

Norges Høyesterett ved 200-årsjubileet

*Tore Schei**

1 HØYESTERETT – EN INSTITUSJON I TIDEN OG I TRADISJONEN

På vei inn i Høyesteretts hus passerer vi to av det tyvende århundrets store norske jurister – Paal Berg og Rolv Ryssdal. Byster av dem står på sokkel på hver sin side av hovedinngangen. Paal Berg var justitiarius i den mest dramatiske situasjonen Høyesterett noen gang har vært i – da Høyesterett i desember 1940 nedla sine embeter. Dette var en konsekvens av at Reichskommissar Terboven ikke ville akseptere at domstolene kunne ta stilling til den folkerettslige gyldighet av forordninger utstedt av okkupasjonsmaktens organer og av forordningen som ga den kommissariske statsråd myndighet til å bestemme om dommere skulle få fortsette i sitt embete etter fylte 65 år, en forordning som la til rette for nazifisering av Høyesterett. Rolv Ryssdal var høyesterettsdommer fra 1964 og justitiarius fra 1969 til 1984. Med sin sterke personlighet og intellektuelle kraft preget han Høyesterett i sin tid her, og han satte også internasjonalt spor etter seg som president i Den europeiske menneskerettsdomstol fra 1985 til 1998.

Går vi videre inn i bygningen – inn i den storslåtte hallen og opp trappen til annen etasje og det som i dag er annen avdelings rettssal og plenumssalen i Høyesterett, og snur oss mot veggen med gjengivelse av fundamentale rettsregler i gamle lover og grunnleggende menneskerettsdokumenter – ser vi bysten av Johan Randulf Bull, justitiarius fra Høyesteretts opprettelse og til 1827. Han ledet Høyesterett i den viktige etableringsfasen. Vi kunne fortsatt ferden videre innover i bygningen og opp til første avdelings rettssal i tredje etasje og dommerrommet der, hvor det henger malerier av justitiariene og fotografier av dommerne eller tegninger av dem. Det er mange personligheter her som har vært med å prege Høyesterett opp gjennom tiden, og som har gitt sine bidrag til utviklingen av domstolen.

Min oppgave er ikke å gi en historisk redegjørelse om institusjonen og dommerne, men å beskrive Høyesterett slik institusjonen er i dag. Poenget med disse spredte visittene til enkeltpersoner er å minne om at dagens Høyesterett ikke kan forstås uten den historiske tradisjonen. Historiske tilbakeblikk vil også illustre-

* Tore Schei er justitiarius i Norges Høyesterett.

re at virksomheten i Høyesterett reflekterer samfunnssituasjonen i den aktuelle tidsperioden.

Mye ville vært annerledes ved Høyesterett om viktige veivalg og begivenheter hadde uteblitt eller fått et annet forløp. Det ser vi allerede ved det historiske utgangspunktet for Norges Høyesterett. Forbildet var den dansk-norske Høyesterett, med blant annet den muntlige prosesstradisjon. Norges Høyesterett ville vært en annen domstol i dag om unionen med Sverige også hadde satt sitt preg på prosess- og domstolsystemet.

Også mange andre juridiske veivalg og begivenheter, dels innenfor Høyesterett og dels blant annet gjennom lovgivningen, har vært med på å forme dagens Høyesterett og gi Høyesterett den plass i vår forfatning domstolen har. Som noen eksempler kan nevnes den rettspraksis som alt fra de første årene etter etableringen av Høyesterett la grunnlaget for Høyesteretts rolle som kontrollorgan overfor de øvrige statsmakter, gjennom gyldighetskontrollen av forvaltningsvedtak og adgangen til å tilsidesette lover som stridende mot Grunnloven. Fra den andre enden av tidsspennet mellom etableringen og 200-årsjubileet er det naturlig å ta med internasjonaliseringen av retten – inkorporeringen av de internasjonale menneskerettigheter, EØS-samarbeidet og de internasjonale domstolenes og klageorganenes rolle.

Internasjonaliseringen av retten har styrket Høyesterett i forhold til våre to øvrige forfatningsorganer – Stortinget og Regjeringen. Men for anvendelsen av menneskerettskonvensjonene har den også vært en del av maktoverføringen til internasjonale organer.

Praktisk og prinsipielt viktig er også den endringen som trådte i kraft 1. august 1995 ved den såkalte to-instansordningen. Ordningen ble da at alle straffesaker starter i tingrettene. Anker derfra går til lagmannsrettene. Høyesterett ble tredjeinstans – som i sivile saker. Dette endret Høyesteretts rolle i strafferettspleien. Høyesterett kan i langt større grad enn tidligere konsentrere seg om de prinsipielt viktige sakene.

Som enhver samfunnsinstitusjon er Høyesterett preget av den tiden og de samfunnsforholdene institusjonen virker i. Sakene og de rettslige spørsmål som de reiser, reflekterer tidens næringsliv og sosiale forhold og den aktivitet og de restriksjoner offentlige myndighetsorganer utøver og gir pålegg om. Dagens samfunn og tenkning gir også føringer for Høyesteretts virksomhet ut over dette, blant annet i den rent praktiske arbeidsmåten og kontakten utad – ikke minst mot media og mot juristmiljøer i andre land. Noe av denne utviklingen har gått langsomt, men mye har skjedd i de 15–20 siste årene.

Høyesteretts oppgave og funksjon er å avgjøre de saker som kommer til domstolen. Prosesslovene gir her en ramme ved å bestemme hvilke saker som kan ankes inn for Høyesterett. Der hvor det er en ankeadgang, er det opp til partene om de vil bruke denne adgangen. For de viktigste avgjørelsene – dommene i lagmannsrettene i sivile saker og i straffesaker – er det nødvendig med samtykke fra ankeutvalget for å få fremmet en anke. Samtykke skal bare gis «når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken avgjort i Høyesterett», jf. tvisteloven § 30-4 og straffeprosessloven § 323. Disse bestemmelsene bygger på den grunn tanken at Høyesteretts hovedoppgave er å være en prejudikatdomstol. Høyesterett skal bidra til å klargjøre og – innen de rammer som følger av grunnlov og lov – utvikle retten. Som det også har vært sagt: Høyesterett skal arbeide for rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling. Avgjørelsene skal følges i saker som reiser likeartede rettsprospørsmål, både av underordnede domstoler og av Høyesterett selv.

Det som mer enn noe særkjenner Norges Høyesterett, er den vide kompetanse Høyesterett har. Høyesterett er en alminnelig høyesterett ved at den er landets øverste domstol innen sivilrett og strafferett, en forvaltningshøyesterett som øverste domstol i forvaltningssaker og en forfatningsdomstol i den forstand at Høyesterett i siste instans prøver om lover og vedtak er i samsvar med de krav Grunnloven stiller. I svært mange europeiske land er domstolsordningen en annen. Domsmyndigheten i siste instans, og oftest også i de øvrige instanser, er gjerne delt mellom ulike domstoler – mellom en «alminnelig» høyesterett og en forvaltningshøyesterett og ofte også en egen høyesterett for konstitusjonelle spørsmål. Både Sverige og Finland har egne forvaltningsdomstoler – herunder en egen forvaltningshøyesterett.

I tilknytning til Høyesteretts meget vide kompetanse er det også grunn til å trekke frem den manglende spesialiseringen innenfor Høyesterett, i den forstand at det ikke er bestemte dommere som behandler bestemte sakstyper. Her er det også en forskjell til de øverste domstolene i mange europeiske land, hvor det ofte er en utstrakt spesialisering for dommerne. Den vide kompetansen og fravær av spesialisering stiller særlige krav til behandlingen av sakene. Jeg kommer noe tilbake til dette avslutningsvis under punkt 11.

Det viktigste ved virksomheten i Høyesterett er selvfølgelig arbeidet med sakene og de avgjørelser som treffes. Betydningen av Høyesteretts dommer for utviklingen av viktige rettsfelt er tema for flere av de andre artiklene i dette jubileumsskriftet. For å få frem hva som nærmere karakteriserer Høyesterett som domstol, vil jeg gå inn på prinsipielle sider ved virksomheten her, blant annet

kontrolloppgavene overfor Stortinget og forvaltningen, men også på det mer praktiske, ikke minst hvordan arbeidet med sakene er lagt opp. Samlet er temaet så stort at min ambisjon kun er å gi en oversikt over og et innblikk i dagens Høyesterett.

Det er en insiders beretning og syn på Høyesterett jeg kan gi. Som dommer her i snart tre tiår har jeg tatt del i den betydelige utviklingen av domstolen i denne perioden. Men manglende uhildethet kan kanskje for den interesserte leser i noen grad veies opp av kjennskap til og kunnskap om institusjonen.

Jeg starter med organiseringen av og arbeidet i Høyesterett ut fra en mer praktisk synsvinkel – punktene 2 og 3. Jeg ser så under punktene 4 til 8 på enkelte prinsipielle sider ved virksomheten, blant annet Høyesteretts forfatningsrettslige stilling, kontrollen med de øvrige statsmakter, internasjonaliseringen, Høyesterett som politisk organ og kravet til uavhengighet. Deretter, under punktene 9 og 10, reflekterer jeg litt over hvem vi er, utnevningssprosessen og dagliglivet og dommerkulturen i Høyesterett og avslutter i punkt 11 med noen tanker om nødvendig organisasjonsutvikling for Høyesterett.

2 ORGANISASJONEN, ARBEIDET OG ARBEIDSMÅTEN

Oversikt over organisasjonen og organiseringen

Høyesterett består av 20 dommere, inkludert justitiarius. Det er disse 20 dommerne som i ulike roller – som domstolleder, forberedende dommer, dommer i ankeutvalget og dommer i avdelingene eller i forsterket rett – samlet utøver den dømmende makt som er tillagt Høyesterett. I det daglige arbeidet veksler dommerne mellom de to avdelingene og ankeutvalget, likevel slik at det i løpet av året er en del uker den enkelte dommer har til disposisjon til blant annet ferdigstilling av dommer, forberedelse til saker som skal opp i avdeling i senere uker mv. – såkalte kontoruker.

Hensett til Høyesteretts vide kompetanse, er 20 dommere egentlig et lavt antall. Tas det hensyn til at én dommer alltid har studiepermisjon, har dommertallet vært temmelig stabilt i flere tiår. Økende sakstall og en stadig større kompleksitet i sakene, blant annet som følge av internasjonaliseringen av retten, har medført en større arbeidsmengde. Denne kan i praksis ikke kompenseres med flere dommere. Skal Høyesterett fungere som en prejudikatsdomstol, må det kunne holdes en enhetlig linje i de rettslige spørsmålene. Det tilsier at dommertallet holdes så lavt som praktisk mulig. Den økte arbeidsbyrden må møtes med andre tiltak, først og

fremst ved å bygge ut hjelpefunksjonene og da særlig det juridiske sekretariatet.

