

FAGFELLEVDERT ARTIKKEL

Suverenitet og samarbeid

Grunnlovens skranker for delegasjon av statsmakt

AV TARJEI BEKKEDAL

Ph.d. Tarjei Bekkedal (f. 1977, cand.jur. 2001) er førsteamanuensis ved Senter for europarett, Nordisk institutt for sjørett. Artikkelen er en del av prosjektet «Europe in transition – Small states and Europe in an age of global shifts» (EUNOR), finansiert av Norges forskningsråd. E-post: tarjei.bekkedal@jus.uio.no.

SAMMENDRAG Effektivt internasjonalt samarbeid kan fordre at Norge overfører lovgivende, utøvende eller dømmende myndighet til internasjonale organer – for eksempel til internasjonale handelsdomstoler eller til EUs forvaltningsbyråer. I sin praksis antar Justisdepartementets lovavdeling at grunnloven forutsetter at myndighet med direkte virkning i Norge skal utøves av norske organer. Artikkelen hevder at en slik tilnærming er for restriktiv. Stortinget kan delegere myndighet gjennom alminnelig lovvedtak, jf. grunnloven § 75. Det som må begrunnes, er ikke adgangen til å fatte slikt lovvedtak, men eventuelle begrensninger. Artikkelen analyserer de relevante skrankene – selvstendighetskravet i grunnloven § 1, medlemskapsprinsippet i grunnloven § 115 og grunnlovens respektive bestemmelser om lovgivende, utøvende og dømmende myndighet. Analysen viser at handlingsrommet for myndighetsoverføring er større enn antatt i dagens praksis.

STIKKORD Grunnloven, EU, EØS, myndighetsoverføring, suverenitet

SUMMARY The paper discusses the transfer of lawmaking, administrative or judicial power to international organizations and institutions. The current doctrine presupposes that the Norwegian constitution requires such competences to be executed solely by Norwegian bodies. To the opposite, the paper argues that the sovereign power of the Norwegian Parliament to enact any law includes the admission to enact laws which entail a transfer of powers to international bodies. It is not the competence of the Norwegian Parliament to enact laws which transfer powers that has to be established, but the limitations of that competence.

KEYWORDS Constitution, EU, EEA, transfer of powers, sovereignty

1. Tema – stortingsflertallets delegasjonsmyndighet¹

Om Norge vil slutte seg til internasjonalt samarbeid, er oppfatningen i gjeldende konstitusjonell doktrine at grunnloven oppstiller få skranker – så lenge forpliktelsene som oppstår, kun er folkerettslig bindende.² Annerledes er det dersom samarbeidet fordrer overføring av intern myndighet til en internasjonal organisasjon. I juridisk teori og i Lovavdelingens langvarige praksis er det vanlig å anta at grunnloven bygger på en forutsetning om at *lovgivende, utøvende og dømmende myndighet* i Norge kun skal utøves av norske statsorganer.³

Den skarpe sonderingen mellom folkerettslig samarbeid på den ene side og overføring av intern myndighet med såkalt direkte virkning på den annen har paradoksale konsekvenser. Da Stortinget i sin tid skulle avgi samtykke til slutning av EØS-avtalen, ble det antatt at dette kunne skje ved alminnelig flertallsvedtak, så langt det var snakk om en traktat som rent formelt ikke hadde annet enn folkerettslige virkninger.⁴ Avtalen bød imidlertid på en liten detalj. EFTAs overvåkingsorgan ESA fikk kompetanse til å bøtelegge foretak i Norge for brudd på avtalens konkurranseregler. Bøtekompetansen er ikke politisk kontroversiell eller særlig praktisk viktig. ESA utøvet denne myndigheten for første gang i 2010. Knapt noen la merke til det, og det var sikkert like greit.⁵ Konstitusjonelt var ESAs bøtekompetanse likevel strået som brakk kamelens rygg – og som gjorde at Stortinget fredag 16. oktober 1992 gjorde det som bare har skjedd denne ene gangen i norsk historie: Grunnloven § 115 ble tatt i bruk. Samtykket til EØS-avtalen ble avgitt i samsvar med denne bestemmelsens krav om kvalifisert ¾ flertall og dens øvrige prosedyrer. 130 representanter stemte for, 35 stemte mot.

EØS-avtalen er omfattende, med store konsekvenser for Norge. At grunnlovens beskyttelsesmekanismer kun slo inn for det som i den store sammenheng ikke betyr noe som helst, overføring av bøtekompetanse til ESA, kan umiddelbart være egnet til å overraske. Når det er slik, skyldes det at vår konstitusjonelle doktrine

-
1. Takk til Arnhild Bekkedal, Ivar Alvik, Mads Andenæs, Finn Arnesen, Markus Jerkø, Jonas W. Myhre og Arnulf Tverberg for kommentarer, innspill og kritikk. Som alltid ligger ansvaret for alle standpunkter og feil hos forfatteren alene.
 2. Se Tarjei Bekkedal, «Om grunnlovens medlemskapsprinsipp ved overføring av myndighet til internasjonale organisasjoner», *Kritisk juss* 2015, s. 197–230.
 3. Fredrik Lied Lilleby, *Grunnloven § 93 og unntaket for «lite inngripende» myndighetsoverføring*, Perspektiv 03/10 (Stortingets utredningsseksjon), s. 6; Eirik Holmøyvik, «Grunnlova § 93 og læra om 'lite inngripende' myndighetsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis», *Lov og Rett* 2011, s. 447–471 (s. 448–449), jf. også Eirik Holmøyvik, «Sikker konstitusjonell praksis?», *Nytt norsk tidsskrift* 2013, s. 117–125 (s. 119–120). Sammenhold f.eks. JD Lov-1997-5405 *Voldgiftsklausuler i bilaterale investeringsbeskyttelsesavtaler*, punkt 2.2 jf. 4.2, JD Lov-2010-10039C *Europeisk finansstillsynssystem*, punkt 3.3, og JD Lov-2013-6526 *Nye prosedyreregler for offentlig støtte*, punkt 3.1.
 4. St.prp. nr. 100 (1991–92) EØS, s. 337–338.
 5. Detaljene fremgår av EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-15/10, *Posten Norge AS*.

anlegger «det klassiske synet» på nasjonalstatenes suverenitet.⁶ Realitetsvurderinger har liten eller ingen plass under denne tilnærmingen. I stedet er kjernen i det klassiske suverenitetsdogmet formalistisk: Staten skal være «herre i eget hus».⁷ Det begrenser likevel ikke Norges adgang til å binde seg ved traktat, så lenge våre egne nasjonale organer står for gjennomføringen i nasjonal rett. Både det dualistiske prinsipp og grunnloven § 1 er blitt tatt til inntekt for denne skillelinjen.⁸ Erttertiden har utlagt vedtakelsen av grunnloven § 115 i 1962 som skillelinjens bekreftelse.⁹

I en tidligere artikkel har jeg utfordret den rådende tilnærmingen og hevdet at vedtakelsen av grunnloven § 115 tvert imot kan forstås som et oppgjør med det klassiske suverenitetsdogmet og dets skarpe sontring mellom folkerettslig og internrettslig virkning.¹⁰ Herværende artikkel drøfter det folkerettslige handlingsrommets avlat. Jeg utfordrer premisset i dagens konstitusjonelle doktrine om at grunnloven er til hinder for at Stortinget kan delegere statsmakt til institusjoner utenfor riket. Jeg tar som utgangspunkt at grunnloven § 75 gir stortingsflertallet kompetanse til å vedta enhver lov, herunder lover som delegerer myndighet til internasjonale institusjoner,¹¹ for eksempel til EUs forvaltningsbyråer. Problemstillingen er ikke om en slik lovgivningsadgang finnes – men om det finnes skranke som begrenser Stortingets delegasjonsmyndighet.

2. Rettslige utgangspunkter, tese og oppbygning

Premisset om at grunnloven i utgangspunktet krever at lovgivende, utøvende og dømmende myndighet i Norge skal utøves av norske statsorganer, blir sjelden problematisert. For eksempel legger Eirik Holmøyvik til grunn at overføring av myndighet til organer utenfor riket «krev særskilt heimel».¹² Arnulf Tverberg konstaterer: «Utgangspunktet er enkelt, og så selvsagt at det ikke fremgår direkte av Grunnloven selv, men bare er forutsatt: I Norge er det *norske* statsorganer som utøver myndighet overfor personer og foretak.»¹³

6. Fredrik Sejersted i Fredrik Sejersted & Erik Boe, *Schengen og Grunnloven*, Oslo 1999, s. 18.

7. Arnulf Tverberg, *Staten – herre i eget hus? Grunnloven og verden rundt oss*, Lovdata.no, 2014.

8. Inge Lorange Backer, «Er Norge fortsatt en selvstendig stat?», i *Retts teori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith*, Oslo 2002, s. 43–58, Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, Fagbokforlaget 2015, s. 151–152.

9. Sejersted (1999), s. 17, Lilleby (2010), s. 16, Holmøyvik (2011), s. 449.

10. Bekkedal (2015), avsnitt 7.3, jf. særlig St.meld. nr. 89 (1951) s. 35, Utenriksdepartementets rettsavdeling, Dok. nr. 3 (1961–62) s. 21, Justisdepartementet, Dok. nr. 3 (1961–62) s. 42–43, Innst S. nr. 100 (1961–62) s. 138 og Opsahl, Dok. nr. 10 (1966–67) s. 29.

11. I samme retning, se særlig Ivar Alvik, «Investor-stat tvisteløsning (ISDS) i internasjonale investeringstraktater», *Lov og Rett* 2015, s. 581–601 (s. 594), samt Erlend Leonhardsen, «The EEA EFTA States and EU Agencies: Getting Along or Going Alone», 2015, tilgjengelig på srn.com.

12. Holmøyvik (2011) s. 452, (2013) s. 122.

13. Tverberg (2014).

Med delegasjonsforbudet som utgangspunkt vil overføring av intern myndighet til en internasjonal organisasjon i hovedregelen kreve at Stortinget går frem i samsvar med de særskilte vilkårene i grunnloven § 115 første ledd. En prosessuell betingelse er at Stortinget fatter vedtak med kvalifisert 3/4-flertall. I tillegg etablerer bestemmelsen en materiell skranke. Myndighetsoverføring som finner sted med hjemmel i grunnloven § 115, kan utelukkende skje til fordel for organisasjoner som Norge er medlem av.

Behovet for å ty til grunnloven § 115 blir modifisert av en ulovfestet lære, som anerkjenner at myndighetsoverføring som er «lite inngripende», likevel bare krever alminnelig flertallsvedtak, jf. grunnloven § 26 andre ledd.¹⁴ Hvis det er aktuelt å overføre myndighet til en organisasjon Norge ikke er medlem av, dersom det ikke er mulig å oppnå 3/4-flertall for norsk tilslutning, eller dersom Stortinget av politiske grunner ikke ønsker å ty til grunnloven § 115, så vil læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring være eneste utvei, om vi ser bort fra muligheten for grunnlovsendring, jf. grunnloven § 121.

I sin praksis legger Lovavdelingen delegasjonsforbudet til grunn, uten nærmere analyse. Dermed blir Lovavdelingens konstitusjonelle vurderinger en øvelse i å praktisere unntaket – doktrinen om «lite inngripende» myndighetsoverføring. I avsnitt 3 nedenfor begrunner jeg en motsatt innfallsvinkel, det Torkel Opsahl kalte en «negativ tilnæringsmåte». Jeg hevder at Stortinget *kan* overføre myndighet til internasjonale organisasjoner gjennom alminnelig lov, og at det er *begrensningene* i denne adgangen som krever begrunnelse. I forlengelsen fordrer dette en analyse av om delegasjonslovgivning støter an mot spesifikke skranker i grunnloven. Artikkelen drøfter fire mulige begrensninger: selvstendighetskravet i grunnloven § 1 (avsnitt 4), grunnloven § 115 (avsnitt 5), grunnlovens system (avsnitt 6), og de relevante grunnlovsbestemmelsene som konstituerer de ulike myndighetsorganenes respektive kompetanser (avsnitt 7–9).

Om disse skrankene var så substansielle at de for alle praktiske formål etablerte et delegasjonsforbud, ville valget av tilnæringsmåte spilt liten rolle. Artikkelens tese er imidlertid at skrankene har en mer begrenset rekkevidde og overlater stortingsflertallet et betydelig handlingsrom.

14. Se f.eks. JDlov-2013-6526 *Nye prosedyreregler for offentlig støtte*, punkt 3.1, jf. særlig St.prp. nr. 100 (1991–92) EØS, s. 342 f., og St.prp. nr. 50 (1998–99) *Schengen*, s. 35, med henvisning til Carl August Fleischer, «Grunnloven § 93», *Jussens Venner* 1963, s. 73–111.

