiske fløyene. I stortingsdebatten Høyesterett viser til i dommen om opplysningsvesenets fond stod Regjeringspartiene mot opposisjonen. Mindretallet var klart større i denne saken enn i tomtefeste III. Spørsmålet om det eksisterer en eventuell grunnlovsstrid er mer fremtredende i Stortingets debatter i tomtefeste III og Opplysningsvesenets fond. Deler av mindretallet mente her at det var Grunnlovsstridig. Det er lite som tyder på at det har påvirket Høyesteretts behandling av sakene.

#### 4.2.2 Kvaliteten på Stortingets vurderinger

Som referert til over er det to forhold som blir trukket frem i Kløfta-dommen når det kommer til hvorvidt domstolene skal benytte seg av prøvingsretten. Det ene er at det må være ”hevet over rimelig tvil” at det er i strid med Grunnloven og det andre at Stortinget ”klar har vurdert og bygd” på at loven ikke kommer i strid med Grunnloven. Jeg vil her se på hvordan Høyesterett forholder seg til det siste forholdet og hvordan det har påvirket utviklingen i synet på Stortingets vurderinger. Hva ligger i ”klart har vurdert og bygd på”? Holder det at det har vært nevnt i debatten i Stortinget? Eller ligger det mer i det, må det vurderes mer grundig?

Det går ikke frem av Kløfta-dommen hva som måtte ligge i dette, men etter mitt syn er det mest nærliggende å anta at det ikke ligger et kvalitetskrav der. Kløfta-dommen gir ingen veiledning til en eventuell kvalitetsvurdering og det nevnes ikke annet enn at det skal ha vært vurdert og bygd på. Det er verdt å understreke at Høyesterett senere har gått lenger i å utvikle sin praksis på dette.

Stortinget er lovgivende makt og en politisk arena. Når domstolene prøver Stortingets lover mot Grunnloven er vekten av Stortingets vurderinger særlig interessant når vi skal se på hvordan domstolene forholder seg til politikk. For i et parlamentarisk styringssystem er makten mer konsentrert hos den lovgivende makt. Men i Norge har vi like fullt en Grunnlov som er lex superior. Dette er en vanskelig balansegang som Høyesterett må forholde seg til når de prøver lovers grunnlovsmessighet.

##### 4.2.2.1 Rt. 2007 s. 1281 Tomtefeste I

Den aktuelle stortingsdebatten i forkant av denne dommen er den samme som i Tomtefeste III som er referert i avsnitt 4.2.1.1. I denne saken var det spørsmål om tomtefesteloven § 33 var i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 eller kravet om ”Fuld Erstatning” i §



105. Endringer i tomtefesteloven § 33 ble vedtatt med 57 mot 16 stemmer.<sup>78</sup> Fremskrittspartiet og Senterpartiet stemte mot.

Høyesterett kom til at den nevnte bestemmelsen i tomtefesteloven ikke var i strid med noen av de to bestemmelsene i Grunnloven. Førstvoterende dommer Matningsdal kommer inn på domstolenes prøvingsrett og Stortingets vurderinger i sin redegjørelse. Der viser han til Kløfta-dommen og at førstvoterende der fremhever betydningen av at Stortinget ”klart har vurdert og bygd på” at loven ikke kommer i strid med Grunnloven. Så sier han følgende: ”Av dette utleder jeg at det må stilles et kvalitetskrav i den forstand av Stortingets standpunkt må være basert på et overveid syn, og at eventuelle misforståelser kan ha betydning for hvilken vekt Stortingets standpunkt kan tillegges.”<sup>79</sup> Her trekker han ”klart har vurdert og bygd på” ut til å bli en kvalitetsvurdering av Stortingets behandling av saken. Det er å gå mye lenger enn hva Høyesterett gjorde i Kløfta-dommen. ”Klart har vurdert og bygd på” trenger ikke være mer enn at det er vurdert som å gå klar av den aktuelle grunnlovsbestemmelsen og at dette kommer klart frem av Stortingets behandling.

Her stiller Høyesterett krav til at standpunktet skal være basert på ”et overveid syn” og at ”eventuelle misforståelser skal tillegges vekt.” Høyesterett legger her opp til at domstolene skal vurdere *hvor godt* Stortinget har behandlet spørsmålet. At eventuelle misforståelser skal tillegges vekt må her bety at domstolene kan legge mindre vekt på Stortingets vurderinger dersom de ikke tilfredsstillers kvalitetskravene.

I sin vurdering av Stortingets behandling viser førstvoterende til utdrag fra den aktuelle Ot.prop og til merknader fra justiskomiteen. Fra justiskomiteen kan vi lese følgende ”Flertallet mener at rett til forlengelse bør gis på samme vilkår som festekontrakten gir anvisning på. I vurderingen av disse forhold har flertallet lagt betydelig vekt på boligsosiale hensyn. Flertallet støtter departementets vurdering av forholdet til Grunnloven også på dette punkt og viser for øvrig til det som ovenfor er sagt om Grunnloven.”<sup>80</sup> Høyesterett konkluderer med følgende: ”Det kan vanskelig bygges på at Stortinget ikke var oppmerksom på at bortfesterne vil kunne komme dårligere ut om festerne velger forlengelse fremfor innløsning. Jeg kan kort sagt ikke se at det er svakheter ved Stortingets grunnlovsvurdering som fratrar den vekt ved den vurderingen som domstolene skal foreta.”<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> Stortingsforhandlinger. Innst. O. Nr. 105 (2003-2004) side 643

<sup>79</sup> Rt. 2007 s.1281, i avsnitt 76.