Som enhver annen maktutøver er Høyesterett avhengig av støttefunksjoner for at domstolen på en god og hensiktsmessig måte skal kunne ivareta sine oppgaver. Det er et administrativt apparat på til sammen ca. 50 personer som står for dette. Dette apparatet og de administrative oppgaver ellers, ledes av Høyesteretts direktør, likevel slik at justitiarius også har et overordnet ansvar for administrasjonen.

To grupper innenfor det administrative støtteapparatet har oppgaver som er særlig nær knyttet til den dømmende virksomheten. Det er for det første de juridiske utrederne. Deres oppgave er først og fremst å utrede sakene for dommerne i ankeutvalget. Det er nå 23 juridiske utredere, inkludert leder og to nestledere i sekretariatet. Utrederne er meget dyktige jurister, gjerne tidlig i sin yrkeskarriere, som gjør et viktig arbeid ved tilretteleggingen og forberedelsen av sakene for dommerne i ankeutvalget. Dernest er det protokollsekretærene i de to avdelingene. Også de er jurister med viktige oppgaver – som løses med stor dyktighet – blant annet med å kvalitetssikre faktiske og rettslige opplysninger og henvisninger som gis i dommene.

De dømmende oppgavene i Høyesterett er i hovedsak delt mellom ankeutvalget og avdelingene, likevel slik at dommerne også har enedommeroppgaver som forberedende dommer både for ankeutvalget og avdelingene. Noen avgjørelser om behandlingen av enkeltsaker er også lagt til justitiarius, spesielt avgjørelser om forsterket rett.

Tidligere var det et formelt skille mellom Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg i den forstand at Høyesteretts kjæremålsutvalg etter oppregningen i domstolloven § 1 var en egen domstol. Det ble endret ved prosessreformen som trådte i kraft 1. januar 2008 med tvisteloven. Ankeutvalget, som navnet nå er endret til, ble da også formelt en integrert del av Høyesterett. Noen realitetsendring innebar ikke opphevelsen av dette formelle skillet mellom Høyesterett og utvalget. Det er den samme ordning med rotasjon av dommere mellom avdelinger og utvalg, og i praksis den samme arbeidsfordeling og kompetanseinndeling mellom utvalg og avdeling i dag som det tidligere var med Høyesteretts kjæremålsutvalg. Forskjellen er at dagens ordning også formelt gjenspeiler at det reelt sett er oppgaver innenfor den samme domstolen som løses.

Ankeutvalget

Alle saker som kommer til Høyesterett, behandles først av ankeutvalget. Sakene består av to hovedgrupper. Den ene er anker over dommer av lagmannsrettene.

Her avgjør utvalget om anken skal tillates fremmet til behandling i avdeling. Den andre hovedgruppen er anker over kjennelser og beslutninger i lagmannsrettene. Dels er dette anker over prosessstyrende avgjørelser i saker for tingrettene og lagmannsrettene, og dels er det anker over kjennelser og beslutninger der sakene etter lovgivningen endelig skal avgjøres av Høyesteretts ankeutvalg.

Den ene hovedoppgaven for ankeutvalget er altså å avgjøre hvilke anker over dommer i lagmannsrettene som skal fremmes til behandling i avdelingene. Som påpekt under punkt 1 kreves det for å få fremmet en slik anke samtykke fra ankeutvalget, og et vilkår for samtykke er regulært at anken reiser prinsipielle rettsspørsmål det er viktig å få Høyesteretts avgjørelse om. For at Høyesterett skal kunne fylle denne oppgaven, er det helt nødvendig at de langt fleste ankene siles fra. Bare da vil Høyesterett kunne ha de nødvendige ressurser til å legge det arbeid i behandlingen og avgjørelsene i de saker som fremmes, til at avgjørelsene kan gi slik veiledning i rettsspørsmålene som de bør. Årlig gis det samtykke i mellom 10 og 15 % av sakene. Det siles altså fra 85 til 90 % av ankene over dommer. Spørsmålet om samtykke avgjøres ved beslutning. En beslutning om å nekte en anke fremmet, må være enstemmig. Det er som utgangspunkt ikke noe krav til at beslutninger begrunnes, og det gjøres normalt heller ikke ved beslutninger om å nekte en anke fremmet. Jeg vil under punkt 3 gå nærmere inn på siliingsprosessen.

Det er ett unntak fra vilkåret om at samtykke til anke over dom av lagmannsretten som utgangspunkt kun skal gis hvis saken gjelder prinsipielle spørsmål det er viktig å få Høyesteretts avgjørelse om – eventuelt at det av andre grunner er særlig viktig å få saken prøvd i Høyesterett. Det gjelder anker over straffedommer der domfelte ble frifunnet i tingretten, men domfelt i lagmannsretten. En anke kan da bare nektes hvis det er klart at den ikke vil føre frem, og en beslutning om nektelse må begrunnes. Det er retten til overprøving i artikkel 14 nr. 5 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter som har nødvendiggjort denne særregelen. Også ankene i disse sakene vil i de fleste tilfeller bli nektet fremmet, men altså da med en begrunnelse for hvorfor det er klart at de ikke vil føre frem.

Den andre hovedoppgaven for utvalget er – som påpekt – å behandle anker over kjennelser og beslutninger av lagmannsretten. Det følger av tvisteloven § 30-1 annet ledd og straffeprosessloven § 7 annet ledd at disse ankene skal avgjøres av Høyesteretts ankeutvalg. Enkelte anker over kjennelser og beslutninger kan reise viktige prinsipielle rettsspørsmål. I slike tilfeller kan ankeutvalget bestemme at anken i stedet skal avgjøres i avdeling. Årlig er det omkring 10–15

saker som ordinært skulle vært avgjort av ankeutvalget som i stedet blir avgjort i avdeling. Unntaksvis kan slike saker også være av en slik karakter og viktighet at det besluttes at de skal behandles i storkammer eller plenum, se som eksempel Rt. 2008 side 1764.

Også for anker over kjennelser og beslutninger i sivile saker er det en silingsregel. Etter tvisteloven § 30-5 kan en slik anke nektes fremmet dersom anken «ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende sak, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves». Det medfører at ankeutvalget ikke undergir saken en realitetsprøving, likevel slik at man ser på om saken har vært behandlet forsvarlig i lagmannsretten. Hvis det er grunn til å stille spørsmål ved behandlingen, vil utvalget gå inn i realiteten i saken og treffe en avgjørelse basert på den. På samme måte som regelen i tvisteloven § 30-9 for siling av anke over dommer, er § 30-5 gitt for at Høyesterett ikke unødig skal måtte bruke tid på saker som ikke har prinsipiell interesse. Tvisteloven § 30-5 brukes i dag i ca. 200 saker per år. Bestemmelsen er ikke begrenset til bestemte sakstyper.

Særlige rettsikkerhetshensyn gjør at tvisteloven § 30-5 ikke har noen parallell bestemmelse i straffeprosessloven. Men for anker fra påtalemyndigheter som ikke er til gunst for siktede, er det etter straffeprosessloven § 387a annet ledd en viss adgang til å avvise anken når anken «gjelder spørsmål av mindre betydning eller at det ellers ikke er grunn til at anken tas under behandling». Denne bestemmelsen brukes sjelden.

En mye brukt regel om forenkling er bestemmelsene om at både i anker over kjennelser og beslutninger i straffesaker og i sivile saker kan ankeutvalget når det er klart at en anke ikke kan føre frem, avgjøre den uten annen begrunnelse enn nettopp det, jf. tvisteloven § 30-9 annet ledd og straffeprosessloven § 387a første ledd. Saken må da undergis full realitetsbehandling, men begrunnelsen forenkles sterkt. Disse bestemmelsene ble i 2014 brukt i henholdsvis ca. 330 og 615 saker per år.

Før sakene fordeles til dommerne i ankeutvalget går de til det juridiske sekretariatet og forberedes av en utreder. Utrederen lager regulært et notat med saksfremstilling og vurdering. Relevant rettskildemateriale gjennomgås, og avgjørelser, teori mv. legges ved i kopi. Hvis det er en sak som ligger an til å bli avgjort i utvalget ved en begrunnet avgjørelse, lager utrederen et utkast til innledningen av avgjørelsen ved å skrive en saksfremstilling og et referat av partenes anførsler, men utrederen skriver ikke utkast til begrunnelse av avgjørelsen. Etter å ha ferdigstilt saken for utvalget legger utrederen saken til den dommeren som er satt opp til å ha saken i første hånd. Hver sak avgjøres av tre dommere. Behandlingen

er skriftlig, men det er en begrenset adgang til å holde muntlig forhandling i utvalget – en adgang som i praksis (nesten) ikke brukes. Skrives det et utkast til begrunnet avgjørelse, gjøres det av den dommeren som får saken først. Saken sirkuleres så blant dommerne til man er blitt enige om avgjørelsen og begrunnelsen for den, eventuelt til også den dommer som måtte være uenig med flertallet, har skrevet en dissens. I noen mer kompliserte eller vanskelige saker kan det bli holdt møte(r) mellom dommerne til drøftelse av saken.

Utvalget avgjør totalt ca. 2350 saker i året. Fordelt på ca. 250 virkedager, blir det noe i overkant av 9 saker per dag. Noen saker er oversiktlige og raske å behandle. Andre er mer kompliserte. Tidsbruken for den enkelte sak kan for hver dommer ligge fra et kvarter til et par dager – noen ganske få ganger mer.

Høyesterett legger stor vekt på rask saksavvikling. Målet er at utvalgets avgjørelse skal treffes innen en måned etter at saken kom inn til Høyesterett. Noen saker må avgjøres meget raskt – i løpet av en til to dager. Det gjelder blant annet anker over fengslingskjennelser. Dette er for øvrig bakgrunnen for at ankeutvalget er operativt samtlige virkedager i året, inkludert julaften og nyttårsaften med mindre disse dagene faller på lørdag eller søndag.

Avdelingene

I de to avdelingene behandles de sakene hvor det er gitt samtykke til anke over dommer og de ankene over kjennelser og beslutninger hvor det er bestemt at de i stedet for å bli avgjort av utvalget skal avgjøres i avdeling. For saker som skal avgjøres i avdeling, kan det i særlige tilfeller bestemmes at de i stedet skal avgjøres med en forsterket rett, se nærmere om dette under punkt 3.