3. Begrunnelsen for en negativ tilnærming

3.1 Det konstitusjonelle utgangspunktet

Beslutninger fattet av overnasjonale institusjoner kan ikke få virkning i norsk rett uten videre. Overføring av myndighet til organisasjoner utenfor riket vil normalt kreve at Stortinget vedtar en lov som delegerer eller tildeler myndighet, på samme måte som når myndighet blir lagt til et nasjonalt organ. Derfor kan vi se artikkelens tema som et spørsmål om hvilken adgang Stortinget har til å vedta *en alminnelig lov* som gir et overnasjonalt myndighetsorgan lovgivende, administrativ eller dømmende myndighet med direkte virkning i norsk rett.¹⁵

For den som skal besvare spørsmålet, finnes det bare én tilnæringsmåte som uten videre lar seg forene med grunnlovens systematikk: I kraft av folkesuverenitetsprinsippet slik det kommer til uttrykk i grunnloven § 49, jf. § 75, og § 26 andre ledd, kan Stortinget i utgangspunktet vedta en hvilken som helst lov. Derfor er det ikke adgangen til å vedta en lov som overfører myndighet, som krever en begrunnelse. Det er skrankene i denne adgangen vi må rette oppmerksomheten mot.

Et annet og noe mer abstrakt konstitusjonelt utgangspunkt som trekker i samme retning, kan vi sammenfatte som «styringshensyn». Når det gjelder Stortingets adgang til å tildele eller delegere myndighet, har man helt fra Aschehougs tid, og med stor tyngde, understreket at overveielser om *behov* og *nødvendighet* har betydelig vekt i den konstitusjonelle vurderingen.¹⁶ Årsaken er at disse hensynene henger nært sammen med grunnleggende konstitusjonelle verdier, særlig effektivitet og rettssikkerhet. Slike størrelser er ikke statiske, men endrer seg over tid, i takt med samfunnsutviklingen, og tendensen er klar: Behovet for delegasjon øker kontinuerlig. Allerede i 1965 konstaterte Torkel Opsahl, i fjerde setning i sin doktoravhandling, at delegasjon var blitt et «universelt trekk i et moderne styresett».¹⁷ Vel så mye som å treffe egne beslutninger er en av Stortingets viktigste oppgaver å legge beslutningsmyndighet der den mest hensiktsmessig hører hjemme. I diskursen om rammene for delegasjon på nasjonalt hold oppsummerte Johs. Andenæs poenget gjennom den nærmest slagordpregede setningen: «Det er behovet som er begrunnelsen for delegasjonsadgangen, og det er behovet som setter grenser for

15. Alvik og Dolva (2006), s. 7, og Ivar Alvik, Betenkning for NHO, 24. mai 2011, s. 3–4, anvender samme prinsipielle tilnærming, og det har tjent som inspirasjon for denne artikkelen. Se tilsvarende Alvik (2015), s. 594.

16. T.H. Aschehoug, *Norges nuværende statsforfatning*, 2. utg. Christiania 1891, bind II, særlig s. 80–82 og s. 119. I samme retning Bredo Morgenstjerne, *Lærebok i den norske statsforfatningsrett*, 3. utg., Oslo 1927, bind II s. 185, og Frede Castberg, *Norges Statsforfatning*, 2. utg. Oslo 1947, bind II s. 63.

17. Torkel Opsahl, *Delegasjon av Stortingets myndighet*, Oslo 1965, s. 17.

den.»¹⁸ I praksis vil dette være en vurdering som det blir opp til stortingsflertallet å foreta.¹⁹

Vi kan ikke uten videre legge til grunn at adgangen til å delegere myndighet til organisasjoner utenfor riket rekker like langt som adgangen til delegasjon på nasjonalt hold. Hensynene er andre.²⁰ Delegasjon forutsetter bl.a. ansvar og kontroll, krav som lettere og mer umiddelbart lar seg oppfylle ved myndighetstildeling innenfor rikets grenser. Likevel virker tilnærmingen til selve problemstillingen å være overførbar, og parallellen er interessant. I eldre tider var det nemlig vanlig å anta at det ville være grunnlovsstridig om Stortinget delegerte sin myndighet *nasjonalt*. Som en følge av utgangspunktet antok man at dette ville kreve en *positiv begrunnelse*, altså særskilt hjemmel. Opsahl bemerker at årsaken kan ha vært

det kanskje ubevisste utgangspunkt at offentlig myndighet, enten etter sitt «vesen», eller som forfatningsrettslig grunnsetning, eller som presumsjon, ikke kan overføres til andre. Delegasjon fortøner seg som et avvik fra dette utgangspunkt, og derfor som noe som krever en særlig forklaring, så å si en unnskyldning.²¹

I dag er den avvisende holdningen til delegasjon internt i riket forlatt, og hele diskusjonen er nesten glemt. Årsaken er at grunnloven § 75 og styringshensynet til sammen etablerer et robust grunnlag for å hevde at det i utgangspunktet må være opp til stortingsflertallet å avgjøre hvor myndighet skal plasseres, slik at det er unntakene i dette utgangspunktet som må begrunnes nærmere.²²

3.2 Fordeler ved en negativ tilnæringsmåte

Å hevde at dagens tilnæringsmåte bør snus på hodet, kan synes dramatisk, men det er ikke så opplagt at standpunktet vil bli møtt med innvendinger om at det fremstår som for radikalt. Snarere kan det bli innvendt at den analytiske innfallsvinkelen bør være *uten* betydning for de materielle vurderingene, slik at valg av tilnærming er et rent hensiktsmessighetsspørsmål. Til spørsmålet om hensikts-

18. Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, 2. utg., Oslo 1948, s. 182, jf. Ot.prp. nr. 60 (1952) s. 8.

19. Opsahl (1965), s. 61. Se også Johs. Andenæs, «Stortingets delegasjon av myndighet», i *Avhandlinger og foredrag*, Oslo 1962, s. 273–285.

20. Svært poengtert om forskjellene, Andenæs, Dok. nr. 3 (1961–62) s. 15. Se også f.eks. Castberg, Dok. 3 (1961–62), s. 6, Fleischer (1963), s. 82. Som Justisdepartementet (s. 44) og Utenriksdepartementets rettsavdeling (s. 29) i Dok. nr. 3 (1961–62) bruker jeg likevel selve begrepet «delegasjon», særlig fordi det er så mye å hente fra den prinsipielle diskursen om dette på nasjonalt hold. Rent terminologisk er «myndighetstildeling» ofte mer presist.

21. Opsahl (1965), s. 47.

22. For ytterligere argumenter til støtte for en negativ innfallsvinkel, se Opsahl (1965), s. 67.

messighet kan man anføre at når Lovavdelingen avgir tolkingsuttalelser, er deres virksomhet for en praksis å regne, ikke ulik domstolenes rolle. I en akademisk eller teoretisk fremstilling kan det nok være naturlig å kreve en mer utførlig begrunnelse for premisset om at intern myndighet skal utøves av norske myndighetsorganer. I en løpende praksis, derimot, blir dette mer for et forstadium å regne. Som praktiker må det være greit å slå seg til ro med vissheten om at premisset *kunne* vært begrunnet, for så å holde seg til den konkrete vurderingen som doktrinen om «lite inngripende» myndighetsoverføring legger opp til.

Et slikt standpunkt er etter mitt syn for enkelt. Premisset om grunnlovens delegasjonsforbud er så viktig at det i det minste bør settes på prøve. Behovet for en grundig analyse og en transparent begrunnelse underbygges av prinsipielle, praktiske og konstitusjonelle argumenter.

Som et prinsipielt eksempel kan vi tenke oss at Lovavdelingen i en gitt situasjon konstaterer at et alminnelig flertall på Stortinget ikke kan delegere lovgivningsmyndighet til en internasjonal organisasjon gjennom ordinært lovvedtak. Vedtaket er så «inngripende» at kvalifisert $\frac{3}{4}$ -flertall er påkrevet, jf. grunnloven § 115. Det vil i så fall innebære at et mindretall på $\frac{1}{4}$ kan nedlegge veto mot loven. Når og hvordan suverenitetsargumenter kan tas til inntekt for at fjerdedelen skal bestemme, er et så prinsipielt viktig spørsmål at alle dets sider bør frem i dagen.

Et eksempel på et praktisk viktig spørsmål oppstår der Stortinget ønsker å videreutvikle forholdet til EU, ved at Norge slutter seg til EUs forvaltningsbyråer. Vår nasjonale forvaltning er allerede europeisert på EØS-relevante områder. EUs byråer er et institusjonelt og funksjonelt toppnivå i det systemet som ellers er gjennomført i norsk rett. Tilslutning kan slik sett fremstå som tilforlatelig hvis stortingsflertallet ser det som hensiktsmessig. Problemet, dersom Lovdelingen anser tilslutning som mer enn «lite inngripende», er at grunnloven § 115 bare hjemler overføring av myndighet til organisasjoner Norge er medlem av. For eksempel har Lovavdelingen antatt at grunnloven oppstiller skranker som er til hinder for at Norge kan slutte seg til EUs finanstilsyn, gjennom å delegere en begrenset og klart definert myndighet direkte til dette organet.²³ Når markedet er europeisk, når visse vedtak, f.eks. et pan-europeisk forbud mot short-salg i en krisesituasjon, *må* fattes av europeiske myndigheter for å være effektive, og når et flertall på Stortinget ønsker å gi sin demokratiske tilslutning til at den internasjonale finansbransjen skal kontrolleres – da er behovet for utførlig å begrunne hvorfor grunnloven står i veien, blitt prekært.

23. JDLOV-2010-10039CA, JDLOV-2010-10039B og JDLOV-2010-10039C.

Konstitusjonelt er det alminnelig anerkjent at vår norske grunnlov er gjenstand for tolking i samsvar med den internasjonale utvikling og med øye for praktiske hensyn. Et eksempel på dynamikk er allerede nevnt. Stortingets adgang til å delegerer myndighet til *nasjonale* institusjoner er i dag ubestridt. Som Utenriksdepartementets rettsavdeling påpekte i 1961, er det forskjeller mellom dette og delegasjon til overnasjonale organer. Rettsavdelingen fant likevel grunn til å understreke at utviklingen av folkerettsamfunnet gjorde behovet for en delegasjonsadgang «åpenbart» også i dette henseende, men la til: «På det internasjonale plan har dessverre ikke en tilsvarende modningsprosess funnet sted.»²⁴ Mye kunne nok den gang tilsi at styringshensynet ville legitimere og drive frem en slik prosess,²⁵ men Lovavdelingens tilnæringsmåte inviterer ikke til dette. Ved å anse delegasjonsforbudet som et gitt utgangspunkt slipper man å ta stilling til om en slik hovedregel fortsatt er berettiget *i dag*.

3.3 Svakheter ved læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring

En negativ innfallsvinkel vil eliminere behovet for dagens doktrine om «lite inngripende» myndighetsoverføring. Utgangspunktet er at Stortinget kan vedta en delegasjonslov, jf. grunnloven § 75. De relevante skrankene i grunnloven legger begrensninger på dette utgangspunktet. Handlingsrommet er rett og slett det som er igjen. Det knytter seg flere fordeler til en slik tilnæringsmåte.

For det første mangler dagens lære om «lite inngripende» myndighetsoverføring en tydelig rettslig forankring. I Lovavdelingens praksis er læren blitt praktisert med henvisning til grunnloven § 26 andre ledd, men konsulterer vi bestemmelsen, finner vi ingenting som minner om noe slikt.²⁶ Den lyder:

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

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

Grunnloven § 26 regulerer myndigheten til å pådra Norge folkerettslige forpliktelser, altså *utenrikskompetansen*. Ifølge bestemmelsens første ledd ligger utenriks-

24. Utenriksdepartementets rettsavdeling, Dok. nr. 3 (1961–62), s. 29.

25. I denne retning St.meld. nr. 89 (1951) *Grunnloven og Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner*, s. 49.

26. Slik også Holmøyvik (2011), s. 448, og Holmøyvik (2013) s. 118, Leonhardsen (2015), s. 22, Alvik (2015), s. 594.

kompetansen til Kongen. Når det gjelder intern myndighet, er bestemmelsen taus. Derfor er det klart at grunnloven § 26 ikke *i seg selv* oppstiller begrensninger i adgangen til å overføre intern myndighet.²⁷ Slik bestemmelsens andre ledd er bygget opp, er det tvert imot slik at det alminnelige stortingsflertallets holdning både begrenser og legitimerer, ikke når noe er «lite inngripende» – men i saker «som er av særlig stor viktighet». Om vi utelukkende legger grunnloven § 26 til grunn for vår analyse, er det vanskelig å se annet enn at *alt* vil være tillatt når det gjelder overføring av intern myndighet, så lenge flertallet på Stortinget sier ja.

For det andre gir ikke dagens lære om «lite inngripende» myndighetsoverføring et presist svar på det mest vesentlige: Lite inngripende i hva? I stedet heter det at «kriteriet 'lite inngripende' gir anvisning på en skjønnsmessig helhetsvurdering, der det ikke er mulig å gi en uttømmende oppregning en gang for alle av de hensyn som kan ha betydning ved vurderingen».²⁸

Jeg vil ikke avvise at en detaljert gjennomgang av Lovavdelingens tolkningsuttalelser kan bidra til en viss avklaring om hvordan standarden «lite inngripende» blir forvaltet, eller at det er mulig å avdekke en relativt konsistent forvaltningspraksis. Men dersom den rettslige forankringen for dagens praksis i første rekke er tidligere praksis, er det et problem at Lovavdelingen gjennom dette nærmest har konstitusjonalisert seg selv som sentral maktaktør. Dette problemet blir forsterket i den grad praksisen er vanskelig å trenge inn i uten inngående forkunnskaper og detaljert analyse, og dermed er vanskelig for andre å utfordre eller å ta stilling til.