<sup>80</sup> Rt. 2007 s.1281, avsnitt 79

<sup>81</sup> Rt. 2007 s.1281, avsnitt 82

Dette er helt klart en vurdering av kvaliteten på Stortingets behandling, og Høyesterett finner at den i dette tilfelle er tilfredsstillende. Spørsmålet blir da hvor grensen går for hvor godt Stortinget må ha vurdert grunnlovsspørsmålet? Dette kommer ikke klart frem av denne dommen, men som vi skal se i senere dommer får det konsekvenser for hvor stor vekt Høyesterett tillegger Stortingets syn.

Et annet spørsmål er hva det vil si at Stortingets vurdering bygger på en misforståelse og hvem som skal avgjøre det. Det kan tenkes at Stortinget er uenig i Høyesteretts vurdering at det er en misforståelse. De har ingen mulighet til å svare for seg om dette faktisk er tilfelle. Hvis Stortinget har vurdert forholdet til Grunnloven og funnet at det ikke er i strid med bestemmelsene der så er det stor sannsynlighet for at det er det Stortinget mener. Med mindre Høyesterett peker på konsekvenser de ikke har kunnet forutse. I det Høyesterett finner at Stortinget har misforstått grunnlovstolkningen har de i praksis satt seg over Stortingets tolkning av spørsmålet.

#### 4.2.2.2 Rt. 2007 s. 1308 Tomtefeste III

I den ovenfor nevnte saken mente Høyesterett at Stortingets vurderinger var tilfredsstillende og vurderingen ble dermed tillagt vekt. Det mente Høyesterett derimot ikke i Tomtefeste III som ble avsagt samme dag. I Tomtefeste III viser førstvoterende til kvalitetskravet i tomtefeste I og presiserer hva som ligger i det. ”Som førstvoterende i sak 2007/237 (HR-2007-1593-P) fremhever, ligger det et kvalitetskrav i Høyesteretts forutsetning for å begrense prøvesretten i tvilstilfelle – at Stortinget klart har vurdert å bygget på at loven er i samsvar med Grunnloven. Dette må etter min mening i hvert fall bety at vesentlige konsekvenser av en lov, som klart fremstår som problematisk i forhold til Grunnloven § 105, må være overskuet og grunnlovsmessigheten vurdert under lovforberedelsen. Fremgår ikke dette, kan uttalelser holdt på et generelt plan om at forholdet til Grunnloven er vurdert og funnet i orden, vanskelig tillegges avgjørende vekt av domstolene.”<sup>82</sup>

Det er et rimelig strengt krav som oppstilles av førstvoterende her sammenlignet med utgangspunktet i Kløfta-dommen. Kravet er en videre utbygging av tomtefeste I-dommen. Her er det ikke bare et krav til at forholdet til Grunnloven skal være ”overveid”, her skal konsekvensene av regelen og de problemene som eventuelt kan oppstå være kommentert. Flertallet kom i dommen frem til at dette ikke var behandlet grundig nok av Stortinget.

Hva som ligger i ”vesentlige konsekvenser” er ikke helt klart. Det er trolig ikke snakk om å øke detaljnivået, men heller å vurdere de faktiske virkningene av lovene. Det å skulle skimte

---

<sup>82</sup> Rt. 2007 s. 1308 avsnitt 42

alle konsekvenser av en lov før den har fått virke en stund er en vanskelig øvelse. På den ene siden kan det derfor virke som et urimelig strengt krav fra Høyesterett. På den andre siden er nettopp dette grunnen til at prøvingsretten har en viktig funksjon. Ofte er det slik at konsekvensene av en lov ikke blir synliggjort før den har fått virke en stund og da er det bra at de som mener seg rammet av den kan få presentert sitt syn for domstolene.

Det var imidlertid ikke det forhold at Stortingets vurdering ikke var grundig nok som var avgjørende for Høyesterett i Tomtefeste III-dommen. Det forelå ikke ”rimelig tvil” om forholdet til Grunnloven, flertallet mente det var åpenbart at det var grunnlovsstrid og det var på dette grunnlaget de konkluderte.<sup>83</sup> Det er interessant at de da bruker mye tid på å vurdere Stortingets grunnlovstolkning når den likevel ikke var relevant for konklusjonen. Det er mulig de gjør det slik nettopp fordi de mente at Stortingets vurderinger ikke var omfattende nok og ønsket å utdype dette.

Tomtefeste I-dommen og Tomtefeste III-dommen ble avsagt samtidig, de har mange likheter, men er også forskjellige. Tomtefeste III går lenger i å stille krav til Stortingets vurderinger. De havner også på motsatte konklusjoner. I begge dommene blir Stortingets vurderinger grundig drøftet. Utdrag fra merknader i justiskomiteen viser at det er hensynet til en sosial boligpolitikk som har veid tungt i begge saker. Og Stortinget var i begge sakene klar over de konsekvensene det kunne få for bortfester. I Tomtefeste I -dommen mente Høyesterett at Stortingets vurderinger var tilfredsstillende, i den andre var det ikke det. Debatten i Stortinget er den samme og det er det samme flertallet som mente endringene ikke var grunnlovsstridige. Hvorfor ble resultatet da forskjellig?

Nå var det ikke nøyaktig det samme spørsmålet som ble behandlet i de to sakene. Den ene saken reiste spørsmål knyttet til Grunnlovens § 105, den andre til § 97. I Tomtefeste III kom Høyesterett til at det er hevet over rimelig tvil at det er snakk om grunnlovsstrid, i motsetning til Tomtefeste I. Det er likevel verdt å merke seg at to dommer som er avsagt samme dag har forskjellig syn på hvor strengt de vurderer kvaliteten på Stortingets syn.

#### **4.2.2.3 Rt. 2010 s 143 Rederiskatt**

Den neste saken hvor Høyesterett tar opp kvalitetsvurderinger av Stortingets behandling er Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt). Saken dreier seg om et ligningsoppgjør etter at Stortinget hadde gjort om på den eksisterende skatteordningen for rederier.