Etter henvisningen av en ankesak er det, særlig i sivile saker, en saksforberedelse til ankeforhandlingen. Saksforberedende dommer er regulært den dommeren som i ankeutvalget behandlet saken først. I mange saker holdes det et saksforberedende møte, oftest som telefonmøte. Formålet er i de fleste tilfeller å klargjøre det som skal behandles i den muntlige ankeforhandlingen, og å sørge for at forhandlingene konsentreres om de prinsipielt viktige sider ved saken og det som er omtvistet mellom partene. Det kan også være ytterligere saksforberedelse som involverer utreder, forberedende dommer og i en del tilfeller ankeutvalget, se blant annet tvisteloven § 30-7.

I de muntlige ankeforhandlingene må prosessfullmektigene gi nødvendig innføring i saksforholdet, gjennomgå eventuelle bevis og retsspørsmålene og rettskildene, og argumentere for sin parts syn. Orienteringen om saksforberedelsen og ankeforhandlingen som ligger på Høyesteretts hjemmeside, www.hoyesterett.no

rett.no, beskriver nærmere hvordan dette skal gjennomføres. Det som først og fremst skiller forhandlingene i Høyesterett fra forhandlingene i tingrettene og lagmannsrettene, er at bevisførselen i Høyesterett, med unntak for sakkyndigbevis, er middelbar.

Særlig i løpet av de 12–13 siste årene har ankeforhandlingene i Høyesterett blitt langt mer konsentrert om de viktige og omtvistete punktene i sakene enn de var tidligere. Saker som tidligere ville vært satt opp på 1½–2 dager, vil nå oftest bli satt opp på én dag. Tidsrammen fastsettes av forberedende dommer. Erfaringene fra Høyesteretts ståsted med denne omleggingen er nesten utelukkende gode. Det har nok vært saker hvor den oppsatte tiden er blitt for knapp. Det har man da forsøkt å bøte på ved å forlenge rettsdagene, eventuelt ved å forskyve neste sak. Men i det store og hele har konsentrasjonen ført til nettopp det – en konsentrasjon om det Høyesterett må gå dypt ned i – og tiden har gjennomgående vært tilstrekkelig for en god og nødvendig belysning av sakens sentrale og springende punkter. Det er også en alminnelig oppfatning i Høyesterett at denne konsentrasjonen har hevet kvaliteten på advokatprestasjonene. Konsentrasjonen av ankeforhandlingene har medført at det er blitt mer tid til behandlingen for øvrig – til forberedelsene til ankeforhandlingene og ikke minst til forberedelsene til rådslagningene.

Etter at ankeforhandlingen er ferdig, holder dommerne i saken en rådslagning. Iallfall i saker som ikke er helt små, er det vanlig at den starter dagen etter. Grunnen til det er at dommerne som ledd i forberedelsen til rådslagningen må ha tid til å gå gjennom og gjøre seg opp en foreløpig mening om det materialet og de synspunkter prosessfullmektigene har kommet med, og eventuelt også se på om det er ytterligere rettskildemateriale som må trekkes inn. Når det gjelder tiden fra sakene tas opp til doms og til rådslagningen, er det skjedd en omlegging sammenlignet med det som var vanlig et par tiår tilbake i tid. Da startet rådslagningene oftest umiddelbart etter at advokatene var ferdige med sin prosedyre. Omleggingen sikrer at dommerne får større mulighet til å «fordøye» og vurdere argumentasjonen, og i det hele få saken «under huden» før oppstart av den viktige rådslagningen.

Rådslagningen er en formalisert diskusjon. Rettsformannen i saken, det er eldste dommer etter ansiennitet – justitiarius om han er med, gir først en fullstendig redegjørelse for saken, gjennomgår eventuelle bevis, rettslige problemstillinger og utgangspunkter, rettskilder og argumentasjon og gir uttrykk for sine foreløpige vurderinger og standpunkter. Rettsformannens gjennomgang vil ofte ta omkring en times tid – i større saker mer. Redegjørelsen skal reelt sett være et

muntlig utkast til dom. Ordet går så til nest eldste dommer, som så argumenterer for sitt syn og standpunkt. Deretter gis ordet videre i ansiennitetsrekkefølge. Oftest vil det være en runde nummer to, og av og til kan det være flere runder – gjerne da mer uformelle – om enkeltspørsmål.

Rådslagningen kan synes omstendelig og tidkrevende, og det er nok betydelig forskjell mellom rådslagningen i Høyesterett og de tilsvarende drøftelser mellom dommerne i lagmannsrettene. Men de formaliserte diskusjonene er viktige som kvalitetssikring. Det blir en grundig diskusjon, alle kommer til orde, og dette motvirker at noe som kan være av betydning, overses. Det er også viktig at alle får komme med argumentasjon og synspunkter før standpunktene for den enkelte dommer låses. Det er ikke helt sjelden at dommere har skiftet standpunkt når konklusjonene etter rådslagningen trekkes. Slik bør det også være – rådslagningen er og skal være et helt sentralt ledd i behandlingen frem til Høyesteretts dom i saken. Høyesterettsdommer Hans M. Michelsen pleide å karakterisere betydningen av rådslagningene ved uttrykket: «Da lever Høyesterett.»

Når rådslagningen er fullført, pekes førstvoterende ut og eventuelt også den som skal skrive et dissenterende votum. Med svært få unntak tas førstvoterende fra en av de dommere som har flertallsstandpunktet. Tilhører rettsformannen flertallsfraksjonen, er det han/hun som peker ut førstvoterende. I praksis vil det være den av dommerne i flertallet som det er gått lengst tid siden sist skrev en førstvotering, som vil bli tildelt denne. Det vil bli avtalt tid for når utkast fra førstvoterende, og eventuelt også utkast til dissens, skal foreligge, og en frist til deretter å komme med skriftlige innspill fra de øvrige dommere. På bakgrunn av innspillene vil de som har utformet vota, lage reviderte utkast som gjennomgås i en domskonferanse, som det også fastsettes tidspunkt for ved avslutningen av rådslagningen. Det gis i domskonferansen gjerne noen innspill til ytterligere endringer.

I saker som det ikke er registrert medieinteresse for, blir det så umiddelbart votert. Dommen er da avsagt og endelig. Resultatet, i form av slutningen, blir deretter meddelt prosessfullmektigene. Det som videre skjer, samme eller neste dag, er oppretting i henhold til det som ble nedfelt i domsgjennomgangen, og korrekturlesning. Dommen blir så lagt på «løveark» og forkynt for prosessfullmektigene. Kortreferat og dommen i fulltekst legges deretter ut på Høyesteretts hjemmeside. I saker hvor det er medieinteresse, utstår voteringen – domsavsigelsen – til dommen er klargjort for utsendelse og forkynnelse og offentliggjøring på hjemmesiden. I særlige tilfeller – først og fremst i saker avgjort med forsterket rett – skjer voteringene med parter og prosessfullmektiger til stede.

Det legges et meget stort arbeid i dommene. Slik må det også være når hovedpoenget ikke er å avgjøre den konkrete tvisten, men gi veiledning om løsningen av rettsspørsmålene. En nærmere analyse av utformingen av Høyesteretts dommer er det ikke plass til her. Men jeg vil fremheve et punkt som har vært diskutert mye – om det fra Høyesteretts side skal gis en «bred» begrunnelse for resultatet med mer vidtrekkende rettslige synspunkter eller om begrunnelsen skal konsentreres om det typetilfellet man har til behandling. Hensynet til å gi veiledning til rettslivet kan tale for ikke å velge en smal, men heller en bredere tilnæringsmåte. Her er det likevel mitt syn at man bør vise en viss edrueighet. Juridiske begrunnelser som skal gjelde langt ut over den type tilfeller som er til behandling, vil kunne bli for vidtrekkende. Det er etter hvert blitt noen saker hvor Høyesterett ikke har kunnet følge tidligere avgjørelser i det omfang som ble forutsatt ved avgjørelsene. Prejudikater som ikke følges, og prejudikater det er usikkerhet om vil bli fulgt nettopp fordi begrunnelsen synes å være veldig bred og vidtfavnende, gir imidlertid ikke rettsavklaring.

Domsskrivningen er gjenstand nærmest for en kontinuerlig diskusjon mellom Høyesteretts dommere, og domsskrivning har også vært tema på flere internseminarer for dommerne. Generelt er det mitt syn at våre dommer gir bedre veiledning for rettslivet enn det for eksempel danske og også svenske høyesterettsdommer gjør. Men jeg tror nok at det i noen grad er plass for forenkling og også for å korte dommene noe ned.

Utformingen av dissenser er også diskutert. Det er nå en nokså alminnelig oppfatning at dissensene skal knyttes opp til flertallsvotumet på den måten at dissensen blir en begrunnelse for hvorfor ikke flertallets standpunkt følges, og at den ikke bør bygges opp nærmest som en avgjørelse som står på egne ben. Men det er nok ikke alltid at dette følges.

Det er dommerne selv som fullt ut skriver sine vota. Det er altså ikke slik hos oss at vi får utkast til begrunnelse fra juridiske utredere eller andre og så bearbejder eller «flikker» på et slikt utkast. I formen er førstvoterendes votum utformet som et rent personlig votum – som hans eller hennes begrunnelse for resultatet. Men selv om formen er personlig, så er likevel votumet oftest et resultat av et teamarbeid, dels gjennom diskusjonene under rådslagingen og senere domskonferanser og dels gjennom skriftlige innspill til domsutkastene. Det er nok opp til førstvoterende eller den enkelte dissenterende dommer om han eller hun vil godta endringsforslagene. Men de fleste endringsforslag aksepteres og innarbeides rett og slett fordi de er forbedringer og oppfattes slik også av domsskriverne.

Jeg nevnte i tilknytning til gjennomgangen av arbeidet i ankeutvalget at

Høyesterett legger stor vekt på rask saksavvikling. Målet er at ankeforhandlingen i straffesaker og i sivile saker skal holdes innen henholdsvis tre måneder og seks måneder etter at anken kom inn til Høyesterett. Ikke alltid, men stort sett, holdes disse fristene. Problemet er ikke sjelden å få advokatene til å møte på så vidt kort varsel.