Gjennom å tolke grunnloven kontrollerer Lovavdelingen i en viss forstand Stortinget. På alle områder hvor maktorganer er underlagt kontroll, er det en fare for at kontrollørene går den kontrollerte i næringen. Denne risikoen søker man gjerne å forebygge gjennom å oppstille kriterier som tydelig angir hva som er gjenstand for kontroll, og hva som ikke skal kontrolleres. Fra forvaltningsretten kjenner vi for eksempel tommelfingerregelen om at domstolene bare skal prøve forvaltningens rettsanvendelse, ikke dens skjønnsutøvelse. Med dette som perspektiv trer problemet med kriteriet «lite inngripende» tydelig frem. Overføring av myndighet til en internasjonal organisasjon vil vel praktisk talt alltid kunne fortone seg som «inngripende», om ikke rettslig så politisk. Det siste er årsaken til at slike spørsmål svært ofte er gjenstand for stor debatt. Som vi skal se senere i fremstillingen, krever dette bevissthet om skillet mellom de konstitusjonelle verdier som står

27. Slik også Ivar Alvik og Trond Dolva, «Betenkning for Rettsavdelingen i UD», 7. juni 2006, s. 7.

Dette synes også erkjent i Lovavdelingens praksis, se f.eks. JDLOV-2013-6526, punkt 3.1, og JDLOV-1997-5405, punkt 4.2.

28. St.prp. nr. 100 (1991–92) EØS, s. 342, sml. f.eks. JDLOV-2009-7963 punkt 2.1.

på spill, og det politiske spørsmålet om hva som er hensiktsmessig eller ønskelig. Vurderingstemaet «lite inngripende» står i fare for å tilslore denne sondringen, med risiko for at lovens voktere trer inn i det politiske domenet.

4. Grunnloven § 1. Statssuvereniteten som skranke

4.1 Utgangspunktet

Mitt utgangspunkt er at Stortinget kan vedta lover som delegerer myndighet til internasjonale organisasjoner, jf. grunnloven § 75. Jeg går over til å behandle skrankene. Problemstillingen i avsnitt 4 er om statssuvereniteten, jf. grunnloven § 1, legger begrensninger på Stortingets delegasjonsadgang.

Grunnloven § 1 statuerer: «Kongeriket Norge er et fritt, selvstendig, udelelig og uavhengelig rike. Dets regjeringsform er innskrenket og arvelig monarkisk.» Ordene har et rettslig innhold, men også stor symbolverdi. Symboler appellerer til vår umiddelbare intuisjon, ikke vår langsommere rasjonalitet. Derfor er grunnlovens portvakt en farlig bestemmelse. Den som klarest har advart mot bestemmelsens makt over sinnene, er Finn Hiorthøy, ekspedisjonssjef i Lovavdelingen, senere høyesterettsdommer. Hans mål var, en gang for alle, å fastslå at grunnloven § 1 er *uten rettslig betydning*. Intensiteten i Hiorthøys analyse var motivert av en frykt for at bestemmelsen kunne «få nytt liv og innhold, til skade for en gagnlig utvikling av Norges internasjonale forbindelser».²⁹

Hiorthøys standpunkt er i overkant polemisk om en dukker ned i alle nyanser, men befinner seg nærme sannheten. Den selvstendigheten grunnloven § 1 eventuelt måtte kreve, er ikke under noen omstendigheter «særlig fornem».³⁰ Grunnloven § 1 er «utvilksomt» gjenstand for dynamisk fortolking, og fastleggelsen av bestemmelsens rekkevidde må «ta utgangspunkt i det syn på statssuvereniteten som i våre dager er rådende i folkerettssamfunnet».³¹ Med henvisning til at ingen av medlemsstatene i EU kan sies å ha oppgitt sin status som selvstendig stat, understreket for eksempel Andenæs at grunnloven § 1 ikke ville utgjøre en skranke mot norsk medlemskap. Castberg forfektet samme syn, basert på følgende rettspolitiske grunnholdning:³²

29. Finn Hiorthøy, «Grunnloven og forholdet til utlandet», *Nordisk administrativt tidsskrift* 1952, s. 12–33 (s. 14).

30. Andenæs Dok. 10 (1966–67), s. 13.

31. Hhv. St.prp. nr. 50 (1998–99) *Schengen*, s. 29–30, og Andenæs, Dok. 3 (1961–62), s. 11. Andenæs' standpunkt var tidligere hevdet av Hiorthøy (1952) s. 22 og synes å ha fått allmenn oppslutning, se f.eks. Castberg, Dok. 3 (1961–62), s. 5, Utenriksdepartementets rettsavdeling, Dok. 3 (1961–62), s. 26.

32. Castberg, Dok. 3 (1961–62), s. 5, og Castberg, vedlegg til Innst. S. nr. 40 (1951) *Atlanterhavspakten*, s. 71–72.

Grunnlovens § 1 forbyr å innlemme Norge i en annen stat eller i en statsrettslig sammenslutning med andre stater [...] Men grunnloven kan fornuftigvis ikke forby at Norge går inn i en folkerettslig sammenslutning til opprettholdelse av fred, med beslutningsmyndighet for internasjonale organer. En slik fortolkning ville ikke kunne opprettholdes overfor en prinsipielt nødvendig og gagnlig utviklings tvingende krav. Så sant en slik internasjonal ordning for Norges vedkommende er forankret i de norske statsmaktens egen beslutning, er grunnlovens § 1 ikke trådt for nær.

Castbergs tilnærming er praktisk og realitetsorientert. Tolkningen kan begrunnes med at «Norges 'frihet og selvstendighet' vil være langt mer trygget i et folkeretts-samfunn som bygger på lov og rett enn et folkerettssamfunn som bygger på idéen om statenes absolutte suverenitet».³³ I dette ligger en antydning om at grunnloven § 1 nærmest er irrelevant ved spørsmål om samarbeid gjennom internasjonale organisasjoner. Som vi skal se, er dette ikke uttrykk for en pragmatisk modifikasjon, men snarere et dypt prinsipielt standpunkt.

4.2 Forskjellen mellom statsforbund og internasjonalt samarbeid

Det er allmenn enighet om at grunnloven § 1 oppstiller en skranke mot å inngå statsforbund. Bestemmelsens rettslige essens er blitt formulert slik: «Den norske Grunnlov utleder ikke sin rettslige gyldighet av noen annen statsforfatning som forbinder Norge med noen annen stat eller forbundsstat.»³⁴ Også Hiorthøy anerkjente dette, men for ham var det viktigere å frigjøre seg fra grunnloven § 1 i det praktisk viktige spørsmålet om norsk deltakelse i internasjonale organisasjoner, heller enn å gi honnør til pedantiske poenger om forbund mellom stater, helt uten praktisk aktualitet.³⁵ Forutsatt en slik presisering tror jeg Hiorthøy gjorde rett i å avvise § 1 fullstendig.

Man kan se fremveksten av folkerettssamfunnet som en erkjennelse av at statene har en moralsk plikt til å organisere et fellesskap av stater, på samme måte som enkeltindivider har en plikt til å gå sammen og konstituere en stat.³⁶ Innenfor en slik organisatorisk ramme tjener begreper som «autonomi» eller «suverenitet» i første rekke til å understreke at et individ ikke blir underkastet et annet individ, eller at en stat ikke blir underkastet en annen stat. Til sammenlikning vil det å hevde autonomi eller suverenitet overfor systemet som sådant arte seg som å ta forbehold mot selve samfunnet og dets rettsorden. Man kan nok finne filosofiske

33. Utenriksdepartementets rettsavdeling, Dok. nr. 3 (1961–62), s. 26.

34. Utenriksdepartementets rettsavdeling, Dok. nr. 3 (1961–62), s. 25–26, jf. Castberg (1947-II), s. 167.

35. Hiorthøy (1952), s. 24.

36. Utdypet i Tarjei Bekkedal, *Frihet, likhet, fellesskap*, Bergen 2008, s. 37–40 med videre henvisninger.

retninger som ser seg i stand til å begrunne slike standpunkter. Innenfor en norsk diskurs pleier vi imidlertid ikke å bruke begrepene slik. Ikke bare er jeg et autonomt individ selv om jeg underkaster meg samfunnet og dets rettsorden – samfunnet beskytter også min autonomi mot overgrep fra andre individer. Noen motstrid mellom regulering og autonomi eksisterer ikke.

Jeg går ikke nærmere inn i filosofiske utlegninger av suverenitetsbegrepet, for trekker vi linjen mellom grunnloven § 1 og grunnloven § 115, synes den å kunne bekrefte de enkle betraktningene og distinksjonene som er oppstilt ovenfor. Grunnloven § 115 åpner ikke for å overføre myndighet til andre stater, men kun til internasjonale organisasjoner. Dette gjenspeiler at selvstendighetskravet i grunnloven § 1 er blitt forstått som et forbud mot å inngå statsforbund. Forbudet i § 1 blir videreført og i det hele tatt ikke berørt, for grunnloven § 115 gjelder noe annet, *kollektivisering av suverenitet*, og det siste skjer per definisjon uten at det oppstår statsrettslige forbindelser.³⁷ Derfor tror jeg det er dekkende å si at grunnlovens tilnærming til samarbeid gjennom organisasjoner hviler på en annen *grunnoppfatning* av suverenitet enn den som er rådende i forholdet selvstendige stater imellom,³⁸ et poeng jeg har utesket i større detalj tidligere.³⁹ Dette etterlater grunnloven § 1 som langt på vei irrelevant i slike sammenhenger.

4.3 Grunnloven § 1 og grunnloven § 115 er ikke sammenfallende, men komplementære

Tilnærmingen i dagens konstitusjonelle praksis kan synes å lene seg på grunnloven § 1. Det innebærer i så fall at det grunnleggende skillet mellom norsk suverenitet versus andre stater, og norsk deltakelse i internasjonalt samarbeid gjennom internasjonale organisasjoner, forsvinner. I Schengen-proposisjonen heter det for eksempel:⁴⁰

Man kan f.eks. tale om norsk suverenitet, jf. f.eks. *Castberg* som i Dok. nr 3 (1961–62) på s. 5 uttalte at «selvstendighetsbegrepet i grunnlovens § 1 rimeligvis må forstås som ensbetydende med det man uttrykker ved å karakterisere statene som suverene.» Eller man kan tale om norsk «selvråderett». [...] Forstått på denne måten innebærer passu-

37. Det virker umulig å hevde at statene som er medlemmer av EU, ikke lenger er selvstendige, se for eksempel Alan Dashwood, «The relationship between the Member States and the European Union/ European Community», *Common Market Law Review* 2004, s. 355–381 (s. 355), sml. EU-domstolen opinion 2/13, premiss 49 og 156.

38. I denne retning Utenriksdepartementets rettsavdeling, Dok. nr. 3 (1961–62), s. 21 og 27.

39. Se Bekkedal (2015), særlig avsnitt 7, «Om kollektivisering av suverenitet, medlemskapsprinsippet og grunnloven § 115».

40. St.prp. nr. 50 (1998–99) *Schengen*, s. 44.

sen i Grunnloven § 1 om at Norge er et fritt og selvstendig rike, en forutsetning om at det i utgangspunktet er norske statsorganer som skal utøve den myndigheten som Grunnloven omhandler.

Jeg tror ikke Castberg ville sluttet seg til dette uten videre, for som det fremgikk foran, var han lite villig til å utlegge grunnloven § 1 som skranke mot norsk deltakelse i internasjonale organisasjoner.⁴¹ I ettertiden finner man likevel eksempler på at grunnloven § 115, om kollektivisering av suverenitet blir utlagt som om bestemmelsen *er* grunnloven § 1 anvendt i praksis, nå utvidet til også å gjelde samarbeid gjennom internasjonale organisasjoner. Viktig er EØS-proposisjonen, hvor det heter:⁴²

[§ 115] bygger på en forutsetning – som man for så vidt kan si kommer til uttrykk i Grunnloven § 1 – om at Grunnloven utelukker andre fra å utøve slik myndighet innenfor landets grenser – med mindre de er underordnet disse våre høyeste statsorganer.