---

<sup>83</sup> Rt. 2007 s. 1308, avsnitt 61

Dette var en omlegging fra rederiskattordningen slik den var innført i 1996. Etter 1996-ordningen var skipsfartsinntekter fritatt for skatteplikt, inntektene ble først skattelagte ved utbytte eller hvis rederlaget valgte å gå ut av 1996-ordningen. Det ble omtalt som en form for ”skattekreditt”. De rederlagene som ikke ønsket å være en del av 1996 ordningen ble skattlagt på vanlig måte. Begrunnelsen for denne ordningen for rederiene var å styrke norske rederier i konkurranse med utenlandske flåter. Noen år etter at ordningen ble innført ble det uttrykt misnøye med ordningen fra rederlagene. Det ble så satt ned et Rederiskatteutvalg som la frem en utredning NOU 2006:4. Flertallet i utredningen gikk inn for å avvikle den gjeldende rederiskattordningen og gå over til vanlig skattelegging, mindretallet ville innføre en modell for skattlegging som tilsvarer tonnasjeskattordningene i resten av Europa.<sup>84</sup>

Dette medførte en offentlig debatt om rederlagenes skatteordning, og daværende finansminister Kristin Halvorsen (Sosialistisk Venstreparti) erklærte at det var uaktuelt for Regjeringen å ettergi rederienes skattekreditter.<sup>85</sup> Samme høst foreslo Regjeringen en endring i skatte- og avgiftsopplegget for rederiene hvor det ble klart at de skulle innebete opparbeidede skatteforpliktelser. I debatten i Stortinget om dette punktet kom det frem at opposisjonspartiene Fremskrittspartiet, Høyre, Venstre og Kristelig Folkeparti stemte mot forslagene til nye skatteregler for rederiene. Forholdet til Grunnloven § 97 ble diskutert og her stilte regjeringspartiene Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet seg bak konklusjonen om at de nye reglene ikke var i strid med Grunnloven § 97.<sup>86</sup> Opposisjonen uttalte seg mer kritisk til denne konklusjonen.<sup>87</sup>

Spørsmålet som kom opp for Høyesterett var om den latente skatteplikt som nå måtte gjøres opp var i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97. Kvalitetsvurderingen av Stortingets vurdering er interessant i denne saken. Der uttaler flertallet om kvalitetskravet ”Det inneber at Stortinget må ha lagt til grunn eit relevant prøvingstema og vore merksam på vesentlege konsekvensar av ei lov. Når det av Stortinget er gjort ei prøving ut frå ei anna norm for grunnlovsprøving enn den eg meiner må nyttas, gjer det at det er vanskeleg å leggje vekt å sjølv interesseavveininga hos Stortinget”.<sup>88</sup> Dette er etter min mening å gå mye lenger enn i Tomtefeste III-dommen. Her forventet Høyesterett at Stortinget skulle legge til grunn ”eit relevant prøvingstema”, og det at de har valgt en annen norm enn den Høyesterett mener er riktig er altså avgjørende for at Stortingets syn ikke kan bli vektlagt i vurderingen.

---

<sup>84</sup> Rt. 2010 s 143, avsnitt 35

<sup>85</sup> Rt. 2010 s. 143, avsnitt 38

<sup>86</sup> Stortingsforhandlinger. Stortingsforhandlinger. Innst. O. nr.1 (2007-2008) side 37

<sup>87</sup> Stortingsforhandlinger. Stortingsforhandlinger. Innst. O. nr.1 (2007-2008) side 38

<sup>88</sup> Rt. 2010 s 143, avsnitt 172

De normer Høyesterett bruker er det de selv som har utviklet. De er ikke vedtatt av Stortinget og de er ikke allmennkunnskap. I denne saken forventer Høyesterett at Stortinget skal legge seg på samme norm som de selv har tenkt til å bruke. Dersom de ikke tolker Grunnloven på samme måte som Høyesterett mener Høyesterett at deres syn ikke kan tillegges vekt.

Med denne saken har vi beveget oss et stykke fra prinsippet i Kløfta-dommen om at Stortinget skal ha ”klart vurdert og bygd på” at loven er forenelig med Grunnloven. Her har Stortinget klart vurdert og bygd på, men Høyesterett er uenig i tolkningen og setter likevel loven til side.

Mindretallet i dommen er uenig i at Stortingets vurdering her ikke er tilfredsstillende. De mener for det første at dette er en type spørsmål hvor domstolene skal være varsomme med å prøve Stortingets vurderinger. Lovgiver må ha stor handlefrihet på skatte- og avgiftsområdet. For det andre mener de at Stortingets vurdering er tilfredsstillende. Dommer Matningsdal uttaler ”Stortingets behandling av overgangsordningens forhold til Grunnloven § 97 overgår sannsynligvis både i omfang og grundighet all tidligere lovgivning.”<sup>89</sup> Førstvoterendes gjennomgang av Stortingets behandling tyder også på at han i stor grad er enig i den grunnlovs-vurderingen som er gjort.

De to fraksjonene i Rederiskatt-dommen er uenige om både kvaliteten på Stortingets vurderinger og dermed hvor stor vekt det skal legges på den. Det å stille krav om at Stortinget skal bruke riktig norm ved grunnlovstolkning er å stille store krav til landets folkevalgte og kan potensielt være en utfordring ved fremtidige lovdebatter ved at det skaper stor usikkerhet. På en annen side kan det argumenteres for at det kanskje nettopp er hos domstolene en slik vurdering bør ligge og ikke hos de folkevalgte.

Som vi så at debatten i Stortinget var det uenighet om hvorvidt det var klart at de nye reglene ikke var i strid med Grunnloven § 97. En samlet opposisjon uttrykte at de mente det ikke var opplagt at dette ville gå klar av tilbakevirkningsforbudet Grunnloven § 97. Høyesteretts konklusjon gir en støtte til opposisjonens tolkning av spørsmålet.