Mer om den muntlige behandlingen. Advokatenes betydning

Muntligheten i den norske prosessen – og det gjelder i høy grad også for sakene i Høyesterett – er reell. Den er ikke noe «garnityr» til skriftlige fremstillinger og argumentasjon. Det er riktignok for alle instanser, og også for Høyesterett, en viss adgang til å gi skriftlige fremstillinger om faktiske eller rettslige spørsmål. Det gjøres imidlertid i svært liten utstrekning, og hvor det måtte inngis slike fremstillinger, er det likevel den muntlige behandlingen som er det sentrale. Noe mer praktisk er det at det gjøres unntak fra muntligheten ved at sivile anker behandles skriftlig, se tvisteloven § 30-9 fjerde ledd og § 30-10 fjerde ledd. Men også det gjøres i svært liten utstrekning, de aller siste årene bare i en sak eller to. Det er den muntlige behandling som anses for å gi den beste og den mest betryggende behandlingsformen.

Det er få land der den muntlige behandlingsformen er gjennomført så langt og så konsekvent som hos oss – og særlig gjelder dette ved en sammenligning mellom Norges Høyesterett og andre lands høyesteretter. Det vanlige for høyesterettene er at behandlingen enten er helt ut skriftlig eller at det i tillegg til skriftlige og fullstendige fremstillinger holdes et rettsmøte hvor behandlingen er muntlig. Prosessfullmektigene får innen en tidsramme som ofte er meget kort, mulighet for å utdype og fremheve enkelte punkter de mener er særlig viktige, og dommerne kan stille spørsmål til advokatene.

I de alminnelige høyesterettene i Sverige og Finland behandles de aller fleste anker over dommer helt ut skriftlig. I forvaltningshøyesterettene i Sverige og Finland skjer dette nesten unntaksfritt. Der anser de skriftlighet som en selvfølge og den beste behandlingsmåten. I Danmark, som har en prosessform som ligger nær vår, behandles de aller fleste ankesaker muntlig. Den muntlige behandlingen er kortet ned mer enn hos oss. Danskene har for øvrig den ordningen at det i praktisk talt alle saker voteres umiddelbart etter at de muntlige forhandlinger er over, og at førstvoterende før den muntlige forhandlingen har skrevet et utkast til dom. For oss er en slik arbeidsmåte fremmed. Vi skal høre de muntlige innleggene før vi danner oss en fastere mening om de spørsmål saken reiser.

Det er liten tvil om at den foretrukne behandlingsmåten for anker over dom-

mer ved andre europeiske høyesteretter er skriftlighet. For domstoler som er sammenlignbare med vår høyesterett, er det egentlig bare de øverste domstolene i common law-landene, som den engelske Court of Appeal og Storbritannias Supreme Court, som har en behandlingsform av vår type – hvor muntligheten er helt dominerende. Dette leder uvegerlig til spørsmålet: Hvorfor holder vi fast ved vår muntlige prosessform? Spørsmålet er betimelig, og det ble reist ved den prosessreformen som ble gjennomført med tvisteloven. Selv om tradisjon og vane selvfølgelig alltid vil komme inn ved slike overveielser, var valget med å holde fast ved muntligheten forankret i det grunnsyn at denne behandlingsformen best sikrer en grundig og forsvarlig behandling av de enkelte sakene. Det er vår erfaring at muntlighet er egnet til bedre å trenge inn i saken – til å få faktum og juss under huden. Et visst sammenligningsgrunnlag har vi her med de anker over dommer som behandles skriftlig – selv om de er relativt få. Kommunikasjonsformen skriftlighet gjør det langt tyngre å diskutere med partene – prosessfullmektigene – deres synspunkter og få disse utdypet og forklart nærmere. Diskusjoner og oppklaring er det lettere å få til med en løpende muntlig fremstilling.

Muntligheten gir i det hele en mulighet for en «seminarform» mellom dommere og prosessfullmektiger med spørsmål og utdyping av problemstillinger for å komme til bunns i saken. I denne forbindelse er det grunn til å trekke frem advokatenes rolle. Snakker man med utenlandske kolleger i høyesteretter der skriftlighet er prosessformen, er det få som gir uttrykk for at advokatene er til stor hjelp i sakene. I mangel av hjelp ved advokatenes innlegg har de i stedet bygget opp et høyt spesialisert utredningsapparat som dekker de fagområder der vedkommende høyesterett har kompetanse til å avgjøre saker. Vår erfaring i Norges Høyesterett, og jeg vet at det også er erfaringen i Storbritannia, hvor det altså også er en gjennomført muntlig behandlingsform, er at det i de fleste saker møter advokater med innsikt og kompetanse i nettopp det fagområdet saken reiser. Gjennom kontradiktorisk og muntlig behandling får Høyesterett stort sett et godt grunnlag for å avgjøre saken.

Alternativet til god prosedyre fra advokatene måtte også for oss vært å bygge opp et langt mer omfattende og spesialisert utredningsapparat. Det fungerer som påpekt i andre land. Men én åpenbar svakhet har et slikt alternativ med intern utredning i stedet for god advokatprosedyre: Det kontradiktoriske elementet, som er så viktig for en fullstendig belysning, blir borte eller iallfall betydelig svekket. En annen sak, som jeg kommer tilbake til avslutningsvis under punkt 11, er at det er all grunn til å styrke det juridiske sekretariatet med henblikk på større grad av utredning av rettslige spørsmål som en del av ankesakene reiser. Men det bør

være et supplement og ikke et alternativ til det advokatene formidler av rettsstoff og rettslig argumentasjon.

Den muntlige behandlingen har også en side til tilliten til Høyesterett. Muntlighet, kombinert med offentlighet, gir en innsikt i behandlingen for parter og allmennhet som man aldri kan oppnå med skriftlig behandling. Over tid tror jeg at denne effekten er viktig. Også ut fra det viktige offentlighetsprinsippet har jeg ingen tro på at behandlingsformen i Høyesteretts vil bli lagt om til skriftlig behandling.

Når det gjelder advokatenes rolle og betydning, er det også grunn til å nevne ordningen med prøveadvokater. For å ha rett til å opptre som advokat i saker for Høyesterett, må advokatene ha avlagt og bestått en prøve. De må ha prosedert to saker for Høyesterett som prøvesaker og fått denne prøven godkjent, jf. domstoloven § 221. Mitt syn er at en slik prøve er viktig og riktig. Det gir en mulighet for å få skilt fra de som ikke er skikket, og ikke minst gir den anledning til å få formidlet til advokatene hva som kreves av dem i saker for Høyesterett. Denne kommunikasjonen med advokatene skjer dels i forbindelse med prøvesakene, dels gjennom den veiledning som er utarbeidet for saksforberedelse og prosedyre i saker for Høyesterett og også gjennom kurs i prosedyre for Høyesterett, hvor dommere herfra i høy grad bidrar som forelesere.

3 SAKENE. UTVELGELSEN. UTVIKLINGSTREKK. FORSTERKET RETT

Høyesterett er en prejudikatdomstol. Det gir føringer for de anker over dommer som fremmes til behandling i Høyesterett og som avgjøres i avdelingene, og unntaksvis i storkammer eller plenum. De saker som skal fremmes, er først og fremst saker hvor Høyesteretts avgjørelse vil være prinsipielt viktig gjennom den avklaring av de aktuelle rettsspørsmål som Høyesteretts dom vil gi.

For at ankesaken skal konsentreres om spørsmål av prinsipiell interesse, har Høyesterett en vid adgang til – både i sivile saker og i straffesaker – å gi et begrenset samtykke, slik at deler av anken nektes mens noe tillates fremmet. Det kan være ett av flere rettsspørsmål eller en av flere påberopte saksbehandlingsfeil. Det er videre ikke upraktisk at anken over bevisbedømmelsen nektes, mens ett eller flere av de rettslige spørsmål henvises.

Det kan tenkes at en sak reiser prinsipielle spørsmål, men hvor det synes klart at lagmannsrettens dom er riktig, og at anken derfor ikke kan føre frem. Med mindre det prinsipielle spørsmål i et slikt tilfelle er praktisk og viktig, og det synes å være behov for en avgjørelse av Høyesterett for nødvendig rettsavklaring, vil samtyk-

ke i et slikt tilfelle normalt ikke bli gitt. Ikke minst av hensyn til partene har det klare negative sider å henvide anker som i praksis ikke har utsikt til å føre frem. Men det som da av og til gjøres, er at nektelsen av samtykke begrunnes. Det kan være ved at ankeutvalget uttrykkelig slutter seg til lagmannsrettens begrunnelse. Men det kan også være at ankeutvalget finner at resultatet klart er riktig, men at begrunnelsen bør være en noe annen og gir uttrykk for det, se som eksempel Rt. 2011 side 1011. Ankeutvalgets begrunnelse får da vekt som «miniprejudikat». Også ellers gir utvalget av og til en begrunnelse for hvorfor samtykke ikke gis. Avgjørelsene i Rt. 2008 side 328 og HR-2012-01381-U gir ulike eksempler på det. Som nevnt under punkt 2, må nektelse av anke i straffesaker begrunnes der tiltalte er frifunnet i tingretten, men domfelt i lagmannsretten – og vilkåret for å nekte er da at ankeutvalget enstemmig finner det klart at anken ikke vil føre frem.

Går vi tilbake et par tiår, ble det ved avgjørelsen av om en anke skulle fremmes, lagt atskillig vekt på størrelsen av de verdier saken gjaldt, og da slik at saker hvor tvistegjenstanden var særlig stor, sjelden ble nektet fremmet. Verdien av tvistegjenstanden kan nok i mer spesielle tilfeller fortsatt spille en rolle, men tyngden ligger på den praktiske betydningen av rettsspørsmålet. Høyesterett er blitt mer enn vant til saker hvor de økonomiske interesser som står på spill, er meget betydelige, og det gjør i seg selv normalt lite inntrykk ved avgjørelsen av henvisningsspørsmålet. At verdien av tvistegjenstanden er nokså bagatellmessig, er heller ikke et avgjørende argument for nektelse hvis en høyesterettsdom vil kunne gi en rettsavklaring av reell praktisk betydning, se som eksempel «støvlettdommen» i Rt. 2006 side 179. En sak skal for øvrig ikke behandles etter reglene for småkravsprosess dersom tvisten reiser et praktisk rettsspørsmål hvor rettsavklaring gjennom et prejudikat fra Høyesterett vil være av betydning, se tvisteloven § 10-1 tredje ledd bokstav d.

Høyesterett har som ambisjon å spille en rolle som rettsavklarer og rettsutvikler på de rettsområdene hvor det er behov for det – uansett rettsfelt. Det avgjørende for om det skal gis samtykke til å fremme en anke, vil være det praktiske behovet for avklaring og de muligheter som den konkrete saken gir for det.