Vedtakelsen av grunnloven § 115 hvilte neppe på en slik forutsetning som EØS-proposisjonen antar. Stortingets forutsetning da § 115 kom til, var at bestemmelsens anvendelse ikke ville berøre grunnloven § 1, og det var antakelig avgjørende for at bestemmelsen ble vedtatt. Stortingets forutsetning lød slik (min utheving):⁴³

Det er de sakkyndiges oppfatning at innholdet av Grunnlovens § 1 og [121] ikke vil bli krenket ved en endring i loven slik det er foreslått med ny § [115]. I sine utredninger gir de sakkyndige en oversikt over utviklingen av det begrepsinnhold man finner formulert i Grunnloven § 1 om at Norge er et «frit, selvstændigt, udeleligt og uafhængeligt Rike». *Det er skjedd vesentlige endringer i synet på statssuverenitetsbegrepet siden Grunnloven ble til i 1814. I overensstemmelse med den oppfatning som har vært herskende på dette område i de siste årtier, konkluderer de sakkyndige med at Grunnlovens § 1 ikke kan fortolkes slik at den skal kunne hindre Norge i å delta i det internasjonale samarbeid slik det vokser fram i våre dager.*

Referansen til de sakkyndige er en referanse til Andenæs' og Castbergs klare standpunkt: at innmelding i Det europeiske fellesskap ikke ville komme i konflikt

41. Se foran, jf. også Frede Castberg, *Norges statsforfatning II*, 3. utg., Oslo 1964, s. 137, punkt 3, siste avsn.

42. St.prp. nr. 100 (1991–92) EØS, s. 336.

43. Innst. S. nr. 100 (1961–62) s. 138.

med grunnloven § 1. Grunnlovsendringen, i form av at § 115 ble vedtatt, var altså ikke nødvendig av de grunner EØS-proposisjonen synes å anta, selv om innmelding ville innebære en betydelig overføring av myndighet. Tvert imot presiserte Andenæs problemstillingen slik:⁴⁴

Det reiser seg her spørsmål om den myndighet som Roma-traktaten gir Fellesskapets organer, lar seg forene med grunnlovens kompetanseregler. Dette spørsmål er et *annet* enn spørsmålet om hva grunnlovens § 1 tillater, og det ville være aktuelt selv om vår grunnlov – slik som mange andre forfatninger – ikke hadde hatt bestemmelsen i § 1.

Standpunktet understreker at bestemmelsene i grunnloven § 1 og § 115 neppe bør anses for å være sammenfallende, de er i stedet komplementære. Forbudet mot å inngå statsforbund, jf. grunnloven § 1, uttrykker en forutsetning om at de statsorganene *som den norske grunnloven konstituerer, skal være norske*. Dersom man endrer *grunnloven*, for eksempel slik at lovgivningskompetansen blir lagt til en annen stats parlament, eller for fremtiden skal deles med dette – ja da kan vi med rette bruke begreper som «forbund», «myndighetsoverføring» eller «suverenitetsavståelse». Dette vil gripe inn i de verdier som grunnloven § 1 har til formål å reise sitt symbol over. Dermed står det også klart at delegasjon gjennom *alminnelig lov* må gå klar av grunnloven § 1. Slike lover etablerer ingen «statsrettslige bånd», men i høyden et politisk forpliktende samarbeid. Noe annet kan ikke grunnloven § 115 hjemle, for også på dette punkt komplementerer bestemmelsen skranken i grunnloven § 1, ved å presisere at beføyelsen «til å forandre denne Grunnlov» ikke kan overføres.

4.4 Eventuelle begrensninger vil bero på grunnlovens kompetansebestemmelser

Grunnloven § 1 forutsetter at statsorganene som den norske grunnloven konstituerer, skal være norske, men som vi skjønner: Dette er en langt mer begrenset fordring enn premisset om at all myndighet i riket skal utøves av norske statsorganer.

Eventuelle begrensninger i Stortingets adgang til å vedta lover som delegerer eller tildeler myndighet til internasjonale organisasjoner, må vi utlede av de respektive kompetansebestemmelsene i grunnloven, altså §§ 3, 49, 75, 88 og 90. Dette er ingen ny observasjon. Allerede i 1952 understreket Hiorthøy at om man skal søke etter en mulig kilde for «de postuler statsrettsforfatterne har trukket ut av bestemmelsen i § 1 om rikets frihet og selvstendighet», må man heller lete i de

44. Andenæs, Dok. 3 (1961–62), s. 11 (min utheving).

øvrigt av grunnlovens bestemmelser.⁴⁵ Om dette synes det å ha vært bred enighet. Justisdepartementet sluttet seg til betraktningmåten da grunnloven § 115 ble vedtatt, og det samme gjorde Fleischer med henvisning til Andenæs.⁴⁶

Det er grunn til å understreke at også Lovavdelingen i sin praksis synes å anerkjenne standpunktet foran, i hvert fall i prinsippet. I uttalelsen *Nye prosedyreregler for offentlig støtte* er det for eksempel understreket: «Vurderingen av hva som kan aksepteres, må prinsipielt ta utgangspunkt i den enkelte kompetansebestemmelsen i Grunnloven som det er tale om å gripe inn i (§ 3, § 49, § 75 § 88 § 90 m.fl.).»⁴⁷ En gjennomgang jeg har foretatt, viser at Lovavdelingen ikke har referert aktivt til grunnloven § 1 siden tolkingsuttalelsen *Voldgiftsklausuler i bilaterale investeringsbeskyttelsesavtaler* i 2002.⁴⁸ På den annen side tjener EØS- og Schengen-proposisjonen som helt sentrale kilder i hele Lovavdelingens praksis. I den grad disse proposisjonenes føringer om grunnlovsvurderingen er influert av grunnloven § 1, vil bestemmelsen fortsette å øve påvirkning selv om den ikke lenger blir referert til.⁴⁹

5. Grunnloven § 115 er ikke i seg selv en skranke

5.1 Argumentet: Når grunnloven § 115 finnes, skal den også brukes

Foran har jeg beskrevet grunnloven § 1 og § 115 som komplementære. Grunnlovens fanebestemmelse angår forholdet til andre stater. Paragraf 115 er grunnlovens særbestemmelse om samarbeid gjennom internasjonale organisasjoner. Denne observasjonen kan invitere til betraktninger av typen «når grunnloven § 115 finnes, skal den også brukes». Det siste kan stå som en enkel sammenfatning av Eirik Holmøyviks standpunkt. Hans argumentasjon er i korte trekk slik: Når det gjelder overføring av myndighet til internasjonale organisasjoner, er grunnloven § 115 både *lex specialis* og *lex posterior*. Bestemmelsen er ment å være den praktiske hovedregelen ved myndighetsoverføring.⁵⁰ Holmøyvik hevder at en streng vedtaksform er på sin plass, fordi myndighetsoverføring «i realiteten medfører ei endring i Grunnlova».⁵¹ Nærmer man seg det hele fra et slikt perspektiv, fremstår læren om «lite inngripende» som en form

45. Hiorthøy (1952), s. 23.

46. Justisdepartementet Dok. nr. 3 (1961–62), s. 44, Fleischer (1963), s. 83. Fleischer understreket, i bokstavelig forstand (s. 89), at utgangspunktet er grunnlovens respektive kompetansebestemmelser, tolket «etter sitt eget innhold». Sammenhold Andenæs, Dok. nr. 3 (1961–62), s. 11, jf. også presiseringen på side 13: «I prinsippet må svaret bero på en tolking av de enkelte grunnlovsbestemmelser.»

47. JDLOV-2013-6526 avsnitt 3.1.

48. JDLOV-1997-5405. Referansen til grunnloven § 1 finnes også i oppfølgingsnotatet fra Justisdepartementets lovavdeling og Utenriksdepartementets rettsavdeling, stilet til Statssekretærutvalget for investeringsbeskyttelsesavtaler, datert 7.12.2006.

49. Slik også Leonhardsen (2015), avsnitt 7.

50. Holmøyvik (2011), s. 452, og Holmøyvik (2013), s. 121–122.

51. Holmøyvik (2011), s. 450, og Holmøyvik (2013), s. 117.

for uhjemlet utglidning – eller, med Holmøyviks ord, som en «innskrenkende fortolkning» av skranken i grunnloven § 115.⁵² Motsatt av mitt standpunkt, mener Holmøyvik at Lovavdelingen bør stramme inn sin praksis.

5.2 Formålet bak grunnloven § 115

Holmøyviks artikler er inspirerende og tankevekkende, og han har maktet å sette viktige konstitusjonelle spørsmål på dagsordenen. En observasjon er likevel at Holmøyvik ikke nærmere drøfter premisset som resten av analysen hviler på. Han legger følgende utgangspunkt til grunn: «Når Grunnlova gir kompetanse til norske statsorgan forbyr den samstundes at internasjonale organ utøver dei same kompetansane i Noreg.»⁵³ Det er fordeler knyttet til en slik innfallsvinkel. Gjennom å anta det samme utgangspunkt som Lovavdelingen kan Holmøyvik analysere Lovavdelingens praksis på grunnlag av dens egne premisser. Derimot er det ikke gitt at de eventuelle svakheter som en slik analyse måtte avdekke, kan tas til inntekt for at praksis bør legges om i mer restriktiv retning. For egen del mener jeg at man heller bør starte i den andre enden gjennom å underkaste *utgangspunktene* en mer kritisk analyse. Kanskje er det ikke praktiseringen av unntaket som bør korrigeres, men antakelsen om hva som er hovedregelen.

Foran har jeg beskrevet hvorfor grunnloven § 1 neppe kan begrunne et delegasjonsforbud. Holdningen på tidspunktet da grunnloven § 115 ble vedtatt, var at begrensninger i adgangen til å overføre myndighet måtte utledes av de enkelte kompetansebestemmelsene i grunnloven. Med dette som utgangspunkt har det vært vanlig å nærme seg grunnloven § 115 som en nøytral unntakshjemmel, og ikke som en ny og selvstendig skranke.⁵⁴ Holmøyviks nytolkning består i at han utlegger grunnloven § 115 som en opprydding og innstramming. Følgende uttalelse fra utenriks- og konstitusjonskomiteén skal vise at «grunnlovsgivaren såg føre seg § 115 som den ordinære prosedyren ved framtidige myndighetsoverføringer»:⁵⁵

Det har flere ganger kommet til uttrykk tvil med hensyn til i hvilken utstrekning Grunnlovens prinsipper og bestemmelser er til hinder for overføring av myndighet til internasjonale organer. Det er derfor etterhvert vokst frem et tydelig behov for klarere retningslinjer på dette området og det er ut fra dette hensyn at forslaget om ny § 115

52. Holmøyvik (2011), s. 468, og Holmøyvik (2013), s. 122.

53. Holmøyvik (2013), s. 121. Tilsvarende Holmøyvik (2011), s. 448.

54. Castberg (1964), s. 136. Fleischer (1963), s. 88.

55. Innst. S. nr. 100 (1961–62) s. 138 (min utheving), Holmøyvik (2011), s. 452.

må sees. Forslaget har en generell karakter og tar sikte på å *lette adgangen* for vårt land til å delta aktivt i gjensidig forpliktende samarbeid mellom statene.

Hvis man alltid krever kvalifisert § 115-vedtak, vil det gjøre jusen på området klarere og lettere, men intensjonen bak bestemmelsen var ikke å få på plass en strømlinjeformet jus. Stortingets anliggende var å lette muligheten for å delta i internasjonalt samarbeid. Det siste oppnår man ikke ved å innføre en bestemmelse som introduserer en ny og generell vetorett for et mindretall på ¼. Vi kan merke oss Utenriksdepartementets presisering. Bestemmelsens prosedyrer er ment for «inn-gripende og for det norske samfunn alvorlige tiltak».⁵⁶

Da grunnloven § 115 kom til, var det atskillig diskusjon om norsk medlemskap i EF og om grunnloven i det hele tatt åpnet for dette. I verste fall kunne man tenke seg at grunnloven var til hinder for norsk deltakelse selv om innmelding, hypotetisk, hadde Stortingets enstemmige oppslutning.⁵⁷ Fra et praktisk perspektiv er det ingen tvil om at vedtakelsen av grunnloven § 115 bidro til klarhet, fordi man i alle tilfelle kunne falle tilbake på denne bestemmelsen *om* det viste seg å være nødvendig. Dens primære formål er å rydde eventuelle konstitusjonelle hindre av veien for Stortingets flertall.

5.3 Om tolkingen av grunnloven § 115

Den sentrale føringen for hvordan grunnloven § 115 senere er blitt forstått, er Utenriks- og konstitusjonskomitéens presisering, fremsatt året etter bestemmelsens vedtakelse (utheving i original):⁵⁸

[...] bakgrunnen var at man forutså at det kunne være behov for å ha hjemmel i grunnloven til på et begrenset område å foreta overføring til et overnasjonalt organ av myndighet av lovgivende, utøvende eller dømmende art med *direkte virkning* for norske borgere. Den nye § [115] er etter hele sin tilblivelse en fremtidsrettet paragraf, hvis formål er å muliggjøre beslutninger som *grunnloven tidligere ikke gav hjemmel for*. Det ville ikke være i samsvar med paragrafens ånd å tolke ordlyden i den slik, at heretter skal også tiltak som *i henhold til Stortingets tidligere grunnlovspraksis har*

56. Utenriksdepartementets rettsavdeling, Dok. 3 (1961–62) s. 29.

57. Formålet var å etablere en prosedyre som er lettere enn grunnlovsendring jf. § 121. Se inngående Carsten Smith, «Grunnlovsvedtak istedenfor § 93-vedtak?», *Lov og Rett* 1972, s. 290–314 (s. 295). Se også s. 300: «Hverken hensynet til en klargjøring eller en tilstramning kan sies å være det vesentlige formål med § 115.»

58. Innst. S. nr. 149 (1962–1963) s. 334. Denne uttalelsen ligger til grunn for Fleischers (1963) tilnærming (s. 88). Konklusjonen til Utenriks- og konstitusjonskomitéen i Innst. S. nr. 149 (1962–1963) s. 334 var for øvrig at man ikke trengte å ty til den nylig vedtatte bestemmelsen ved norsk tilslutning til NATOs luftforsvarssystem.

hjemmel i grunnloven, undergis behandling etter den nye § [115]. Det skulle neppe trenge noen nærmere påvisning at det aldri har vært meningen med den nye § [115] å gi uttrykk for en underkjenning av Stortingets tidligere klart uttalte forståelse av grunnloven og beslutninger truffet i overensstemmelse hermed.