#### **4.2.2.4 Opplysningsvesenets fond**

I Rt. 2010 s 535 (Opplysningsvesenets fond) foretok Høyesterett også en vurdering av kvaliteten på Stortingets syn og konkluderte med at den ikke var tilfredsstillende. I denne dommen var det dissens 9-4. Debatten fra Stortinget er beskrevet i avsnitt 4.2.1.2. Regjeringspartiene, som utgjorde flertallet, mente instruksene ikke stred mot § 106. Det var uenighet om dette i

---

<sup>89</sup> Rt. 2010 s.143, avsnitt 268

Stortinget og mindretallet la i debatten avgjørende vekt på at de mente instruksen var grunnlovsstridig og stemte av den grunn mot.

Flertallet i Høyesterett uttalte: ”Jeg tar som mitt utgangspunkt at Stortinget klart har vurdert og bygget på at forskriften ikke kommer i strid med Grunnloven. Når det er situasjonen, må domstolene i tvilstilfelle følge lovgivers syn. Mitt syn på saken er imidlertid at instruksen klart fører til resultater som er i strid med Grunnloven § 106. Det foreligger ikke slik kvalifisert tvil om grunnlovsforståelsen at Stortingets syn kan være avgjørende”.<sup>90</sup>

I denne dommen er det to dissenser. Den første dissensen ved dommer Øie la vekt på at dette ikke utelukkende handlet om økonomiske rettigheter, men hadde nær tilknytning til gruppen grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse.<sup>91</sup> Ifølge tredelingen i Kløfta-dommen er dette en type bestemmelse hvor domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets syn, noe dissenterende dommer la vekt på i sin konklusjon. Det var ikke nødvendigvis en uenighet med flertallet i dommen om hvor mye vekt som skal legges på Stortingets syn, men en uenighet om graden av Grunnlovsstrid.

Den andre dissensen var fra dommer Endresen. Han har kommet til samme resultat som dommer Øie, men med en annen begrunnelse. I sitt votum argumenterte han for at Grunnloven § 106 ikke kan sees på som en skranke for lovgiver, men som et tolkningsprinsipp for Stortinget.<sup>92</sup> Dette er i samme tradisjon som de som i sin tid var motstandere av prøvingsretten. Nå sa ikke Endresen at han mente domstolene ikke hadde kompetanse til å prøve grunnlovmessigheten av Stortingets beslutninger, men at akkurat i dette tilfelle var bestemmelsen ment som et tolkningsprinsipp. Dette begrunnet han med at dette ikke var et spørsmål om en bestemmelse hvor det var snakk om å beskytte individer mot statlig inngripen. Kirke og undervisning, som § 106 var ment å tilgodese, finansieres i dag over statsbudsjettet. ”Jeg kan da ikke se at det kan være grunnlag for å sette til side som grunnlovsstridig en lov som har en økonomisk konsekvens som ikke med rimelighet kan sies å krenke den andel av formuesmassen som kirkens interesse i hvert fall må anses begrenset til.”<sup>93</sup>

Det mest interessante med hans votum er imidlertid hans syn om at det ikke er grunn til å opprettholde Grunnloven § 106 som skranke for Stortingets lovgivningsmyndighet. Hovedargumentet for dette er at tiden har løpt fra § 106 og at forutsetningene som lå til grunn for vedta-

---

<sup>90</sup> Rt. 2010 s. 535, avsnitt 148

<sup>91</sup> Rt. 2010 s. 535, avsnitt 168

<sup>92</sup> Rt. 2010 s. 535, avsnitt 235

<sup>93</sup> Rt. 2010 s.535, avsnitt 175

kelsen av den ikke er tilstede lenger. Han la derfor vekt på Stortingets tolkning av Grunnloven og lot dette være avgjørende for sitt syn.<sup>94</sup>

Det er domstolenes oppgave å dømme etter gjeldende lover, og politikernes oppgave å lage lover. Og med lovgivningsmyndigheten har de også mulighet til endre de lover det ikke mener er relevante lenger, gjennom Grunnlovens § 121.

Domstolene spiller en aktiv rolle i norsk rettssystem som rettsutvikler. At lovene får prøvd seg i domstolene og at det sendes korrektiver tilbake til lovgiver om hvordan lovene fungerer i praksis er en viktig del av dette. Men det er bare Stortinget som kan avgjøre hvorvidt en lov skal være gjeldende lenger eller ikke. På denne bakgrunn mener jeg dommer Endresen går langt i å tillegge domstolene en myndighet de i utgangspunktet ikke har.

#### 4.2.2.5 Oppsummering

Tendensen er at Høyesterett har beveget seg i retning av at Stortingets vurderinger blir stilt overfor strengere kvalitetskrav. Høyesteretts krav til Stortinget blir utfordrende for Stortinget å innfri når Høyesterett blir vanskelig å forutsi og kvalitetskravet stadig bli strengere. Slik var det med rederiskatt og strukturkvote. Her blir det vanskelig for lovgiver å vite hvor grensen går.

#### 4.2.3 Interessemotsetninger

Interessemotsetninger er ikke nevnt Kløfta-dommen, men det er av interesse for oppgaven å vurdere hvordan Høyesterett forholder seg til grunnlovsprøving i saker hvor det er en tvist mellom private parter. I de andre sakene det er referert til i oppgaven er alltid staten den ene parten i saken. I slike saker blir Høyesteretts rolle som Grunnlovens vokter overfor Stortingets flertall mer tydelig. Jeg vil se på om Høyesterett forholder seg annerledes til Stortingets vurderinger i en sak mellom to private parter.

##### 4.2.3.1 Rt. 2007 s. 1281 Tomtefeste I

I Tomtefeste I var det spørsmål om tomtefesteloven § 33 som gir festeren rett til å fornye festekontrakten på samme vilkår som før er i strid med Grunnloven § 97 eller § 105. Høyesterett kom her enstemmig frem til at det ikke var i strid med noen av Grunnlovens bestemmelser.