Enkelte saker vil under forutsetning om at bevisførselen og bevisvurderingen gir et bestemt faktum, kunne reise prinsipielle rettslige spørsmål. Jo mer omfattende bevisføringen her vil bli, vil det tale mot å gi samtykke. Det samme vil være tilfellet for saker hvor bevismaterialet tilsier at det bør være umiddelbar bevisføring. Eksempel på slike sakstyper vil være saker om barnefordeling og barnevern. Dette er for øvrig også saker hvor det sjelden oppstår prinsipielle rettsspørsmål, tyngden ligger gjerne på den rent konkrete vurderingen.

Ikke sjelden vil ny lovgivning utløse et behov for rettsavklaring, se som eksempel storkammeravgjørelsen i Rt. 2009 side 1412 om betydningen av lovgiveruttalelser i forarbeidene til straffeloven av 2005 om et forhøyd straffenivå for visse forbrytelsestyper. Men det er slett ikke slik at det bare er ny lovgivning som byr på uløste rettsspørsmål. Det kan også være rettsfelt hvor det ligger an til en rettsutvikling over en meget lang tidsperiode. Tidligere tvistemålslov § 54 og nåværende tvistelov §§ 1-3 til 1-5 om rettslig interesse og søksmålskompetanse gir eksempler på det.

I atskillig grad vil samfunnsforholdene reflekteres i de saker som fremmes til behandling. Det er ingen tilfeldighet at tyngden av høyesterettsdommer i saker i konkurs- og insolvensrett er fra økonomisk vanskelige tider. Høyesterettsdommer om rettigheter i utmark var langt vanligere tidligere med jord- og skogbruk som betydelig viktigere næringer enn nå. I dag er saker om fiske og oppdrett og olje viktige og relativt hyppige i Høyesteretts saksportefølge, dels den offentlig-rettslige siden ved næringene som skatt og kvoter, og dels privatrettslige spørsmål. Bredden i Høyesteretts praksis er i dag større enn på lenge. Det er nok slik at rettstvister på en del rettsfelt fortsatt regulært går som voldgiftssaker, men det gjelder ikke like unntaksfritt som tidligere, for eksempel i entreprisforhold. Vi ser også at rene forretningsjuridiske forhold kommer inn som et viktig juridisk bakteppe blant annet i mange skattesaker, for eksempel innenfor oljebeskatning.

I perioder har tilfanget av forvaltningsaker vært relativt begrenset. Det har endret seg en del. Det er mange og tunge skatte- og avgiftssaker. Et annet felt hvor det har vært betydelig vekst i saksantallet, er utlendingsretten. Trygdesaker har Høyesterett hatt en del av de siste årene. Det har også vært en økning i noen andre typer forvaltningsaker, blant annet plan- og bygningssaker. Men hensett til mengden forvaltningsvedtak, er det likevel relativt få som kommer for domstolene, og selvsagt enda færre som ankes til Høyesterett.

Forholdet mellom henviste sivile saker og henviste straffesaker varierer noe fra år til år, men gjennomsnittlig behandles det i avdelingene nå omtrent like mange straffesaker som sivile saker. Forholdstallet mellom straffesaker og sivile saker som henvises, er etter min mening av liten betydning. Både i straffesaker og sivile saker henvises det heller for mange enn for få anker over dommer. Noen av Høyesteretts avgjørelser gir marginal veiledning for rettslivet. Det medfører et unødig stort arbeidspress for avdelingene med den konsekvens at Høyesterett ikke får den ro og tid det bør være til de viktige sakene. Det er nå større bevissthet i Høyesterett om at det ikke bør gis samtykke til fremme av saker hvor avgjørelsen vil ha en mer marginal prinsipiell interesse.

Ett utviklingstrekk er påtakelig. Høyesterett behandler nå langt flere saker med forsterket rett, det vil si med mer enn fem dommere, enn det som var tilfellet tidligere. Delvis har dette sammenheng med at det fra 2008 ble åpnet for at Høyesterett kan settes i storkammer med 11 dommere, men det har også vært behandlet et betydelig antall saker i plenum. I perioden 2008–2014 har 13 saker blitt behandlet i storkammer og 9 i plenum. Stort sett har sakene som har vært behandlet i forsterket rett, angått spørsmål om Grunnloven eller de inkorporerte menneskerettskonvensjoner tilsier at annen norsk lovgivning må vike eller tolkes innskrenkende. Plenum velges vanligvis – i tråd med forutsetninger i forarbeidene til reglene i domstolloven §§ 5 og 6 – når det er spørsmål om grunnlovsstrid og storkammer i andre saker av særegen betydning, for eksempel der det ut fra de grunnleggende menneskerettskonvensjoner er spørsmål om å tilsidesette eller modifisere andre lovregler på praktisk viktige rettsfelt.

Innføringen av storkammer er en konsekvens av den grunntanke i tvisteloven at det bør være proporsjonalitet mellom behandlingen av en sak og betydningen av saken. Noen saker har så vidt stor betydning at de bør avgjøres av en tyngre sammensatt rett enn en vanlig avdeling. Plenum er særlig ressurskrevende, blant annet ved at det er vanskelig å få tatt hånd om sakene i ankeutvalget i den tiden arbeidet med plenumssaken er særlig intenst. Avveiningen av om en sak skal gå i forsterket rett, kan være vanskelig. Det er et vesentlig hensyn at et større antall saker i forsterket rett vil kunne svekke tyngden av ordinære avdelingsavgjørelser, og det er lite ønskelig.

Jeg har foran under dette punktet konsentrert fremstillingen om anker over dommer. Men som jeg var inne på under punkt 2, er siling og konsentrasjon om det som har prinsipiell betydning også viktig ved behandlingen av anker over kjennelser og beslutninger. Selv om det er et utgangspunkt at disse ankene skal realitetsbehandles av ankeutvalget, gir tvisteloven § 30-5 en vid adgang til å nekte fremmet slike anker som ikke har prinsipiell betydning. Det er et klart utviklingstrekk at denne nektelseshjemmelen brukes i stadig større utstrekning. Helt vesentlig er også den enklere behandling som ligger i adgangen til å avsi såkalte forenklete kjennelser. Jeg minner også om muligheten til å henvise særlig viktige anker over kjennelser og beslutninger til avdeling, og til helt unntaksvis å sette forsterket rett også her. Samlet gir dette en mulighet for proporsjonalitet i behandlingen i Høyesterett også av anker over kjennelser og beslutninger. De viktige sakene kan undergis en grundig og omfattende behandling. De lite prinsipielle sakene kan avgjøres langt mer summarisk.

4 HØYESTERETT SOM FORFATNINGSORGAN OG KONTROLLORGAN

Grunnloven deler statsmakten i en utøvende, en lovgivende og en dømmende makt. Grunnlovens kapittel D gir bestemmelser «Om den dømmende Magt». Det er en meget sparsom regulering. Av de fem bestemmelsene i kapitlet gjelder to Riksretten og tre Høyesterett. Den viktigste bestemmelsen er utvilsomt § 88 om at Høyesterett dømmer i siste instans. Det følger av denne bestemmelsen at den øverste domsmyndigheten i Norge ikke kan deles på flere domstoler, og at det er vesentlige begrensninger når det gjelder hvilke typer rettsspørsmål som med endelig virkning kan legges til de lavere domstoler uten adgang til overprøving i Høyesterett, se her Rt. 2009 side 1118, særlig avsnittene 71–73.

Inntil grunnlovsrevisjonen i mai 2014, jf. nå Grunnloven § 95, hadde uavhengigheten for Høyesterett og domstolene ingen uttrykkelig og direkte forankring i Grunnloven. Et indirekte grunnlovsværn for uavhengigheten var det nok, blant annet gjennom Grunnlovens tredeling av makten og en egen dømmende makt. I seg selv måtte det være avgjørende for at deler av denne dømmende makten ikke kunne legges til den utøvende eller lovgivende makt, og at disse ikke kunne gripe inn i domstolenes behandling og avgjørelser i enkeltsaker. Men den konstitusjonelle forankringen for uavhengigheten er nå tydeliggjort gjennom Grunnloven § 95, se nedenfor under punkt 8. Grunnlovsværnet for uavhengigheten suppleres for øvrig av vern gjennom grunnleggende menneskerettskonvensjoner som Den europeiske menneskerettskonvensjon, spesielt artikkel 6 nr. 1 og FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, spesielt artikkel 14 nr. 1.

Noen sider ved domstolenes materielle kompetanse i den dømmende virksomheten har en sedvanerettslig konstitusjonell forankring. Det gjelder utøvelsen av kontrollfunksjonene – kontrollen med gyldigheten av forvaltningsvedtak og kontrollen med at lover er i samsvar med Grunnloven.

5 UTØVELSEN AV KONTROLLFUNKSJONENE. INTERNASJONALISERINGEN

Den kontroll domstolene – og i viktige saker i praksis Høyesterett – utøver overfor de øvrige statsmakter, er i et lengre perspektiv avgjørende for rettsstaten. Overfor Stortinget gjelder kontrollen at de lover som gis holdes innen den ramme som følger av Grunnloven, at lovgivningen ikke krenker de grunnleggende menneskerettskonvensjoner som er inkorporert ved lov og som skal ha forrang foran øvrige lovregler, og at lovgivningen ikke strider mot Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Overfor den utøvende makt gjelder kontrollen gyldigheten av forvaltningsvedtak. Jeg starter med den siste – som praktisk sett er den viktigste kontrollfunksjonen.

Domstolskontrollen med forvaltningsvedtak

Det er sikker rett at domstolene kan prøve forvaltningens avgjørelser. Som påpekt har denne – domstolsskapte – kontrollen en konstitusjonell forankring. Det er i prinsippet en gyldighetskontroll – en lovlighetskontroll – som finner sted. Domstolene kan kjenne vedtaket ugyldig slik at det ikke får virkninger etter sitt innhold, for eksempel ved at det pålegg – den byrde – det innebærer, ikke lenger kan håndheves. Domstolene kan derimot ikke sette seg i forvaltningens sted og treffe et nytt vedtak. Men rettens avgjørelse kan etter omstendighetene gi forvaltningen en plikt til dette, og forvaltningen må da rette seg etter det rettslige syn som domstolen har lagt til grunn for sin avgjørelse.

Ved sin prøving av gyldigheten kan domstolene prøve om det er feil ved saksbehandlingen eller ved det faktiske grunnlaget for avgjørelsen og prøve om det rettslige grunnlaget, herunder også den konkrete rettsanvendelsen, er korrekt. Noen ganger beror den konkrete rettsanvendelsen på et utpreget faglig skjønn hvor det er forvaltningen og ikke domstolene som har fagkunnskapen. I så fall vil domstolene være tilbakeholdne med å tilsidesette den konkrete rettsanvendelsen – prøvingsintensiteten blir lav.