Ved fremstillingen av komitéens uttalelse snitter Holmøyvik ut ordene «på et begrenset område å foreta overføring til et overnasjonalt organ av myndighet av lovgivende, utøvende eller dømmende art med direkte virkning for norske borgere». Han forteller oss at det som komitéen beskriver med disse ord, er «[d]et som Grunnlova forbaud før 1962». Med henvisning til at komitéen også gav uttrykk for at § 115 skulle være en fremtidsrettet paragraf, er Holmøyviks slutning at det også i dag synes «å vere lite rom for denne typen myndighetsoverføring utan vedtak etter § 115».⁵⁹ For egen del oppfatter jeg denne slutningen som for anstrengt, fordi intensjonen i det foran siterte utsagnet er så klar. Formålet med Utenriks- og konstitusjonskomitéens presisering var å understreke at grunnloven § 115 *ikke* må tillegges revisjonistiske hensikter. Bestemmelsen er ikke en ny og supplerende skranke mot overføring av myndighet. Også i fremtiden skal grensene for Stortingets delegasjonsadgang bero på en tolking av de respektive kompetansebestemmelsene i grunnloven. Allerede før bestemmelsens vedtakelse var det slått fast gjennom praksis at disse ikke etablerer absolutte skranker mot myndighetsoverføring.

6. Grunnlovens system

6.1 Utgangspunkter: demokrati, effektivitet, rettssikkerhet og internasjonalt samarbeid

Jeg tror man uten videre kan avvise at grunnlovens system i seg selv setter bestemte grenser for Stortingets delegasjonsadgang, i hvert fall hvis skrankene skal være definerbare og nogenlunde praktisk anvendelige. Erkjennelsen av at grunnloven er noe mer enn en samling enkeltbestemmelser, er imidlertid viktig å ta med i betraktningen når vi senere skal studere de respektive kompetansebestemmelsene.

Når vi skal nærme oss systemet, virker det fruktbart å ta samme utgangspunkt som Opsahl, og å si at grunnlovens inndeling i lovgivende, utøvende og dømmende organer sammenfaller med og uttrykker tre grunnleggende krav til statsformen: folkestyre, effektivitet og rettssikkerhet.⁶⁰ Primært er det disse konstitusjonelle verdiene overføring av myndighet må sammenholdes med. Samtidig

59. Holmøyvik (2011), s. 454–455.

60. Opsahl (1965), s. 19.

bidrar grunnloven § 115 til å understreke at også verdien av internasjonalt samarbeid nyter konstitusjonell anerkjennelse. Opsahl antok at bestemmelsen åpner for at «[a]ll myndighet som er avledet av grunnloven kan internasjonaleseres, skritt for skritt, bare ikke selve den grunnlovgivende makt som alt det andre avhenger av».⁶¹ Denne latente muligheten markerer en betydelig åpenhet overfor det internasjonale, uavhengig av bestemmelsens konkrete bruk. Det underbygges av forarbeidene hvor gjennomgangstemaet er «behovet for sterkere internasjonalt samarbeid».⁶²

I en tidligere artikkel har jeg redegjort for hvordan grunnloven § 115 kan sies å statuere et medlemskapsprinsipp. Ved kollektivisering av suverenitet skal norsk deltakelse i den organisasjonen som myndighet blir overført til, sikre en andel i den større myndighetens utøvelse. Medlemskapsprinsippet skal ivareta grunnleggende konstitusjonelle krav om demokrati og folkesuverenitet også der beslutninger løftes ut av den nasjonale sfære og opp på et internasjonalt plan.

Samarbeid uten medlemskap vil utfordre og gripe inn i de samme prinsippene. Men vi må samtidig erkjenne at folkestyre ikke er konstitusjonens eneste verdi, det må skje en avveining mot andre konstitusjonelle hensyn. Ei heller betyr folkestyre at folket, eller dets representanter, skal fatte alle avgjørelser selv. Dels vil det være ineffektivt, og dels kan andre hensyn, særlig rettssikkerhet, begrunne at både forvaltningsmyndigheter og domstoler opptrer uavhengig av folkevalgte organer. I slike tilfeller må man konsentrere oppmerksomheten om de demokratiske betingelsene hvorunder Stortinget overdrar myndighet.

6.2 Delegasjon som konstitusjonelt fenomen

I tillegg til oppmerksomhet om konstitusjonelle grunnverdier krever vårt tema refleksjon om delegasjon som et særskilt konstitusjonelt fenomen. I utgangspunktet må det være forsvarlig å legge til grunn at delegasjon i dag er anerkjent som en konstitusjonell nødvendighet, og at det i all hovedsak er stortingsflertallet som avgjør om delegasjon er nødvendig. Dette krever bevissthet om sontringen mellom grunnloven som en lovgivningspolitisk føring og grunnloven som rettslig skranke.

Det mest illustrerende eksemplet på en lovgivningspolitisk føring er kanskje premisset vi har drøftet til nå. I forarbeidene til grunnloven § 115 fastslo Justisdepartementet at grunnloven § 1 ikke er til hinder for å overføre myndighet til internasjonale organisasjoner. Deretter uttalte departementet:⁶³

61. Torkel Opsahl, «Selvstendighet og kongedømme», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1969, s. 490–510 (s. 507).

62. Smith (1972), s. 298.

63. Justisdepartementet, Dok. 3 (1961–62), s. 44.

Når Grunnloven oppretter et nasjonalt rettssystem med nasjonale statsmakter og organer og regulerer funksjons- og kompetansefordelingen mellom disse, må det antas å være Grunnlovens forutsetning at myndigheten i prinsippet og som utgangspunkt ikke kan overlates til utenlandske eller internasjonale organer.

Dette sammenfaller med den antakelse som Lovavdelingens senere praksis hviler på. I den umiddelbare forlengelsen av det siterte heter det imidlertid (mine uthevninger):

Tross dette prinsipielle utgangspunkt må det anses klart at Grunnloven i noen utstrekning tillater overføring av myndighet til ikke-norske organer, *når delegasjon ellers går an etter statsrettslige regler*. En annen sak er at det med god grunn kan hevdes at grensen for tillatt delegasjon ikke kan trekkes etter de samme kriterier når det er spørsmål om delegasjon til utenlandske eller internasjonale organer som når myndighet blir overført til nasjonale organer. Disse problemer ligger ikke i samme plan. Det som formodentlig kan sies med sikkerhet er at utenlandske eller internasjonale organer i et hvert fall *ikke kan overlates myndighet i større utstrekning enn tilsvarende myndighet statsrettslig kan delegeres til nasjonale organer*.

Med en endimensjonal rettslig innfallsvinkel kan det ved første øyekast se ut som om uttalelsene er motstridende, slik at den siste delen av utsagnet slår i hjel den første. Forklaringen er nok heller at referansen for utsagnet ikke er betraktninger om suverenitet, men konstitusjonens rammer for delegasjon, og de siste er ikke rendyrket rettslige.

Diskursen om Stortingets adgang til å delegere myndighet var levende i etterkrigstiden. Høyesteretts plenumsavgjørelser i Rt. 1952 s. 1089 og Rt. 1956 s. 952 satte et slags punktum for en langvarig debatt. Enkelt sagt avklarte Høyesterett at det er en vid adgang til delegasjon på nasjonalt hold, og at det er Stortinget som bestemmer. Kort tid etter, 13. mars 1958, avga Forvaltningskomitéen sin innstilling til Justisdepartementet. Innstillingen var, og er fortsatt, et meget viktig dokument. Vi kan trygt legge til grunn at Justisdepartementet i høy grad var bevisst både om Høyesteretts avgjørelser i plenum og om innholdet i Forvaltningskomitéens innstilling da passasjene som er sitert foran, ble skrevet. Videre kan vi bite oss merke i at Forvaltningskomitéens innstilling inneholder den samme tilsynelatende motstrid som vi finner i sitatene foran. På innstillingens side 14 fastslo komitéen først at den rettslige siden av spørsmålet om Stortingets delegasjonsadgang nå måtte anses som «avklart, idet Høyesterett har opprettholdt de omtvistede 'fullmaktslover' som grunnlovsmessige». Så, på side 20, kan man få inntrykk av at

Forvaltningskomitéen går tilbake på dette. Her sier komitéen at delegasjon på nasjonalt hold er kurant så lenge det dreier seg om utfyllende lovgivning av en teknisk karakter, men den legger deretter til, tilsynelatende mer restriktivt og på tvers av Høyesteretts klargjøring: «Det er delegasjon av myndighet til forvaltningen utenfor dette naturlige område som reiser spørsmålet om rettssikkerhet. Da er delegasjon ikke kurant, men trenger særskilt begrunnelse.»

Forklaringen på de tilsynelatende litt motstridende uttalelser er at de restriktive av Forvaltningskomitéens uttalelser kun retter seg mot spørsmålets lovgivningspolitiske (praktiske) side. Det følger klart av at redegjørelsen er plassert under kapittel 3 med overskriften (side 13): «Den lovgivningspolitiske side av forvaltningens rettssikkerhetsproblem».⁶⁴ Selv om det forfatningsrettslig var avklart at delegasjonsadgangen formelt sett rekker langt, betyr jo ikke det at man politisk bare kan kjøre på. Omfattende delegasjon krever både en høy grad av bevissthet og en særskilt politisk begrunnelse (behov/nødvendighet), men ingen rettslig begrunnelse i betydningen særskilt hjemmel.

Med kjennskap til denne referanserammen tror jeg vi mest fruktbart kan nærme oss Justisdepartementets uttalelser i forarbeidene til grunnloven § 115 på samme måte. Uten en konstitusjonell praksis om delegasjon på det internasjonale plan vil det i en startfase kunne være fornuftig å anta, som en *praktisk* presumsjon – altså som en streng lovgivningspolitisk forsiktighetsregel – at dette ikke går, slik at man presser frem gjennomtenkte politiske begrunnelser for det motsatte. Men samtidig: Dersom den ytre konstitusjonelle rammen er at utenlandske eller internasjonale organer ikke kan overlates myndighet i større utstrekning enn tilsvarende myndighet «etter statsrettslige regler» kan delegeres til nasjonale organer, så er det et ganske stort *rettslig* spillerom for modning og utvikling av ny konstitusjonell praksis.

6.3 Ansvar og kontroll

Et viktig supplerende prinsipp i vår sammenheng er at myndighet utøves under *ansvar* «i kraft av forfatningens prinsipper om folkevalg, maktfordeling, parlamentarisme og riksrettsansvar».⁶⁵ Kravet om ansvar og kontroll er på det nærmeste integrert i den alminnelige forståelsen av «delegasjon». Den som delegerer må alltid kunne trekke fullmakten tilbake, må kunne instruere om dens bruk, og må kunne nedlegge veto mot avgjørelser som er fattet i medhold av myndigheten. Derfor vil noen hevde at det å legge myndighet til internasjonale organer aldri er

64. Slik også Opsahl (1965), s. 58. Om sondringen mellom lovgivningspolitiske føringer og rettslige skranke, se også Andenæs (1962), s. 288, jf. s 294.

65. Utenriksdepartementets rettsavdeling Dok. 3 (1961–62), s. 20.

delegasjon, for betingelsene foran er ikke mulig å oppfylle.⁶⁶ Trukket til sin ytterlighet: Forsvinner kontrollmuligheten, forsvinner det konstitusjonelle ansvaret for det som skjer, og det hele blir ikke-konstitusjonelt.

Så lenge myndighetstildelingen skjer gjennom vanlig lov, tror jeg termen «delegasjon» kan stå seg. Man kan trekke fullmakten tilbake, gjennom å oppheve loven. I norsk praksis om internasjonalt samarbeid har vi foretrukket en enda mer forbeholden modell, hvor landet har akseptert betydelige folkerettslige forpliktelser som reelt binder opp det nasjonale handlingsrommet, men hvor norske myndigheter formelt står for gjennomføring og implementering på nasjonalt hold. I EØS-proposisjonen heter det:⁶⁷

Dersom vedtaket i den internasjonale organisasjonen er så detaljert at det nasjonale gjennomføringsvedtak ikke godt kan bli annet enn tilnærmet avskrift, kan det kanskje virke som en uvesentlighet om det internasjonale vedtaket har direkte virkning eller ikke. Norge vil jo forutsetningsvis lojalt oppfylle alle folkerettslige vedtak vi er bundet av. Prinsipielt er det likevel en avgjørende forskjell på å være herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere, og å gi slipp på denne «kontrollmuligheten».