Det fremkommer i dommen at justiskomiteens flertall hadde uttalte følgende om saken: ”Komiteens flertall, alle unntatt medlemmene fra Fremskrittspartiet, er enige i departementet i at de festerne som ikke har økonomisk mulighet til å innløse tomten etter ny tomtefestelov § 37,

---

<sup>94</sup> Rt. 2010 2. 545, avsnitt 235

bør sikres en varig disposisjonsrett over tomten. Flertallet mener at rett til forlengelse bør gis på samme vilkår som festekontrakten gir anvisning på. I vurderingen av disse forholdene har flertallet lagt betydelig vekt på boligsosiale hensyn.”<sup>95</sup> Det kommer også frem at justiskomiteen støtter departementets vurdering av forholdet til Grunnloven. Departementet skrev i sin vurdering av de så at lovforslaget innebar en viss tilbakevirkning, men at de fortsatt var forenelig med Grunnloven § 97. I vurderingen har sosiale hensyn på festersiden veid tyngre enn hensynet til grunneiersiden. Se avsnitt 4.2.1.1 for referanser til debatten i Stortinget om saken.

Høyesterett konkluderte på denne bakgrunn med at Stortinget var klar over hvilke konsekvenser dette ville medføre for grunneier i sine vurderinger, men kom likevel til den konklusjonen at loven ikke var grunnlovsstridig. De fant heller ingen feil ved Stortingets grunnlovsbehandling og så ingen grunn til at Stortingets syn her ikke skal tillegges vekt.

Dette er en sak hvor to private parter interesser er motstridende, og hvor en av partene vil komme dårligere ut avhengig av hvilken konklusjon Høyesterett havner på. Det er ingen tvil om at grunneierne her kommer dårligere ut med den nye bestemmelsen og at det er snakk om en viss tilbakevirkning. Vel vitende om dette har Stortinget likevel vedtatt loven. Høyesterett står med andre ord ovenfor en vurdering av Grunnloven sett opp mot Stortingets politiske vurdering av saken som var å beskytte den ene parten i en potensiell konflikt mellom to private parter.

Det kommer klart frem at boligsosiale hensyn veier tungt i vurderingen. Spørsmålet er om Høyesterett er mer tilbøyelige til å vurdere de materielle spørsmålene i favør av Stortingets syn i en sak hvor det er her snakk om to private parter, hvor den ene er ansett som mer sårbar?

En av Grunnlovens viktigste funksjoner er beskytte å enkeltmennesket mot flertallets vilkårlighet. Det er ofte spørsmål beskyttelse mot statlig inngripen. I denne saken er det ikke et spørsmål om statlig inngripen ovenfor individet, men to private parter interesser som står mot hverandre. Her har Stortinget bevisst tatt en valg som tar mer hensyn til festerens situasjon. Stortinget begrunner dette i boligsosiale hensyn. Høyesterett tar det samme valget. Om de gjør dette på bakgrunn av Stortingets vurdering av spørsmålet eller ikke er vanskelig å si. De har i hvert fall konkludert likt, og de mener Stortingets vurdering må tillegges vekt i saken. Det er naturlig å anta at det har hatt en viss betydning.

Arne Fliflet har uttalt om prøvingsretten: ”Domstolsbehandlingen som følger i kjølevannet til en ny lovprøving som blir sett på som inngrep i borgernes rettigheter bidrar til å få interesse-

---

<sup>95</sup> Rt. 2007 s. 1281, avsnitt 78



motsetningene i samfunnet bedre frem og til å få løst dem på en måte som bidrar til å styrke legitimiteten til lovgivningen. Den forutgående lovgivningsprosessen, selv om den består av en åpen og inngående diskusjon, er ofte utilstrekkelig til å få bilagt interessetvistene på en fyllestgjørende måte.”<sup>96</sup>

#### 4.2.3.2 Oppsummering

På den ene siden kan man argumentere for at i slike saker om interesseavveining bør det politiske synet få gjennomslag. Det å skulle veie ulike hensyn opp mot hverandre og vedta lover som vil kunne skape fordeler for en part og ulemper for en annen er en politisk oppgave. Lovene debatteres i Stortinget og der har de ulike partiene mulighet til å komme med sine syn. På den annen side er det ofte slik at enkelte konsekvenser ikke kommer til syne før saken kommer for domstolene. Og Grunnloven er der nettopp for å sørge for at det er enkelte rettigheter som ikke krenkes.

### 4.3 Sivile og politiske rettigheter

For bestemmelser som angår enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet skal, i følge prinsippene fra Kløfta-dommen, Grunnlovens gjennomslagskraft være betydelig. I Kjuus-dommen skjerpes dette noe, da Høyesterett sier Stortingets syn ”vanskelig kan tillegges vekt”.

#### 4.3.1 Rt. 2004 s. 1737 TV-Vest

Dette hentes frem igjen i Rt. 2004 s. 1737 (TV-Vest). Her fikk et TV-selskap gebyr for å ha overtrådt forbudet mot politisk reklame i fjernsyn. Det er en uttalt uenighet mellom de politiske partiene på Stortinget om politisk reklame. Da nåværende lov ble vedtatt kom det klart frem av debatten i Stortinget at Høyre og Fremskrittspartiet ønsket å tillate politisk reklame i fjernsyn.<sup>97</sup> Det ble likevel et klart flertall for gjeldende lov.