Forvaltningslovgivningen gir ofte forvaltningen et spillerom – et fritt skjønn – med hensyn til om det skal gis rettigheter eller pålegges plikter og for andre sider ved vedtakets innhold. Utgangspunktet er at forvaltningen «står fritt» – med andre ord at utøvelsen av dette skjønn – denne valgretten – ikke kan overprøves av domstolene. Men dette er bare et utgangspunkt. Domstolene kan prøve om det i skjønn er tatt utenforliggende hensyn, om det foreligger forskjellsbehandling sammenlignet med praksis ellers, og skjønn må heller ikke være i høy grad urimelig.

Ikke sjelden vil det kunne være tvil om for eksempel vurderingen av et vilkår for inngrep hører til forvaltningens frie skjønn eller til rettsanvendelsen. Det er nok en tendens i senere praksis til at hvis rettsikkerhetshensyn med tyngde taler for prøving fra domstolenes side, vil man anse den aktuelle vurderingen for å være en del av rettsanvendelsen. Jo sterkere vurderingen er knyttet opp mot det spesialfaglige, jo lettere vil den bli ansett for å høre til det frie skjønn.

Forvaltningssaker har vært en økende saksgruppe for Høyesterett, se ovenfor under punkt 3. Praktisk sett er domstolskontrollen med forvaltningsvedtak viktig, selv om domstolenes – og ikke minst Høyesteretts – sakstilfang fra en del forvaltningsområder er begrenset.

Som nevnt har domstolenes kontroll med forvaltningen en konstitusjonell forankring. Prøvingen av forvaltningsvedtak vil nok, iallfall for saklig avgrensede

forvaltningsfelt, kunne undergis begrensinger i prøvingsomfanget ut over det som ellers følger av vel etablert praksis. Mer allmenne begrensinger i domstolenes prøvingskompetanse her vil derimot neppe kunne gjennomføres uten forankring i ny grunnlovsbestemmelse.

Grunnlovskontrollen

Domstolene har rett og plikt til å prøve om en lov trår Grunnloven for nær når spørsmål om det oppstår i saker som er til behandling. Denne retten ogplikten er en del av vår forfatning. Ved grunnlovskonflikt må loven enten tolkes innskrenkende eller settes til side slik at det ikke lenger er motstrid.

Grunnlovskontrollen er begrenset til grunnlovsspørsmål som oppstår i enkelt-saker. Den er ikke en abstrakt kontroll av den type som utøves av mange rene konstitusjonsdomstoler. Prejudikatseffekten av avgjørelsene medfører imidlertid at de får generell virkning. Grunnlovssynet vil bli lagt til grunn i andre saker. Det medfører at ved fastleggelsen av Grunnlovens grenser har Høyesterett det endelige ord. Skal Stortinget få gjennomslag for en grunnlovsforståelse som avviker fra den som er lagt til grunn av Høyesterett, må Stortinget endre Grunnloven.

Prøvelsesretten ble som påpekt etablert allerede på 1800-tallet. Utviklingen av denne prøvelsesretten er omfattende behandlet i statsrettslitteraturen. Utøvelsen av prøvelsesretten har gått i bølger, med en særlig aktiv periode mellom 1910 og 1930. Etter krigen viste Høyesterett stor tilbakeholdenhet ved utøvelsen av prøvingsretten. Denne tilbakeholdenheten ga foranledning til at professor Torstein Eckhoff så sent som i 1976 uttalte: «At domstolene har myndighet til å sette til side lover som de anser for grunnlovsstridige, er helt på det rene. Men jeg tviler på at denne myndighet noen gang vil bli brukt i nevneverdig utstrekning» (Jussens Venner, 1976 side 27). Men det var en antakelse som det nokså umiddelbart ble klart at det ikke var grunnlag for. I Kløftasaken, Rt. 1976 side 1, kom Høyesterett under dissens 10–7 til at nye lovregler som avskar en ekspropriert fra å få erstatning for salgsverdien av det som ble avstått ved at han måtte nøye seg med bruksverdien for dette, var i strid med Grunnloven § 105.

Siden har spørsmålet om grunnlovsmessigheten av lover kommet opp med noe ujevne mellomrom. I enkelte tilfeller er lover blitt tilsidesatt eller tolket innskrenkende for å unngå konflikt. I så henseende var 2010 et spesielt år med tre politisk viktige saker der de aktuelle lovene ikke ble gitt anvendelse fordi det ville gitt grunnlovsstrid, se Rt. 2010 side 143 – rederibeskatningsdommen, Rt. 2010 side 535 – Opplysningsvesenets fond og Rt. 2010 side 1445 – krigs-

forbryterdommen. Spørsmål om grunnlovsstrid har senest vært oppe i Rt. 2013 side 1345. Den praktiske betydningen av grunnlovskontrollen vil kunne øke i årene fremover som følge av utvidelsen av rettighetskatalogen i Grunnloven ved grunnlovsrevisjonen i mai 2014.

Ved fastleggelsen av det reelle innholdet av domstolenes prøvelsesrett er det viktig å se hen til det graderte grunnlovsværn og den betydning det har at Stortinget har gitt uttrykk for et syn om at den aktuelle lov ikke trår Grunnloven for nær. I Kløftasaken la Høyesterett til grunn en gradering av grunnlovsværnet med bestemmelser til vern om enkeltmenneskers frihet eller sikkerhet som den kategori bestemmelser hvor vernet er særlig tungt, og med grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse i den andre enden av skalaen. Om den siste gruppen ble det uttalt at her må domstolene i vid utstrekning respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter ble plassert i en mellomstilling. Denne tredelingen er fastholdt i senere praksis, og den er et sentralt utgangspunkt ved grunnlovskontrollen.

I Kløftasaken går Høyesterett inn på den betydning det skal ha for domstolenes grunnlovsvurdering at Stortinget har tatt stilling til grunnlovsspørsmålet. Prinsipielt kan det sies å være et annet spørsmål enn grupperingen av grunnlovsbestemmelsene, men rent faktisk er det en nær sammenheng – som det også fremgår av avgjørelsen. For mellomgruppen grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter ble det pekt på at «Stortingets forståelse av lovens forhold til slike grunnlovsbestemmelser må spille en betydelig rolle når domstolene skal avgjøre grunnlovsmessigheten, og domstolene må vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgiverens». Førstvoterende sier videre at han for sin del vil «vike tilbake for å konstatere grunnlovsstrid i tilfelle hvor det foreligger rimelig tvil, og hvor Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med grunnloven». Men han legger til at «skal prøvelsesretten ha noen realitet, må domstolene benytte den der de finner det hevet over rimelig tvil at loven vil føre til resultater som er i strid med grunnloven».

Det spillerom for skjønn som lovgiver her skal ha, har avtegnet seg i rettspraksis – selv om dette nok er et område hvor det er nyanser i synet. Vi kan slå fast at det at det i Høyesterett er dissens – også der Høyesterett deler seg nær midten – ikke i seg selv er nok til at Stortingets syn skal slå gjennom. Det har vært forholdet i flere plenumsavgjørelser – som i Kløftasaken, Rt. 1976 side 1, og i rederibeskatningsdommen, Rt. 2010 side 143. Vi må også, blant annet ut fra disse avgjørelsene, legge til grunn at det ikke er tilstrekkelig for at Stortinget

gets grunnlovssyn skal måtte følges av domstolene, at Stortinget har fått utredet grunnlovsspørsmålet.

Skal Stortingets syn ha betydning, stilles det kvalitetskrav til vurderingen, jf. uttalelsen i Kløftadommen om at «Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med grunnloven». Kvalitetskravet til Stortingets vurdering var fremme i tomtefestesakene fra 2007, se Rt. 2007 side 1281, særlig avsnitt 76 og Rt. 2007 side 1308, særlig avsnitt 42. Det ble der, som vilkår for å tillegge Stortingets grunnlovssyn vekt, pekt på at vesentlige konsekvenser av en lov som fremstår som problematisk i forhold til Grunnloven, må være overskuet og grunnlovsmessigheten vurdert under lovforberedelsen. Fremgår ikke det, kan generelle uttalelser om at forholdet til Grunnloven er vurdert, ikke tillegges vekt. Den aktuelle lovbestemmelsen var kommet inn sent under komitébehandlingen i Stortinget, og det var ikke foretatt noen grunnlovsvurdering av den som tilfredsstilte kvalitetskravet.

I rederibeskatningsdommen – hos flertallet – legges det til grunn at grundige utredninger ikke kan tillegges den betydning at Stortingets grunnlovssyn er avgjørende, når dette grunnlovssyn er tuftet på et uriktig vurderingstema. Det stilles altså opp et kvalitetskrav som også går på den rettslige vurdering. Langt på vei er dette bare en annen måte å uttrykke reservasjonen i Kløftadommen for de tilfeller der dommeren finner at det er hevet over rimelig tvil at loven vil føre til resultater som er i strid med Grunnloven.

Spørsmålet om betydningen av Stortingets grunnlovssyn har også vært oppe for grunnlovbestemmelser som nyter det sterkeste vernet – bestemmelsene til vern om enkeltmenneskers personlige frihet eller sikkerhet. I Kjuusdommen fra 1997, Rt. 1997 side 1821 – se side 1831, og i krigsforbrytersaken fra 2010, Rt. 2010 side 1445 avsnitt 91, ble det lagt til grunn at eventuelle forutsetninger hos lovgiver om grunnlovsmessigheten av henholdsvis straffebestemmelser som innskrenker ytringsfriheten og straffebestemmelser som virker tilbake, vanskelig kunne tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet.

Det kan trygt slås fast at med den tredeling som er lagt til grunn i praksis, og med de vilkår som er stilt opp for å tillegge Stortingets syn på grunnlovsspørsmålet avgjørende vekt, er domstolenes – Høyesteretts – kontroll med grunnlovsmessigheten av lover en praktisk realitet. Den kan gi resultater som griper sterkt inn i det politiske vedtak loven innebærer.

Prøving av lovers grunnlovsmessighet har, som påpekt, en konstitusjonell forankring. De materielle sidene ved denne kontrollen kan ikke reguleres ved lov. Derimot kan det ved lov gis regler om behandlingsmåten, som rettenes sammensetning og særlige krav til grundig behandling mv. Materielle begrensninger

i prøvingsadgangen og også begrensninger ellers som i praksis i betydelig grad vanskeliggjør kontrollen, må i tilfelle fastsettes ved grunnlovsbestemmelse.