Å avstå fra å gjennomføre en folkerettslig forpliktelse i nasjonal rett vil være et folkerettsbrudd. Det samme er tilfelle hvis man vedtar en delegasjonslov som overfører myndighet, men så trekker fullmakten tilbake, for å avskjære uønskede konsekvenser. Prinsipielt foreligger det ikke uten videre noen vesensforskjell, men fra et praktisk og politisk perspektiv kanskje heller en gradforskjell mellom forhåndskontroll og etterhåndskontroll.⁶⁸ Å trekke en gitt fullmakt tilbake kan klart nok være tyngre. Med henvisning til forskjellen mellom rettslige skranker og lovgivingspolitiske føringer er det imidlertid ikke opplagt at denne gradforskjellen uten videre bør definere skillelinjen mellom det rettslige domenet og det politiske handlingsrommet som grunnloven overlater til Stortinget.

En annen innvending kan være at man ved internasjonal delegasjon mister kontroll fordi man ikke kan gi nasjonalt fastsatte instruksjoner om hvordan myndigheten skal utøves. Da kan man hevde at det er snakk om overføring av myndighet, og ikke delegasjon, men innvendingen ligger nok i et annet plan. Slik vil det alltid

66. Torstein Eckhoff, «EF og Grunnloven», *Jussens Venner* 1990, s. 196–210 (s. 198), Castberg (1964), s. 135.

67. St.prp. nr. 100 (1991–92) EØS, s. 337.

68. Men det kan tenkes at nasjonale regler avskjærer muligheten for etterhåndskontroll, særlig grunnloven § 97, eller et mulig konstitusjonelt prinsipp om at Stortingets lover ikke kan rette seg mot individuelle tilfeller.

være ved internasjonalt samarbeid; nasjonale instruksjoner vil bryte med dets natur. Innvendingen er neppe heller tungtveiende. Også de av våre nasjonale forvaltningsorganer som gjennomfører europarett, er som regel gitt en uavhengig stilling, uten at noen har tenkt på det som et konstitusjonelt problem. Og for domstolers vedkommende er det uavhengighet som er *det* konstitusjonelle prinsippet.

Et relevant konstitusjonelt krav er derimot at institusjoner som blir tildelt myndighet, må være underlagt kontroll som hindrer misbruk eller feilbruk av myndigheten (noe som åpenbart er en helt annen risiko enn den som ligger i at kollektive internasjonale organer kan fatte vedtak hvis innhold Norge ideelt sett kunne tenkt seg annerledes). Men slike krav er det mulig å oppfylle, selv om organet som besitter myndigheten, ikke er norsk. Heller enn å stå for kontrollen selv blir lovgivers vesentlige oppgave å se til at kontrollmekanismer finnes.⁶⁹ Spesifikt til spørsmålet om norsk tilslutning til EUs forvaltningsbyråer tror jeg Leonhardsen (2015) har et viktig poeng når han påpeker at direkte tilslutning til og bruk av EU-retten rettsikkerhetsgarantier vil bidra til mer effektive kontrollmekanismer enn tilslutning gjennom EFTA-pilaren.

7. Overføring av lovgivningsmyndighet

7.1 Overføring i medhold av grunnloven § 115 første ledd

Av grunnlovens kompetanser er det lettest å argumentere mot delegasjon for lovgivningsmyndighetens vedkommende. Det skyldes ikke betraktninger om statssuverenitet, men kravet til folkestyre, jf. grunnloven § 49: «Folket utøver den lovgivende makt ved Stortinget.» Bestemmelsen må leses i sammenheng med grunnloven § 75, § 26 andre ledd og § 115. Den siste bestemmelsens medlemskapsprinsipp tjener til å understreke et viktig poeng: Grunnloven krever ikke at demokratiet må utøves av det norske folk alene. I motsetning til statssuvereniteten kan folkesuvereniteten kollektiviseres.

Dersom Norge er medlem av organisasjonen og lovgivningsmyndighet blir overført i samsvar med betingelsene i grunnloven § 115 første ledd, eksisterer det neppe konstitusjonelle grenser hva gjelder samlet omfang.⁷⁰ Betydelige overføringer kan være betenkelig, men dette fremstår som en lovgivningspolitisk innvending, som ligger til Stortinget å håndtere, gitt vilkåret om kvalifisert $\frac{3}{4}$ samtykke og at det må være snakk om myndighet på et «saklig begrenset område». Det

69. Dette fremstår for eksempel ikke som et problem ved delegasjon til europeiske forvaltningsbyråer, fordi disse er underlagt streng kontroll av EUs øvrige institusjoner, se f.eks. Carl Fredrik Bergström, «Shaping the new system for delegation of powers to EU Agencies», *Common Market Law Review* 2015, s. 219–242.

70. Opsahl (1969), s. 507.

siste er neppe et krav om at organisasjonens virkefelt må være saklig begrenset, eller om at summen av alle beføyelser som blir overført, ikke kan overskride et visst nivå. I stedet er poenget at hver enkelt beføyelse i seg selv må være begrenset. Formålet er ikke å sette en ramme for Stortingets adgang til å overføre myndighet, men å sikre at Stortinget er i stand til å overskue hva det samtykker til i hvert enkelt tilfelle.⁷¹

7.2 Overføring til organisasjoner Norge er medlem av

Hvis Norge først er medlem av organisasjonen som det er aktuelt å overføre myndighet til, kan man hevde at det alminnelige stortingsflertallet bør ha betydelig spillerom, før det er nødvendig å imøtekomme prosedyrekravet i grunnloven § 115 første ledd. Demokratiprinsippet vil allerede være ivaretatt gjennom medlemskapet, og et krav om kvalifisert flertall er det vanskelig å se grunn for annet enn der en beslutning er særskilt viktig, typisk ved innmelding i eller tilslutning til organisasjonen.⁷²

Spørsmålet settes på spissen dersom Norge allerede har vedtatt innmelding i en organisasjon i samsvar med prosedyrene i grunnloven § 115 første ledd, og det senere er spørsmål om en viss naturlig utvidelse av det eksisterende samarbeidet, i form av å gi nye fullmakter. I et slikt tilfelle er det langt fra opplagt at et mindretall på ¼ bør ha rett til å nedlegge veto, kanskje med negative konsekvenser også for det tidligere vedtatte samarbeid.

7.3 Overføring til organisasjoner Norge ikke er medlem av

Den vanskeligste problemstillingen er hvor langt stortingsflertallet kan gå i å overføre lovgivningsmyndighet til en organisasjon Norge ikke er medlem av, uten å komme i klammeri med grunnloven § 75 og § 49, jf. § 115. Demokratiprinsippet kan neppe utgjøre en absolutt skranke, for også et flertallsvedtak om å overføre myndighet er en demokratisk beslutning. I tillegg må det skje en avveining mot andre konstitusjonelle verdier: effektivitet, rettsikkerhet samt behovet for å samarbeide på det internasjonale plan.

Selv om det ikke finnes mye konstitusjonell praksis som gir veiledning om den konkrete avveiningen, kan man etter min mening utlede en del av det vi kan kalle «omkringliggende konstitusjonelle referanser». Reelt sett innebærer avtaler som EØS og Schengen en betydelig myndighetsoverføring til EU, på bekostning av nasjonale demokratiske prosesser.⁷³ Dette viser hvilken vekt behovet for interna-

71. Om dette, se Opsahl, Dok. 10 (1966–67), s. 24.

72. I slik retning Utenriksdepartementets rettsavdeling, Dok. 3 (1961–62), s. 29.

73. NOU 2012: 2 Europautredningen, s. 232.

sjonalt samarbeid er blitt tillagt. Jeg er naturligvis klar over at man på grunn av ortodoksien knyttet til skillet mellom folkerettslig og direkte virkning kan innvende at denne parallellen ikke er relevant. Hvis man legger formalismen til side og analyserer medlemskapsprinsippets rekkevidde på grunnlag av de hensyn det er ment å ivareta, vil dette stille seg annerledes. Det er ikke så lett å forklare hvorfor demokratiprinsippet ikke gjelder ved folkerettslig samarbeid med store konsekvenser for det norske samfunn, mens det for eksempel er til hinder for å overføre myndighet med direkte virkning til EUs forvaltningsbyråer. Derimot kan gjenomsnittet av de to tilnæringsmåtene fremstå som en gyllen middelvei.

En annen referanse er alle de områder i norsk rett hvor det er innført ulike former for monisme, for å fremme homogen og effektivt internasjonalt samarbeid. Disse områdene er ofte preget av praksis fra internasjonale domstoler som opptrer dynamisk, for eksempel Menneskerettighetsdomstolen og EU-domstolen. I prinsippet har avgjørelser fra disse domstolene i høyden folkerettslig virkning for Norge, men la oss se det hele fra lovgiverens perspektiv. Stortinget vil aldri helt kunne overskue hvilken retning de internasjonale domstolenes rettskapende virksomhet kan komme til å ta på tidspunktet for den norske gjennomføringslovens vedtakelse. Norske domstoler på sin side vil normalt vil legge ny rettsutvikling til grunn ved tolking og anvendelse av den norske gjennomføringsloven. En nyskapende eller rettsendrende dom fra en internasjonal domstol vil derfor få «direkte virkning», i den forstand at dommens *ratio decidendi* får umiddelbar effekt i norsk rett, via den allerede eksisterende norske gjennomføringsloven.⁷⁴ Skal Stortinget avskjære en uvelkommen utvikling eller endring, kan det ikke «la være å innlemme dommen», men må eventuelt kommandere norske domstoler til å se bort fra den. Det siste vil kreve at gjennomføringsloven endres – Stortinget må vedta en positiv reservasjon. Fra et demokratiperspektiv kan man hevde at det ikke er så stor forskjell mellom norsk lovgivning som «importerer» den rettskapende virksomheten til internasjonale domstoler, og norsk lovgivning som, innenfor definerte rammer, legger en viss rettskapende myndighet til et internasjonalt organ med forskriftskompetanse.

Også delegasjonsadgangen nasjonalt er en viktig konstitusjonell referanseramme. Forut for vedtakelsen av grunnloven § 115 understreket Johs. Andenæs at delegasjon internasjonalt skiller seg fra delegasjon nasjonalt. Parallellen var likevel godt synlig, for ifølge Andenæs ville det «ikke være rimelig å anta at grunnloven forbyr overdragelse av en begrenset myndighet på teknisk betonte områder». Han viste også til en, på dette tidspunkt, meget begrenset praksis som begrunnelse.⁷⁵

74. Se senest HR-2015-2536-A, *Pressens dokumentinnsyn*, avsnitt 47–51.

75. Andenæs, Dok. nr. 3 (1961–62), s. 15–16.

Selv om oppfatningen fremstår som noe underargumentert, kan den nok også vise seg som en ganske treffende tommelfingerregel når en skal nærme seg avveiningen mellom de konstitusjonelle hensyn som er i spill.

Betraktningene foran kan ikke angi nøyaktig hvordan grensene skal trekkes i enkelttilfeller, men gir argumenter for at det eksisterer et visst handlingsrom. Vi må også ta i betraktning at spørsmålet om direkte virkning er et valg mellom forhåndskontroll og etterkantkontroll – ikke en oppgivelse av enhver kontroll. I lys av dette er det forsvarlig å hevde at demokratiprinsippet, et stykke på vei, kun er en lovgivningspolitisk føring, og ikke en rettslig skranke mot enhver delegasjon av lovgivende myndighet til internasjonale organer.

8. Overføring av dømmende myndighet

8.1 Grunnloven § 88 – i utgangspunktet vide rammer

Grunnloven § 88 oppstiller neppe umiddelbare eller absolutte hindre for overføring av dømmende myndighet. I bestemmelsens første ledd andre punktum er det presisert at «innskrenkninger i adgangen til å få Høyesteretts avgjørelse [kan] bestemmes ved lov». I Rt. 1980 s. 52 *Hoaas* antydte Høyesterett at det ikke vil være i samsvar med grunnloven § 88 å avskjære enhver anke til Høyesterett «i store grupper av saker», for eksempel i saker om det offentliges erstatningsansvar ved ekspropriasjon eller andre reguleringer (s. 58). Dette understreker at det er grenser for Stortingets reguleringsadgang, men åpner samtidig et betydelig spillerom, særlig fordi hensynet bak Høyesteretts begrensning er individets rett til effektiv rettsåndhevelse, slik det i dag også fremgår av grunnloven § 95. Normalt vil ikke overføring av myndighet til internasjonale domstoler gå på akkord med denne retten, men bidra til å styrke den.

Andre hensyn som er blitt satt i sammenheng med grunnloven § 88, er hensynet til nasjonal rettsenhet og faglig kompetanse.⁷⁶ Disse hensynene er imidlertid ikke argumenter mot å overføre myndighet til å tolke internasjonale traktater og annet internasjonalt regelverk. Tvert imot kan hensynet til reell uavhengighet forutsette at den primære håndhevingen skjer av domstoler uten en nasjonal tilknytning, og som besitter særskilt kunnskap om det bestemte regelverket. Allerede i 1891 inntok Aschehoug det standpunkt at «fælles Domstole bør kunne anordnes for ethvert Slags Retsspørgsmaal, hvori en fremmed Stat eller nogen af dens Undersaatter er Part, og som derhos ikke skal afgjøres blot efter Norges Love, men idetmindste for nogen Deel efter Folkeretten».⁷⁷ Hvis Norge har påtatt

76. Hans Petter Graver, «Dømmer Høyesterett i siste instans?», *Jussens Venner* 2002, s. 263–281 (s. 279–281), Alvik (2015), s. 596.