Høyesteretts flertall kom i denne saken til at Grunnloven §100 ikke var til hinder for å ilegge gebyret. I TV-Vest-dommen referer Høyesterett til Kjuus-dommen, og sier seg enig i at ”eventuelle forutsetninger fra lovgiver om grunnlovsmessigheten av straffebestemmelser som innskrenker ytringsfriheten, kan vanskelig tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet.” For Høyesterett var det sentrale i denne saken at det ikke var spørsmål om ytringens innhold, men at lovgiver her har satt opp visse rammer for de demokratiske prosesser. Flertal-

---

<sup>96</sup> Fliflet, A. (2013). Noen tanker om grunnlovstolkning i en ny tid. *Jussens Venner*, ss. 140-154, på side 151

<sup>97</sup> Stortingsforhandlinger. Innst. O. nr. 82 (1998-1999) side 622

let uttalte at ”Jeg finner atskillig større grunn til å vektlegge lovgivers mening om grunnlovsmessigheten på dette området enn når det gjelder vern om ytringers innhold.”<sup>98</sup>

Vi ser her at flertallet la opp til en gradering av vernet i § 100 avhengig av hvilke interesser som skal beskyttes. Ytringers innhold har et sterkere vern enn måte de fremsettes på. ”På området for denne saken kan det med styrke hevdes at de politiske myndigheter står nærmere enn domstolene til å vurdere hvilke tiltak som er mest egnet for å høyne den politiske debatten.”<sup>99</sup>

På samme måte som vi så at inndelingen fra Kløfta-dommen ble for grov for de økonomiske rettighetene og at Høyesterett gjennom praksis graderte grunnlovsvernet der, så gjør de det samme når det gjelder politiske og sivile rettigheter. Det som er avgjørende er hvilke interesser som står på spill. Siden det her er snakk om generelle spilleregler for den politiske arena ser det ut til at Høyesterett her mener det er opp til de folkevalgte å avgjøre hvordan disse skal utformes.<sup>100</sup>

#### 4.3.2 Rt. 2010 s. 1445 Krigsforbryter-dommen

Bakgrunnen for Rt. 2010 s. 1445 (Krigsforbryter) var en mann fra Bosnia-Hercegovina som hadde begått krigsforbrytelser i hjemlandet i 1992. Spørsmålet var om han kunne straffes etter de nye reglene i straffeloven fra 2005 eller om dette stred mot tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97.

Straffeloven av 1902 har ingen bestemmelser om folkemord, krigsforbrytelser eller forbrytelser mot menneskeheten. Disse kom inn som kapittel 16 i straffeloven 2005 ved lov 7.mars 2008 nr. 4, og trådte i kraft samme dag. Det ble utformet en særregel om kapittel 16 som sa at handlinger begått før ikrafttredelsen var straffbare dersom de på gjerningstidspunktet var straffbare ifølge dagjeldende straffelovgivning og ansett som folkemord, forbrytelser mot menneskeheten eller krigsforbrytelser etter folkeretten. Straffen kunne likevel ikke overskride straffen som ville ha blitt idømt etter straffelovgivningen på gjerningstidspunktet.<sup>101</sup>

I debatten i Stortinget kom det tydelig frem at samtlige partier støttet særregelen om kapittel 16. Den ble også enstemmig vedtatt. Det ble lagt vekt på at så lenge strafferammen ikke ble

---

<sup>98</sup> Rt. 2004 s. 1737, avsnitt 35

<sup>99</sup> Rt. 2004 s. 1737, avsnitt 39

<sup>100</sup> Dommen ble anket for den Europeiske menneskerettighetsdomstolen, hvor TV –Vest fikk medhold. De norske reglene om forbud mot politisk TV-reklame har til hensikt å hindre store partier med sterk økonomi i å få en fordel ved å kjøpe mye TV-reklame. EMD mente dette virket mot sin hensikt i denne saken da pensjonistpartiet var et lite parti som fikk lite TV-omtale. Å hindre dem i å sende reklame på TV ville gi dem en ulempe ovenfor de andre partiene.

<sup>101</sup> Rt. 2010 s. 1445, avsnitt 74

lenger var det akseptabelt for Stortinget at loven på akkurat dette punkt fikk tilbakevirkende kraft.<sup>102</sup>

Flertallet i Høyesterett kom i denne saken til at det var betydelig mer belastende for gjerningsmannen å bli dømt etter bestemmelsene i den nye straffeloven, selv om straffen ikke ville bli annerledes enn om det ble dømt etter datidens lovgivning. Flertallet refererte til Kjuus-dommen og at Stortingets syn ”vanskelig kunne tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet.”

Saken ble avgjort med dissens 11-6. Mindretallet sa seg enig i at det var mer belastende å bli dømt etter de nye reglene, men mente man også måtte se hen til de internasjonale bestemmelsene på dette området og hvilken straffebestemmelse tiltalte ville blitt dømt etter om saken var gått til en internasjonal domstolen. Mindretallet kom dermed til at det vanskelig kunne være i strid med Grunnloven §97 å dømme etter de nye reglene.

Når det gjelder synet på Stortingets vurderinger uttalte mindretallet følgende om § 97: ”Ved avgjørelsen av dette spørsmålet kan Stortingets grunnlovsforståelse ikke tillegges særlig vekt. Hvorvidt en straffebestemmelse innefor de skranker som følger av § 97, skal gis virkning for tidligere begåtte handlinger, er derimot et politisk spørsmål som hører under lovgivers vurdering.”<sup>103</sup>

I forkant av denne saken var det politisk debatt om straffelovens bestemmelser om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser. Det at Stortinget vedtok en særregel for å gi disse bestemmelsene gyldighet på hendelser som hadde skjedd før bestemmelsene trådte i kraft betyr at de har tatt stilling til at bestemmelsen var ment å gjelde for nettopp denne typen saker.

#### 4.3.3 Oppsummering

På områder som gjelder bestemmelser om enkeltmenneskers personlige frihet eller sikkerhet skal Grunnlovens gjennomslagskraft være betydelig. I TV-Vest får Stortingets syn gjennomslag, men det får det ikke i Krigsforbryter-dommen. De to sakene gjelder bestemmelser av ulik karakter, og med ulike strafferammer. Det kan se ut som om Høyesterett også graderer grunnlovsvernet innenfor gruppen av bestemmelser som gjelder enkeltmenneskers personlig frihet og sikkerhet.