Kontrollen mot menneskerettskonvensjonene. Internasjonaliseringen

Praktisk viktigere enn grunnlovskontrollen har vært den kontroll domstolene utøver med at lovgivningen ikke strider mot de menneskerettskonvensjoner som er inkorporert med forrang foran annen lovgivning gjennom menneskerettsloven av 1999. Denne kontrollen var også en realitet før inkorporeringen ved menneskerettsloven. Innflytelsen fra EMK var merkbar fra begynnelsen av 1990-tallet, først på straffeprosessens område. Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) gjorde det blant annet klart at påtalemyndighetens adgang til å dokumentere fra politiforklaringer der siktede ikke hadde mulighet til å avhøre vitnet, måtte begrenses sammenlignet med det som ellers fulgte av straffeprosesslovens regler. Et annet område der innflytelsen fra EMD ble tydelig, var injurieretten. I flere avgjørelser kom EMD til at norsk høyesterettspraksis hvor det ble tilkjent erstatning for ærekrenkende uttalelser i media, krenket ytringsfrihetsbestemmelsen i EMK artikkel 10. Høyesterett la som en konsekvens av dette om sin praksis og fulgte den forståelse av konvensjonen som EMD har bygget på. Dette innebærer en tolking av injuriebestemmelsene som avviker fra ordlyden av dem og Stortingets lovgiverforutsetninger.

Den internasjonaliseringen av norsk rett som anvendelsen av EMK i 90-årene var opptakten til, økte og ble langt viktigere gjennom inkorporeringen av grunnleggende menneskerettskonvensjoner ved menneskerettsloven i 1999. Kontrollen er blitt mer direkte, og det er etter hvert mange eksempler på at lover er blitt satt til side eller tolket innskrenkende for å unngå konflikt med konvensjonen. Det har til dels vært på meget praktiske områder som skatte- og avgiftsretten, hvor muligheten for å ilegge både administrativ tilleggsskatt og en sanksjon i form av «vanlig» straff for samme forhold er blitt sterkt beskåret.

Det er EMK som har hatt størst betydning på den måte at annen norsk lov er blitt tilsidesatt eller tolket innskrenkende for at konflikt skal unngås. Men innflytelsen fra de andre inkorporerte menneskerettskonvensjoner er også merkbar. Som eksempler kan vises til Rt. 2008 side 1764 og Rt. 2008 side 1783 som gjelder beslutninger om å nekte anker fremmet, og de krav til begrunnelse som stilles i denne sammenheng. Begrunnelseskrav som avviker fra det som ellers skulle følge av straffeprosessloven, ble forankret i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 5, slik denne bestemmelsen er forstått av FNs menneskerettskomité. Innflytelsen fra FNs barnekonvensjon på forståelsen

og anvendelsen av annen lovgivning har også vært vesentlig – blant annet har hensynet til «barnets beste» i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 stått sentralt ved vurderingen av anvendelse av samfunnsstraff som alternativ til fengselsstraff for personer under 18 år, se Rt. 2010 side 1313. Ved grunnlovsrevisjonen 13. mai 2014 er nå hensynet til «barnets beste» nedfelt i Grunnloven § 104 annet ledd. Det er neppe noen dristig spådom å antyde at innflytelsen fra de inkorporerte menneskerettskonvensjonene på anvendelsen og forståelsen av annen lovgivning vil øke i årene fremover.

Kontrollen med at lover er i samsvar med folkerettslige regler som er inkorporert i norsk lov og med forrang foran annen lovgivning, hadde inntil grunnlovsrevisjonen i mai 2014 ingen spesiell konstitusjonell forankring ut over den tidligere § 110 c i Grunnloven om plikten for statens myndigheter til å «respektere og sikre Menneskerettighetene». Kontrollen var et utslag av at domstolene må påse at den lovregel som skal anvendes, ikke er i strid med en trinnhøyere regel. Men Stortinget kunne ved lov fjerne trinnhøydeforskjellen og bestemme at forrangsbestemmelsen ikke skulle gjelde i forhold til den aktuelle loven eller mer generelt. I den nye § 92 i Grunnloven er det fastsatt at «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Det er altså nå fastslått i Grunnloven at menneskerettigheter i traktater som Norge er bundet av, skal respekteres og sikres. Kontrollen med at menneskerettskonvensjonene etterlevs, har derved fått en direkte grunnlovsmessig forankring. En rekke av de rettigheter som følger av menneskerettskonvensjonene, ble for øvrig tatt inn i Grunnloven ved grunnlovsrevisjonen i mai 2014. Utgangspunktet ved kontrollen av at disse rettighetene følges, vil nå være grunnlovsbestemmelsene, men forståelsen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene og praksis i tilknytning til dem, vil være helt sentrale tolkningsfaktorer.

Det skjer også en kontroll fra Høyesteretts og de øvrige domstolenes side av EØS-rettslige forpliktelser og rettigheter. Norske domstoler har plikt til å utvise lojalitet overfor EØS-retten, se Rt. 2000 side 1811 (side 1827–28). Det er en plikt Høyesterett i høy grad er seg bevisst. Det er også en forrangsbestemmelse i EØS-loven § 2 hvor lov som tjener til oppfyllelse av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, i tilfelle konflikt skal gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende går forskrifter gitt til oppfyllelse av forpliktelsene foran andre forskrifter. Ved fastleggelsen av EØS-rettslige forpliktelser vil praksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen stå helt sentralt. Et eksempel på kontroll fra Høyesteretts side av EØS-rettslige forpliktelser gir allmenngjøringsdommen

i Rt. 2013 side 259. Innflytelsen fra EØS-retten går i virkeligheten langt videre enn det våre EØS-rettslige forpliktelser skulle tilsi. Et eksempel her gir dommen om aldersdiskriminering i Rt. 2012 side 219 – se nedenfor under punkt 6.

6 HØYESTERETT OG DE INTERNASJONALE DOMSTOLENE OG KLAGEORGANENE

Et helt sentralt ledd i internasjonaliseringen av norsk rett er den innflytelsen de internasjonale avgjørelsesorganene har. EMD er den sentrale fortolker av EMK. Høyesterett legger til grunn at den konvensjonsforståelsen som EMD bygger på, skal følges. Situasjonen er langt på vei parallell for så vidt gjelder EØS-retten. Som påpekt vil avgjørelser fra EFTA-domstolen og EU-domstolen stå helt sentralt ved fastleggelsen av våre forpliktelser etter EØS-retten. En rekke lover er gitt for å gjennomføre regler gitt av EU i norsk rett. Det har da vært forutsetningen at loven innholdsmessig skal svare til det aktuelle direktiv som gjennomføres – og også gjerne slik at en rettsutvikling i forståelsen av direktivet skal gjenspeiles i fremtidig anvendelse av loven. Reelt sett vil i et slikt tilfelle en praksis fra EFTA-domstolen eller EU-domstolen som innholdsmessig avklarer direktivet på det aktuelle punkt, bli fulgt av Høyesterett.

Et eksempel på det gir dommen om aldersdiskriminering i Rt. 2012 side 219. Norge hadde valgt å implementere EUs rådsdirektiv 2000/78/EF om generelle rammebetingelser om likebehandling i arbeidslivet, selv om Norge ikke var forpliktet til det etter EØS-avtalen. Det ble lagt til grunn at ved prøvingen av om en nasjonal regel er omfattet av unntakene fra diskrimineringsforbudet i direktivet, måtte norske domstoler som utgangspunkt vurdere spørsmålet på selvstendig grunnlag på bakgrunn av de samme rettskilder som ville vært aktuelle dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EU-domstolen – avsnitt 45 i dommen. Ut fra dette ble EU-domstolens avgjørelse i den såkalte Priggedommen avgjørende for tolkingen av diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven § 13-3, se Rt. 2012 side 219 avsnitt 47 flg.

Norske domstoler tar selvfølgelig sikte på å anvende EØS-rett på en korrekt måte – iallfall kan jeg ubetinget si at det er Høyesteretts ambisjon. Et redskap i denne sammenheng er adgangen til å be om rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. Reglene her er annerledes enn de regler som gjelder for spørsmål til EU-domstolen fra domstolene i EU-landene. Det er en vidtgående plikt for de høyeste domstolene i EU-landene til å spørre og en ubetinget plikt til å følge den rettsoppfatning som kommer til uttrykk i EU-domstolens svar på spørsmålet. Etter avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsor-

gan og en Domstol kan den nasjonale domstolen be EFTA-domstolen om «en rådgivende uttalelse» når den nasjonale domstolen «finner at en uttalelse er nødvendig før den avsier sin dom» (artikkel 34). Det er altså en rådgivende uttalelse EFTA-domstolen kan gi, og om det skal bes om en slik uttalelse er opp til den nasjonale domstolen – og da først og fremst ut fra en vurdering av hva et forsvarlig rettslig grunnlag her krever. Gis det en uttalelse fra EFTA-domstolen, skal den tillegges vesentlig vekt – se nærmere Høyesteretts plenumsdom i Rt. 2000 side 1811 på side 1820. Men det følger også av dommen på samme sted at siden uttalelsen er «rådgivende», har Høyesterett «myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for Høyesteretts avgjørelse», se også Rt. 2013 side 259 avsnitt 93 og 94.

Jeg har nå vært inne på de internasjonale domstolene som ved sine avgjørelser og uttalelser øver størst innflytelse i norsk rett. Men det er også en rekke andre internasjonale domstoler, komiteer mv. som ved sine avgjørelser og uttalelser utvilsomt vil gi rettskilder av betydning i saker for norske domstoler. Også de konvensjoner ut over EMK som er inkorporert ved menneskerettsloven, vil gjerne ha komiteer etablert gjennom konvensjonen som iallfall vil ha kompetanse til å gi uttalelser om forståelsen av konvensjonene, men dels også kompetanse til å behandle klager fra individer som mener seg utsatt for konvensjonskrenkelsers. Nokså generelt må det kunne sies at uttalelser og avgjørelser fra disse vil ha betydelig vekt når norske domstoler anvender de aktuelle konvensjoner. I Rt. 2008 side 1764 la Høyesterett i storkammer til grunn at en konvensjonstolkning foretatt av FNs menneskerettskomité må ha «betydelig vekt som rettskilde» – se avsnittene 75–81. I Rt. 2009 side 1261 avsnitt 35–44 drøftes den rettskildemesige betydningen av FNs barnekomités generelle kommentarer til barnekonvensjonen. Betydningen vil avhenge blant annet av siktemålet med og bakgrunnen for uttalelsen, jf. også plenumsdommen i Rt. 2012 side 1985 avsnitt 136.