77. Aschehoug (1891) bind I, s. 140.

seg rettslige forpliktelser gjennom å inngå en internasjonal avtale, så må man jo også ha ønsket at disse skal være effektive. En adgang til å overføre håndhevelsesmyndighet til en dertil egnet domstol skulle nærmest følge i forlengelsen.

I EØS-saker har hensynet til *internasjonal rettsenhet* (homogenitet) blitt tillagt avgjørende betydning, på bekostning av vår tradisjonelle nasjonale struktur. Et prosessuelt uttrykk for at det nasjonale domstolshierarkiet er modifisert, finner vi i domstoloven § 51 bokstav a. Enhver norsk domstol kan beslutte å forelegge et tolkingsspørsmål for EFTA-domstolen. Slike beslutninger om foreleggelse kan ikke påkjæres til en høyere instans. Det markerer at nasjonale domstoler er Europa-domstoler i saker som berører EØS-avtalen, og er en erkjennelse av at de sentrale prejudikatsdomstolene er EFTA- og EU-domstolen.

Når det gjelder Menneskerettighetsdomstolen, eksisterer det for tiden intet foreleggelsessystem, og det å bringe en sak inn for EMD forutsetter at alle nasjonale rettsmidler er uttømt. Slik sett er det formelle interne domstolshierarkiet ikke direkte berørt. Til gjengjeld innebærer EMDs etterfølgende prøvelse at domstolen reelt sett kan få karakter av å være en ankeinstans, på toppen av det nasjonale systemet.

Det er grunn til å understreke at Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser ikke har direkte virkning, og formelt kun er folkerettslig bindende for Norge, mens EFTA-domstolens tolkingsuttalelser ikke engang har slik status, og kun er rådgivende.⁷⁸ Langt på vei er realiteten likevel at Høyesterett ikke lenger dømmer i siste instans i saker som ligger under disse domstolenes myndighetsområde.⁷⁹ Når man ser på viktigheten og omfanget av forpliktelsene som følger av EMK og EØS, og tar i betraktning deres funksjon som skranke for tradisjonell norsk rett, innebærer dette reelt en overføring av myndighet på viktige områder, som langt overskrider det som med rimelighet kan betegnes som «lite inngripende». Grunnloven § 88 står ikke i veien for dette.

8.2 Krav til domstolens innretning og organisering

Heller enn å se grunnloven § 88 som en skranke mot overføring av dømmende myndighet, for så i forlengelsen å drøfte kriteriet «lite inngripende», tror jeg det er mer fruktbart å spørre: Hvilke krav stiller grunnloven til innretningen og organiseringen av den domstolen som det er aktuelt å overføre myndighet til?

Dette spørsmålet er meget aktuelt. Regjeringen har lagt frem et utkast til modellavtale for såkalte bilaterale investeringstraktater.⁸⁰ Slike handelsavtaler etablerer beskyttelsesstandarder for traktatstatenes næringslivsaktører («investo-

78. Se hhv. straffeprosessloven § 391, jf. tvisteloven § 31-3 og ODA-avtalen artikkel 34 (jf. dog artikkel 33).

79. Utdypende Graver (2002).

rer»). Vertsstatens reguleringskompetanse blir begrenset blant annet gjennom krav om full kompensasjon ved indirekte eller direkte ekspropriasjon, gjennom minimumskrav til «rettferdig og rimelig behandling», gjennom krav om nasjonal behandling, osv.⁸¹ Ved brudd på traktatforpliktelsene har investorene i utgangspunktet krav på full erstatning. I henhold til traktaten kan investorene forelegge spørsmålet om traktatbrudd for en voldgiftsdomstol oppnevnt *ad hoc*. I et tidligere utkast til modellavtale la Regjeringen opp til at nasjonale rettsmidler først måtte være uttømt, men i det nye utkastet er dette vilkåret tatt ut, etter innspill fra næringslivet.⁸²

Voldgiftsdomstolen avgjør spørsmålet om erstatning med bindende («direkte») virkning for traktatstatene. Rettsspørsmålene som tvisten reiser, blir dermed løst helt ut av det nasjonale rettssystemet. Dette finner sin forklaring i at den internasjonale bruken av bilaterale investeringstraktater vokste frem som følge av behovet for å beskytte kapitaleksportører, typisk investorer fra i-land, ved investeringer i u-land. Vernet i traktatteksten kompenserer for fraværet av god lovgivning, mens voldgiftsdomstolen kompenserer for fraværet av et velutviklet håndhevelsesapparat.

I Norge har grunnlovsspørsmålet hovedsakelig blitt analysert med henvisning til *arten* av den kompetansen som det er aktuelt å overføre. I EU, til sammenlikning, har den konstitusjonelle diskusjonen vært orientert mot svakhetene ved voldgift som mekanisme for investor-stat-tvisteløsning. Det har aldri vært tvil om at kompetansen til å løse tvister under EUs bilaterale handelsavtaler, som for eksempel TTIP, skal overføres til en ekstern domstol. Den sentrale problemstillingen har vært hvordan denne domstolen skal være innrettet. I september 2015 forkastet EU-kommisjonen løsningen med voldgiftsdomstoler, og varslet at EU i stedet vil arbeide for å etablere en internasjonal handelsdomstol som skal håndtere tvister som oppstår under EUs handelsavtaler.⁸³

With our proposals for a new Investment Court System, we are breaking new ground. The new Investment Court System will be composed of fully qualified judges, proceed-

80. *Modell for investeringsavtaler – alminnelig høring*, brev fra Nærings- og fiskeridepartementet, med høringsfrist 14. september 2015.

81. Se nærmere Alvik (2015), s. 585, og utkastet til modellavtale.

82. Sammenhold *Draft version 19.12.2007*, Article 15.3.i: «...agreement cannot be reached between the parties to this dispute within 36 months from its submission to a local court for the purposes of pursuing local remedies, after having exhausted any administrative remedies...», og *Draft version 13.05.2015*, Article 14.3: If the dispute has not been settled within [six] months of the date of receipt of the request for consultations, each Party hereby consents to the submission of such dispute to arbitration ...»

83. Pressemelding, Brussel september 2015: *Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations*. TTIP står for «Transatlantic Trade and Investment Partnership» – handelsavtalen med USA som EU er i ferd med å forhandle frem.

ings will be transparent, and cases will be decided on the basis of clear rules. In addition, the Court will be subject to review by a new Appeal Tribunal. With this new system, we protect the governments' right to regulate, and ensure that investment disputes will be adjudicated in full accordance with the rule of law.

Hvordan skal man nærme seg en tilsvarende «rule of law»-vurdering fra et norsk ståsted?

Justisdepartementets lovavdeling har vurdert grunnlovsspørsmålene med særlig henblikk på *statssuvereniteten*, jf. grunnloven § 1, men uansett hva man måtte mene om bilaterale investeringstraktater – de setter ikke rikets selvstendighet i spill.⁸⁴ Folkesuvereniteten *ville* vært en bedre suverenitet, og den svenske grunnloven *ville* tilbudt en bedre § 1. Denne statuerer: «All offentlig makt i Sverige utgår från folket.» Bestemmelsen er naturligvis ikke direkte anvendelig, men vi kan nok si som Domstolskommisjonen (1999), under ledelse av Carsten Smith:⁸⁵

Våre domstoler er en del av det offentlige styringssystem i en rettsstat som bygger på demokratiets grunnprinsipper. Selv om vår Grunnlov ikke har noen tilsvarende bestemmelse som den nye svenske Grunnlov om at «all offentlig makt utgår fra folket», er det ingen tvil om at folkesuverenitetsprinsippet ligger til grunn for vår forfatning, med Stortinget som vårt øverste folkevalgte organ.

Etter revisjonen i 2014 har denne observasjonen fått en klarere rettslig forankring også i den norske grunnloven, gjennom § 2, hvor det heter: «Denne Grunnlov skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.»⁸⁶ Dette gir grunnlag for å stille supplerende krav til organiseringen av og kvaliteten til den institusjonen som får seg overført dømmende myndighet – selv om arten av den kompetansen som blir overført, i utgangspunktet ligger innenfor det grunnloven § 88 tillater. Når det gjelder *ad hoc*-oppnevnte domstoler, oppstår det for eksempel betenkeligheter knyttet til de enkelte dommers *uavhengighet*. Videre kan et slikt domstolsapparat medføre fare for *fragmentering*. Og dypest sett: Domstolsapparatet må være organisert på en slik måte at domstolene oppnår *folks tillit*.⁸⁷

I sin hittil siste juridiske vurdering, som for øvrig er ytterst knapp, antar Justisdepartementets lovavdeling og Utenriksdepartementets rettsavdeling at «den kon-

84. JDLov-1997-5405 *Voldgiftsklausuler i bilaterale investeringsbeskyttelsesavtaler*.

85. NOU 1999: 19 *Domstolene i samfunnet— administrativ styring av domstolene*, avsnitt 5.1.

86. Se Dag Michalsen, «Grunnlovens nye verdiparagraf § 2», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014, s. 206–234, særlig s. 231.

87. Domstolskommisjonen punkt 5.4.

stitusjonelle vurderingen i det vesentlige blir den samme uansett om saken først er behandlet av nasjonale domstoler eller ikke».⁸⁸ Med henvisning til grunnloven § 2, jf. § 88, kan man spørre om dette er riktig. Etter min oppfatning bør det være av stor konstitusjonell betydning om den internasjonale domstolen får en helt fri rolle, eller om den i stedet virker i et samspill med de nasjonale domstolene. De tradisjonelle internasjonale domstolene står nok i en viss forstand over de nasjonale på sine felt, men de opererer vanligvis ikke på siden av det nasjonale systemet. I all hovedsak er det de nasjonale domstolene som anvender og iverksetter den internasjonale retten, slik som EØS og EMK. Domstolssamarbeidet er betydelig. Dette er en avgjørende legitimerende faktor nasjonalt – og ville neppe fungert om den internasjonale retten utviklet seg på måter som var uspiselig. I siste instans henger det meste på at de nasjonale domstolene er lojale, noe de internasjonale domstolene er tvunget til å ta i betraktning. Derfor er samspillet og den gjensidige avhengigheten en grunnleggende, om enn indirekte, mekanisme for å *kontrollere* internasjonale domstolers virksomhet uten å gripe inn i deres uavhengighet.

Et annet viktig prinsipp som følger i forlengelsen av grunnloven § 2, er nedfattet i grunnloven § 98 hvor det heter: «Alle er like for loven.» Domstolene er likhetsprinsippets ultimate beskytter. Når grunnloven § 88 bestemmer at Høyesterett dømmer i siste instans, er det blant annet for å forhindre at de øvrige statsmaktene kan overprøve domstolens avgjørelser.⁸⁹ Det siste kunne sette likhetsprinsippet i fare. Investeringsstraktatene utfordrer likhetsprinsippet fordi de løfter en meget begrenset gruppe ut av det alminnelige rettssystemet og etablerer et eget rettssystem for dem. Dette i kontrast til mer generelle ordninger som EU/EØS og Menneskerettighetskonvensjonen. Disse rettssystemene favner bredt og inngår som en del av både den europeiske og den nasjonale samfunnsstrukturen, stater og borgere imellom. Deres betydelige og allmenne omfang er snarere en legitimerende faktor enn det motsatte. De gjelder *alle*, og ikke bare en begrenset gruppe.

Utover å skissere noen av de mest sentrale konstitusjonelle spørsmålene foretar jeg ingen nærmere analyse her. Med henvisning til EUs vurderinger og veivalg vil det være naturlig å vente at også norske myndigheter foretar en bredere og mer nyansert utredning.

88. Notat fra Justisdepartementets lovavdeling og Utenriksdepartementets rettsavdeling, stilet til Statssekretærutvalget for investeringsbeskyttelsesavtaler, 7.12.2006, punkt 1.

89. Graver (2002), s. 278 med videre henvisninger.

9. Administrativ myndighet

9.1 Konstitusjonelle utgangspunkter

Når det gjelder overføring av administrativ myndighet, er det etter min oppfatning mulig å formulere et ganske klart utgangspunkt: Stortingsflertallet må ha vid anledning til å legge slik kompetanse til internasjonale organer, gjennom vanlig lov.

Det er sikker rett at grunnloven § 3 ikke utgjør noen reell skranke for Stortingets delegasjonsadgang. Bestemmelsen fastslår bare hva som gjelder om ikke annet er bestemt.⁹⁰ Samtidig, når det gjelder organiseringen av forvaltningsapparatet, er grunnloven så knapp at den forutsetter, og derfor legitimerer, en betydelig grad av utfylling gjennom alminnelig lov. I forlengelsen innebærer dette at Stortingets oppfatning av hva som er hensiktsmessig, effektivt, og som best tjener landets og borgernes interesser, veier særs tungt. Samtidig vil administrativ myndighet gjennomgående angå detaljspørsmål. Dersom vi først antar at det er adgang til å overføre lovgivende myndighet på «teknisk betonte områder», må det samme gjelde ved overføring av administrativ myndighet til å fatte individuelle avgjørelser.