---

<sup>102</sup> Stortingsforhandlinger. Stortingsforhandlinger. Innst. O nr. 29 (2007-2008)

<sup>103</sup> Rt. 2010 s. 1445 avsnitt 138

#### 4.4 Konklusjon

De siste ti årene har Høyesterett i flere dommer referert til inndelingen i Kløfta-dommen hva gjelder vekten av Stortingets grunnlovsvurderinger. Etter mitt syn ser vi en tendens til at Stortingets syn har fått mindre gjennomslagskraft enn det som var utgangspunktet i Kløfta.

For det første kan det se ut som kriteriet ”hevet over rimelig tvil” har blitt noe skjerpet. Det er noe usikkert om dette er tilsiktet eller ikke. Det kan se ut som det er tilsiktet basert på uttalelsene i Opplysningsvesenets fond og Strukturvote-dommen.

For det andre har Høyesterett utviklet et kvalitetskrav til Stortingets vurderinger. Hvorvidt det lå et kvalitetskrav i Kløfta-dommens premisser kan diskuteres, men i Tomtefeste I -dommen ble det første gang nevnt og siden den gangen har det blitt ytterligere skjerpet i Rederiskatt-dommen og Opplysningsvesenets fond-dommen.

For det tredje ser vi en tendens til en konkretisering av de mer generelle uttalelsene i Kløfta-dommen. Inndelingen i Kløfta-dommen har vist seg for grov og vi ser at Høyesterett graderer grunnlovsvernet, både når det gjelder økonomiske saker og saker som omhandler enkeltmenneskers frihet og sikkerhet. En slik presisering kan bidra til mer forutsigbarhet, men det kan også se ut som om Stortingets syn vanskeligere får vekt i saker når kravene blir konkretisert.

I sum betyr dette at Høyesterett, med utgangspunkt i Kløfta-dommen, har etablert en gradering av grunnlovsvernet og gradvis utviklet innholdet i dette vernet. Det er en gradering som ikke er grunnlovsfestet, men som har utviklet seg gjennom praksis.

Jeg vil også konkludere med at Høyesterett er lite konsekvente i sin bruk av Stortingets syn. I Rederiskatt-dommen tillegges ikke Stortingets syn vekt fordi de har brukt feil norm, mens i TV-Vest-dommen, som gjelder en bestemmelse som i utgangspunktet skulle være særlig beskyttet av Grunnloven, blir Stortingets syn vektlagt. I Rederibeskatning-dommen og Strukturvote-dommen, som begge er økonomiske saker og gjelder Grunnloven § 97, faller Høyesterett ned på forskjellig standpunkt hva gjelder grunnlovsprøvingen. Selv om det er snakk om to forskjellige saksforhold, så er det interessant at resultatet ble forskjellig. I begge sakene var det et betydelig mindretall, og flertallet hadde kun én stemmes overvekt. I Stortinget var mindretallet også betydelig, en samlet opposisjon stemte mot regjeringens partiene i begge lovforslagene. Det kan tyde på at det hersker svært forskjellige oppfatninger om grensen for Grunnloven § 97.

Høyesterett referer ofte til Stortingets syn, men etter min vurdering har det ikke formet deres avgjørelser de siste årene i noe nevneverdig grad. Av de sakene jeg har gjennomgått er det en

mulighet for at Stortingets syn har blitt tillagt vekt i Tomtefeste I og TV-Vest. I de andre sakene Høyesterett konkluderte med at Stortingets syn ikke skulle tillegges vekt.

## **5 Avsluttende bemerkninger**

Både maktfordelingsprinsippet og folkesuverenitetsprinsippet har inspirert vår egen Grunnlov av 1814. Etter innføringen av parlamentarismen fikk vi i Norge et sterkere folkevalgt organ som styrket folkesuverenitetsprinsippet. Selv om dette bidro til å svekke maktfordelingsprinsippet preger det fortsatt vårt moderne demokrati.

I et parlamentarisk system er folkesuverenitet styrende og makten ligger i flertallet i den folkevalgte forsamling. Når maktfordelingsprinsippet fortsatt preger samfunnet vårt har det kanskje sitt sterkeste utslag i domstolenes prøvingsrett. Domstolene fungerer som et kontrollorgan for Stortingets vedtak. Prøvingsretten er ikke nedfelt i Grunnloven, men det er liten tvil om at domstolene anser at de har kompetanse til å bruke den.

På den ene siden kan det argumenteres for at domstolenes prøvingsrett er udemokratisk fordi den gir domstolene mulighet til å overprøve det demokratisk valgte flertallets vilje. Det er et argument som er gjentatt opp gjennom historien hos Johan Sverdrup og Jens Arup Seip.

På den andre siden kan det argumenteres for at prøvingsretten er en nødvendig del av demokratiet vårt fordi det fungerer som en skanse mot den vilkårlige flertallsviljen. Den skal forsvare mindretallets rettigheter.

I dag dreier denne debatten seg i hovedsak om prøvingsrettens intensitet og hvilken vekt Stortingets syn skal ha. Høyesterett forsøker å finne balansegangen mellom maktfordeling og folkesuverenitet. Kløfta-dommen kan sees på som et svar på hvordan denne balansegangen skal utøves i praksis. Som jeg har drøftet ser vi likevel en tendens til at Stortingets syn ikke tillegges like mye vekt i dag som det Kløfta-dommen la opp til. Det betyr ikke at dette ikke kan endres. Det er ikke noen klar fasit på hvordan dette skal løses for all fremtid, det vil og bør utvikle seg i takt med samfunnsutviklingen.