Overføring av myndighet til å fatte individuelle avgjørelser vil ikke forutsette at Stortinget beholder en adgang til å utøve umiddelbar demokratisk kontroll med hvert enkelt av de vedtak som blir fattet. Tvert imot kan man hevde at Stortinget ikke bør blande seg inn i enkeltsaker. Stortingets oppgave er i stedet å føre kontroll med rammebetingelsene – å godkjenne utformingen av den myndighet som det administrative organet blir tillagt, og å tilse at effektive, systeminterne kontrollmekanismer er på plass.

Argumentene foran avspeiler seg gjennom en praksis som kan ses som uttrykk for en lite restriktiv holdning, så lenge samarbeid er nødvendig – med militærforvaltningen som det kanskje fremste eksempel.⁹¹ Fleischer antok for eksempel at man kan «gå meget langt uten at Stortingets samtykke må gis med 3/4 flertall» – et standpunkt som er syntesen av utgangspunktene foran.⁹²

9.2 EU-forvaltningsbyråer som eksempel

Castberg antok i sin tid at grunnloven ikke ville stå i veien for å organisere en internasjonal administrasjon av elver som går gjennom både Norge og andre land.⁹³

90. Opsahl (1965), s. 63. Se også Smith (2015), s. 257 og 269.

91. Om dette, se Eirik Holmøyvik, «Bruk av norske styrkar utanfor Noreg – statsrettslege utfordringar i fortid og notid», *Jussens Venner* 1963, s. 184–215.

92. Fleischer (1963), s. 91.

93. Castberg (1947), s. 169.

Eksemplet kan fremstå som opplagt, for det er lett å se at en slik organisering er både hensiktsmessig og nødvendig. Det samme kan vi nok si om vi bytter ut elver med «markedet», eller med sektorer som finans, patenter, flysikkerhet, osv. Verden har endret seg siden Castberg formulerte sitt eksempel i 1947, men hensynene som begrunner samarbeid, er de samme.

Behovet for europeisk koordinering har for lengst satt sitt preg på vår nasjonale forvaltningsrett. Svært mye europeisk regulering virker gjennom å stille krav til hvordan statene skal forme nasjonal forvaltning, gjennom å definere hvilke oppgaver den skal utføre og hvilken myndighet den skal utstyres med. Ofte stilles det også krav om at de nasjonale forvaltningsmyndighetene er sikret uavhengighet fra nasjonale politiske myndigheter. Det er en garanti for ikke-diskriminering, homogenitet og rettssikkerhet. Betraktet slik er den nasjonale forvaltningen langt på vei avdelinger av et europeisk system.

Det er vanskelig å se en betydelig konstitusjonell forskjell mellom tilfeller hvor Stortinget gjennomfører EU-direktiver som krever at uavhengige, nasjonale administrative myndigheter utfører bestemte oppgaver, og tilfeller hvor Stortinget slutter seg til regulering som, under hensyn til subsidiaritet, legger visse supplerende oppgaver til EU-byråer. Man kan nok peke på at det finnes visse indirekte kontrollmekanismer på nasjonalt nivå som ikke vil være til stede internasjonalt, for eksempel når det gjelder utvelgelse av personell, eller økonomiske bevilgninger – men dette fremstår ikke som viktig. Kjernen er at EU-retten skal gjennomføres. En stortingsbeslutning som setter til side et vedtak fattet av et norsk forvaltningsorgan, fattet på grunnlag av gjennomført europeisk rett, vil lett kunne bryte med Norges folkerettslige forpliktelser – nærmest som om det var vedtaket til et europeisk forvaltningsbyrå som ble tilsidesatt. Det sentrale i begge tilfeller er derfor at Stortinget kjenner innholdet og omfanget av den kompetansen som blir lagt til administrasjonen, hva enten denne er nasjonal eller internasjonal.

Den konstitusjonelle vurderingen må også ha et praktisk perspektiv. Det beste må ikke bli det godes fiende. Hvis man først anerkjenner behovet for norsk deltakelse i europeisk forvaltningssamarbeid, så finnes det neppe alternativer som er bedre enn direkte tilslutning. Likevel ser man eksempler på kreative særløsninger, for eksempel Norges tilkobling til EUs finansmyndigheter. For Norges vedkommende er den overnasjonale beslutningsmyndigheten lagt til EFTAs overvåkingsorgan ESA. Dette skyldes grunnlovens medlemskapsprinsipp. Norge er medlem av EFTA, ikke EU.

EUs begrunnelse for å legge myndighet til organer med overnasjonal myndighet er hensynet til koordinering, effektivitet og enhet. Disse hensynene vil ikke bli

realisert om ESA utøver den myndigheten som konstruksjonen legger til dem, annet enn i prinsippet. Enhet fordrer *ett* øverste organ, ikke to. Derfor vil EU-kommisjonen utforme det materielle forslag til vedtak som berører Norge. At slike vedtak skal fattes av ESA, fremstår som en formell tilpasning til norske konstitusjonelle krav, tilsynelatende uten praktisk realitet.⁹⁴

Når formalløsningen foran blir ansett for å ivareta norske konstitusjonelle verdier, mens det å overføre myndighet direkte til EU-byråene er antatt å være grunnlovsstridig, kan man spørre hvilke verdier Lovavdelingen egentlig utleder av loven. Medlemskapsprinsippet skal bidra til å sikre Norge innflytelse over den myndigheten organisasjonen utøver, men ESA-løsningen bidrar ikke til økt reell innflytelse. Derimot står den i fare for å gå på akkord med andre konstitusjonelle verdier. For eksempel er det ikke lett å se hvordan det skal være mulig for domstolene å gjennomføre en effektiv kontroll av ESAs vedtak dersom de egentlige beslutningene fattes innad i EU. Dermed er det også en fare for at myndighetsutøvelsen til den reelle beslutningstakeren ikke er gjenstand for prøving. Til sammenlikning vil direkte tilslutning til forvaltningsbyråene også være en tilslutning til kontrollmekanismene.

10. Sammenfatning og konklusjoner

Gjennom to artikler har jeg drøftet grunnlovens krav og skranker ved norsk deltakelse i internasjonalt samarbeid. Et hovedanliggende har vært å reise debatt om det som er kjernen i dagens konstitusjonelle doktriner: den skarpe og formalistiske sonderingen mellom folkerettslig og direkte virkning.

I den første artikkelen konstaterte jeg at en slik konstitusjonell skillelinje er vanskelig å begrunne rettspolitisk. Den synes heller ikke å være godt forankret i grunnlovens kilder. Mange av uttalelsene i forarbeidene til grunnloven § 115 har karakter av å være et oppgjør med det klassiske suverenitetsdogmet som sonderingen mellom folkerettslig og direkte virkning hviler på. Gjennom å identifisere det jeg karakteriserte som et «medlemskapsprinsipp», konstaterte jeg at handlingsrommet ikke er ubegrenset, selv ved samarbeid av rent folkerettslig karakter.

I forlengelsen har jeg i denne artikkelen tatt det folkerettslige handlingsrommets avlat opp til diskusjon – premisset i juridisk teori og i Lovavdelingens praksis om at grunnloven forutsetter at lovgivende, utøvende og dømmende myndighet i Norge skal utøves av norske statsorganer. Dette premisset har jeg analysert gjennom å anlegge en *negativ tilnærming* til spørsmålet om overføring av myndighet.

94. Opplegget er beskrevet i *Conclusions EU and EEA-EFTA Ministers of Finance and Economy, Incorporation of the EU ESAs Regulations into the EEA Agreement*, Brussels, 14 October 2014 14178/1/14 Rev 1.

Grunnlovens utgangspunkt, jf. § 75, er at Stortinget kan vedta enhver lov, også lover som delegerer myndighet til internasjonale organer. En negativ tilnærming innebærer at det er skrankene som nærmere må begrunnes. Det etterlater læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring som overflødig. Etter mitt skjønn er det en ubetinget fordel. Denne læren har en tvilsom rettslig forankring, og er heller ikke særlig presis. Til sammenlikning vil en negativ tilnærmingsmåte tvinge frem et svar på spørsmålet som i dagens doktrine står åpent: Inngripende i hva?

Fremstillingen har vist at grunnloven § 1 ikke er en skranke mot å overføre lovgivende, dømmende eller administrativ myndighet til internasjonale organisasjoner. Grunnlovens fanebestemmelse statuerer Norges suverenitet versus andre stater, men rikets selvstendighet kommer ikke i spill ved samarbeid gjennom internasjonale organisasjoner. Eventuelle skranke mot overføring av myndighet til internasjonale organisasjoner må i stedet utledes av de respektive kompetansebestemmelsene i grunnloven §§ 3, 49, 75, 88 og 90. Grunnloven § 115 etablerer en hjemmel for å kunne komme rundt slike begrensninger, men er ikke en supplerende skranke.

Analysene av grunnlovens skranke viste at stortingsflertallet har et betydelig handlingsrom når det gjelder å overføre myndighet til internasjonale organisasjoner gjennom vanlig lov. Som et praktisk viktig eksempel er det etter mitt skjønn vanskelig å se avgjørende konstitusjonelle hindre dersom et flertall på Stortinget ønsker å delegere forvaltningsmyndighet til EUs forvaltningsbyråer.

En sammenfattende observasjon er at dagens formalistiske tolking av grunnloven leder frem til absolutter som går for langt i hver sin retning. Holdningen om at «alt» er greit så lenge effektene kun er folkerettslige, står i fare for å sette det konstitusjonelle grunnprinsippet om folkestyre helt ut av spill. Standpunktet om at «ingenting» er greit når det gjelder overføring av intern myndighet, legger på sin side for store begrensninger på det samme folkestyret.

Verdiene grunnloven beskytter, er viktige og reelle. En tolking som holder realitetene på avstand, står i fare for å sette verdiene til side. Demokrati og folkestyre er store ord, så store at grunnlovsfortolkerne ikke har ordentlig tatt tak i dem. Jeg mener vi skylder grunnloven å prøve.

Litteraturliste

Alvik, Ivar, «Investor-stat tvisteløsning (ISDS) i internasjonale investeringstraktater», *Lov og Rett* 2015, s. 581–601.

Andenæs, Johs., *Statsforfatningen i Norge*, 2. utg. Oslo 1948.

Andenæs, Johs., «Stortingets delegasjon av myndighet», i *Avhandlinger og foredrag*, Oslo 1962, s. 273–285.

- Aschehoug, Torkel Halvorsen, *Norges nuværende statsforfatning*, 2. utg. Christiania 1891.
- Backer, Inge Lorange, «Er Norge fortsatt en selvstendig stat?» i *Retts teori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith*, Oslo 2002, s. 43–58.
- Bekkedal, Tarjei, *Frihet, likhet, fellesskap*, Bergen 2008.
- Bekkedal, Tarjei, «Om grunnlovens medlemskapsprinsipp ved overføring av myndighet til internasjonale organisasjoner», *Kritisk Juss* 2015, s. 197–230.
- Bergström, Carl Fredrik, «Shaping the new system for delegation of powers to EU Agencies», *Common Market Law Review* 2015, s. 219–242.
- Castberg, Frede, *Norges Statsforfatning*, 2. utgave, Oslo 1947.
- Dashwood, Alan, «The relationship between the Member States and the European Union/ European Community», *Common Market Law Review* 2004, s. 355–381.
- Eckhoff, Torstein, «EF og Grunnloven», *Jussens Venner* 1990, s. 196–210.
- Fleischer, Carl August, «Grunnloven § 93», *Jussens Venner* 1963, s. 73–111.
- Graver, Hans Petter, «Dømmer Høyesterett i siste instans?», *Jussens Venner* 2002, s. 263–281 (s. 279–281).
- Hiorthøy, Finn, «Grunnloven og forholdet til utlandet», *Nordisk administrativt tidsskrift* 1952, s. 12–33.
- Holmøyvik, Eirik, «Bruk av norske styrkar utanfor Noreg – statsrettslege utfordringar i fortid og notid», *Jussens Venner* 1963, s. 184–215.
- Holmøyvik, Eirik, «Grunnlova § 93 og læra om 'lite inngripende' myndigheitsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis», *Lov og Rett* 2011, s. 447–471.
- Holmøyvik, Eirik, «'Sikker konstitusjonell praksis'», *Nytt norsk tidsskrift* 2013, s. 117–125.
- Leonhardsen, «The EEA EFTA States and EU Agencies: Getting Along or Going Alone», 2015, ssrn.com.
- Lilleby, Fredrik Lied, *Grunnloven § 93 og unntaket for «lite inngripende» myndighetsoverføring*, Perspektiv 03/10, Stortingets utredningsseksjon, 2010.
- Michalsen, Dag, «Grunnlovens nye verdiparagraf § 2», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014, s. 206–234.
- Morgenstjerne, Bredo, *Lærebok i den norske statsforfatningsrett*, 3. utg., Oslo 1927.
- Opsahl, Torkel, *Delegasjon av Stortingets myndighet*, Oslo 1965.
- Opsahl, Torkel, «Selvstendighet og kongedømme», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1969, s. 490–510.
- Sejersted, Fredrik & Boe, Erik, *Schengen og Grunnloven*, Oslo 1999.
- Smith, Carsten, «Grunnlovsvetakt istedenfor § 93-vedtak?», *Lov og Rett* 1972, s. 290–314.
- Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati*, Bergen 2015.
- Tverberg, Arnulf, *Staten – herre i eget hus? Grunnloven og verden rundt oss*, Lovdata.no, 2014.