Siste ordet tilhører likevel Stortinget. Det er Stortinget, som med to tredjedelers flertall kan endre Grunnloven. Det er vanskeligere å skaffe nødvendig flertall for en slik endring, men det er ikke umulig. Grunnloven er endret flere ganger siden den først ble vedtatt, senest i 2014. Det skal være en høyere terskel for grunnlovsendringer enn for andre lover. Den er rammen for vårt demokrati, våre demokratiske spilleregler og den verner om mindretallets rettigheter. Som Odyssevs som bandt seg til masten forbi sirenenes øy, har Stortingets kvalifiserte flertall bundet den folkevalgte forsamling til å holde seg innenfor visse gitte rammer. Det er likevel

enklere å endre Grunnloven i Norge enn i mange andre land med lang tradisjon for prøvingsrett, som for eksempel USA.

Flertallet på Stortinget kan endre seg etter stortingsvalg. Under den rød-grønne Regjeringen så vi i saker som Opplysningsvesenets fond og Rederibeskatning at en samlet opposisjon var uenig med flertallet i både sak og tolkning av Grunnloven. Etter valget i 2013 er det de partiene som den gangen utgjorde mindretallet som nå utgjør flertallet. Stortingets syn ville med dette flertallet mest sannsynlig sett annerledes ut. Og til neste valg kan dette endre seg igjen.

Nettopp fordi Stortingets flertall skifter er det viktig at Høyesterett tolker Grunnloven med utgangspunkt i sin egen overbevisning. Samtidig må de ikke tilta seg en så sterk rolle at det rokker ved verken domstolenes eller de politiske organers legitimitet.

## 6 Bibliografi

Andenæs, J. (1965). Høyesterett som politisk organ. *Lov og rett*, ss. 22-43.

Eckhoff, T. (1975). Høyesterett som grunnlovens vokter. I T. Eckhoff, *Makt og motiv*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag.

Fliflet, A. (2013). Noen tanker om grunnlovstolkning i en ny tid. *Jussens Venner*, ss. 140-154.

Gisle, J. (2007). *Jusleksikon*. Oslo: Kunnskapsforlaget.

Høgberg, A. P. (2005). Om maktutredningens rettsliggjøringsplot som element i den store fortellingen om demokratiets forvitring. I M. Kinander, *Makt og rett* (ss. 149-167). Oslo: Universitetsforlaget.

Høgberg, B. M. (2013). Hvordan samfunnet har påvirket tolkningen av Grunnloven §§97 og 105. I E. Holmøyvik, *Tolkningar av Grunnlova* (ss. 368-403). Oslo: Pax forlag.

Holmøyvik, E. (2013). Frå revolusjon til restaurasjon. I E. Holmøyvik, *Tolkningar av Grunnlova* (ss. 307-337). Oslo: Pax forlag.

Kierulf, A. (2009, 3-4). Rettsstatens overnasjonale vending: den andre prøvingsretten. *Nytt Norsk Tidsskrift*.

Kinander, M. (2005). Makt, rett og politikk. I M. Kinander, *Makt og rett: Om makt og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*. Oslo: Universitetsforlaget.

Malnes, R., & Midgaard, K. (2009). *Politisk tekning*. Oslo: Universitetsforlaget.

Seip, J. A. (1965). Den norske høyesterett som politisk organ. *Lov og rett*.

Seip, J. A. (1968). Jus og politikk: teorien om prøvingsretten, politisk tolket. I J. A. Seip, *Tanke og handling i norsk historie: artikler og avhandlinger*. Oslo: Gyldendal.

Skoghøy, J. E. (2011, 05). Forbud mot tilbakevirkende lovgivning. *Lov og Rett*, ss. 256-282.

- Slagstad, R. (1989, 04). Prøvingsretten i det norske system. *Nytt Norsk Tidsskrift* .
- Smith, E. (1993). *Høyesterett og folkestyret*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Smith, E. (2012). *Konstitusjonelt demokrati*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Østerud, Ø., Engelstad, F., & Selle, P. (2004). *Makten og demokratiet*. Oslo: Gyldendal.

## **6.1 Domsregister**

- Rt. 1976 s. 1 (Kløfta)
- Rt. 1996 s. 1415 (Borthen)
- Rt. 2004 s. 1737 (TV-Vest)
- Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus)
- Rt. 2007 s. 1281 (Tomtefest I)
- Rt. 2007 s. 1308 (Tomtefeste III)
- Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt)
- Rt. 2010 s. 535 (Opplysningsvesenets fond)
- Rt. 2010 s. 1445 (Krigsforbryter)
- Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote)

## **6.2 Stortingsforhandlinger**

Stortingsforhandlinger. Innst. 187 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Hallgeir H. Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovsfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter, med unntak av romertall IX

Stortingsforhandlinger. Innst. O. Nr. 105 (2003-2004) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste.

Stortingsforhandlinger. Innst. O. Nr 79 (2007-2008) Innstilling fra kirke-, utdannings- og forskningskomiteen om lov om endring i lov 7. juni 1996 nr. 33 om Opplysningsvesenets fond

Stortingsforhandlinger. Innst. S. nr. 238 (2006-2007) Innstilling fra næringskomiteen om strukturpolitikk for fiskeflåten.

Stortingsforhandlinger. Innst. O. nr.1 (2007-2008) Innstilling fra finanskomiteen om skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer.

Stortingsforhandlinger. Innst. O. nr. 82 (1998-1999) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i lov av 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting m.m. (Reklame for livssyn og politiske budskap i kringkasting.)

Stortingsforhandlinger. Innst. O nr. 29 (2007-2008) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)

### **6.3 Andre masteroppgaver**

Bie, Amund (2013) *Hvordan Høyesterett vektlegger Stortinget sin vurdering av hvordan grunnloven burde tolkes, når Høyesterett tolker grunnloven*. Universitetet i Oslo