Det er også en rekke andre internasjonale domstoler, tribunaler og komiteer som uttaler seg om forståelsen av rettskilder som kan bli trukket inn i saker for norske domstoler. Å si noe generelt om vekten av disse, er vanskelig. Men er det komiteer opprettet i henhold til konvensjonene og konvensjonene er ratifisert av Norge, vil det være et utgangspunkt at uttalelsene iallfall må ha en viss vekt. I noen tilfeller vil det være helt klart at avgjørelser fra internasjonale domstoler må tillegges stor vekt. Det vil for eksempel gjelde for avgjørelser fra Den internasjonale straffedomstol eller fra Jugoslavia- eller Rwanda-domstolen for så vidt angår hva som omfattes av forbudene mot folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser.

7 HØYESTERETT SOM POLITISK ORGAN. FORHOLDET TIL DE ØVRIGE STATSMAKTER

I tilknytning til Høyesteretts utøvelse av kontrollfunksjonene kan det være grunn til å si noe om det som har vært debattert i mye av den tiden Høyesterett har vært i virksomhet – om Høyesterett har en politisk funksjon. Mitt svar på dette spørsmålet er et ubetinget ja – og med en understrekning av at slik skal og må det være. Jeg skal her bare gå inn på noen hovedpunkter om dette og må ellers vise til min artikkel om temaet i *Lov og Rett* 2011 side 319.

Det er Stortinget som gir lover. At dette er politisk virksomhet – ja, kjernen i politikken – er det neppe uenighet om. Lovgivningen skaper rettigheter og setter grenser for det vi kan foreta oss. Men en slik funksjon i å skape rett og plikt har også Høyesterett – selv om det selvfølgelig må skje innen rammen av lovgivningen.

Ikke få lovbestemmelser har en ordlyd som etterlater tvil om forståelsen. Det kan være brukt sterkt skjønsmessige uttrykk som åpner for valg fra domstolenes side eller lovbestemmelsen kan ha en uklarhet i anvendelsesområdet – for eksempel om bestemmelsen i visse situasjoner skal anvendes analogisk eller antitetisk. Saker fremmes for Høyesterett nettopp for å få rettsavklaring i slike tilfeller. Fordi det rettslige syn Høyesterett legger til grunn i sine avgjørelser skal følges av domstolene i andre saker hvor tilsvarende rettslige spørsmål oppstår, får Høyesteretts rettslige syn allmenn virkning, langt på vei på samme måte som om dette syn hadde kommet til uttrykk i en lovbestemmelse.

Noen ganger er denne rettsavklarende og rettsskapende funksjonen så vidt beskjedent, og kanskje også så opplagt, at den ikke er lett å få øye på. Andre ganger fremtrer den tydelig, som for eksempel i løgndetektordommen i *Rt.* 1996 side 1114, hvor det ble etablert et forbud mot å bruke løgndetektortest som bevismiddel i straffesaker.

Høyesterett står ikke fritt i sine tolkningsvalg og i sin rettsutvikling. Særlig forarbeider til de aktuelle lovbestemmelser kan gi klare føringer i retning av den konkrete løsningen, eller de kan gi mer generelle anvisninger gjennom formål med og hensyn bak loven eller lovbestemmelsen. Men det kan også være et videre spillerom for Høyesterett som rettsanvender hvor reelle hensyn og verdivalg kommer sentralt inn. Dess sterkere slike elementer inngår i rettsanvendelsen, dess tydeligere blir likheten til de politiske valg lovgiver foretar ved utforming av lovregler.

Det er også en klar politisk dimensjon ved virkningene av en del av Høyesteretts avgjørelser. Dette kommer særlig tydelig frem i saker som gjelder kontrollen med de øvrige statsmaktene – kontrollen med at lover er i samsvar med Grunn-

loven, de inkorporerte menneskeretter og våre forpliktelser etter EØS-avtalen. Det politiske elementet kan også være til stede ved prøving av forvaltningsvedtak. Kontrollen av de andre forfatningsorgangene medfører at viktige sider ved deres maktutøvelse overprøves, og at politiske vedtak kan bli tilsidesatt. Domstolene – og i prinsipielle saker i praksis Høyesterett – har altså myndighet til, innenfor de rettslige rammer for kontrollen, å gripe inn i politiske beslutninger.

Det kan fortone seg dramatisk når en lov settes til side som grunnlovsstridig. Da synliggjøres den realitet at gjennom grunnlovskontrollen er Høyesterett ved fastsettelsen av Grunnlovens grenser overordnet Stortinget. Dramatikken blir spesielt iøynefallende når den aktuelle loven som tilsidesettes er blitt til etter hard politisk strid, og Stortinget har delt seg nær midten, og vi også får en avgjørelse i Høyesterett under sterk dissens. Avgjørelser det i en slik sammenheng er nærliggende å peke på, er blant andre rederibeskatningsdommen, Rt. 2010 side 143 og et godt stykke på vei også dommen senere i 2010 om tomtefester under Opplysningsvesenets fond, Rt. 2010 side 535.

Men selv om Høyesterett har en politisk funksjon, er det klare forskjeller mellom denne funksjonen og den politiske rolle Storting og Regjering har – først og fremst i omfang og i de rettslige rammene. Det er av den grunn nokså meningsløst å trekke slutninger fra merkelappen «politisk» om Høyesterett uten nærmere å analysere de funksjoner Høyesterett har. Videre er det grunn til å understreke at det at Høyesterett har en politisk funksjon, ikke på noen måte er ensbetydende med at Høyesterett overskrider de forfatningsmessige grenser for sin virksomhet og illegitimt trer inn på lovgivers område. Det gjør Høyesterett ikke, og det er i det hele ikke noe illegitimt i det som kan karakteriseres som «politisk» ved Høyesteretts dømmende virksomhet. Den skjer innenfor den maktutøvelse grunnlov og lov legger til domstolene. Og det må understrekes: Det er ingen side ved Høyesteretts virksomhet det er grunnlag for å karakterisere som partipolitisk.

At Høyesterett har en politisk funksjon, medfører at Høyesterett kan oppfattes som en «konkurrent» til våre «egentlige» politiske forfatningsorganer – Storting og Regjering. Det ligger nær å spørre om de politiske sidene ved Høyesteretts oppgaver gir grunnlag for konflikter mellom Høyesterett og Regjering og Storting. I det store og hele må det besvares med et nei. Generelt er det i de politiske miljøer forståelse for de oppgaver domstolene og i særdeleshet Høyesterett har, og at disse kan og vil medføre at Høyesteretts avgjørelser i noen tilfeller vil gripe inn i politiske vedtak.

Men fra tid til annen oppstår det spenninger i forholdet mellom Høyesterett og de to andre statsmakter – også foranlediget av Høyesteretts kontrolloppgaver.

Det var merkbart etter plenumsdommene i 2010, spesielt etter rederibeskatningsdommen, Rt. 2010 side 143. Men også de to andre dommene – dommen om Opplysningsvesenets fond, Rt. 2010 side 535 og krigsforbrytersaken, Rt. 2010 side 1445 – understreket Høyesteretts avgjørende rolle ved grunnlovsfortolkningen på en måte som det nok for noen var vanskelig å akseptere.

Også Høyesteretts lovtolkning og regelanvendelse i saker som ikke gjelder Høyesteretts kontrolloppgaver, skaper fra tid til annen spenning i forholdet til Regjering og Storting. De klareste eksempler på det har vi hatt ved Høyesteretts straffutmåling på enkelte rettsfelt. Spenningene har i stor utstrekning vært foranlediget av misnøye fra politikere om at Høyesterett ikke har tatt «politiske signaler» – gitt for eksempel i budsjettproposisjoner – om at straffenivået må opp for bestemte typer forbrytelser. Høyesterett har konsekvent inntatt det standpunkt at skal politiske standpunkter om straffutmåling ha vekt, må Stortinget gi uttrykk for det som lovgiver – se nærmere om dette Magnus Matningsdal, *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvitenskap* 2010 side 251. Men har Stortinget i sammenheng med lovarbeid gitt til kjenne sitt syn på straffenivået, har Høyesterett lagt til grunn at dette syn lojalt skal følges, se Rt. 2009 side 1412 avsnitt 22 – se nærmere nedenfor under punkt 8.

Det har vært reist spørsmål om særlig den politiske funksjon utøvelsen av kontrollen med lovgivningen opp mot Grunnloven innebærer, bør få konsekvenser for utnevningen og utvelgelsen av dommere til Høyesterett. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor under punkt 8.

8 HØYESTERETS UAVHENGIGHET

Domstolene – herunder selvfølgelig Høyesterett – skal være uavhengige i sin dømmende virksomhet. Innblanding og forsøk på påvirkning av utfallet av konkrete saker, for eksempel fra politiske organer eller miljøer, skal ikke skje. I saker hvor det offentlige er part, opptrer som partshjelper etter tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b eller opptrer etter tvisteloven § 30-13 i saker om Grunnloven eller internasjonale forpliktelser, kan selvfølgelig det offentlige gjøre sitt syn gjeldende og i den forstand søke å påvirke utfallet av saken. Men det blir innenfor rammene i prosesslovgivningen, og det offentliges syn skal da gjøres gjeldende av prosessfullmektigen og slik at det offentliges motpart er sikret mulighet for kontradiksjon. Det offentliges syn skal ikke målbæres for eksempel av vedkommende statsråd gjennom media. For politikere i ansvarlige posisjoner er det tradisjon for at dette følges. Noe helt annet er det at det kan bli rettet kritikk mot domstolene

etter at endelig avgjørelse er truffet. Det setter ikke noen uavhengighet for domstolene i fare, og det er i utgangspunktet en selvfølge at politikere må kunne rette kritikk mot avgjørelser som er endelige.

At domstolene og dommerne skal være uavhengige – og upartiske – har nå, etter grunnlovsrevisjonen i mai 2014, en direkte forankring i Grunnloven § 95, se foran under punkt 4. Paragraf 95 er dels en rettighetsbestemmelse for parter til å få sin sak behandlet av en uavhengig og upartisk domstol, sml. EMK artikkel 6. nr. 1 og SP artikkel 14. nr. 1. Dels er paragrafen et pålegg til statsmaktene om å sikre domstolenes uavhengighet og upartiskhet. Pålegget gir blant annet føringer for utforming av regelverk, tildeling av ressurser og praktisk tilrettelegging for den dømmende virksomheten.

Det er først og fremst i behandlingen av enkeltsaker det er avgjørende at domstolene er uavhengige. Det er en selvfølge at domstolene ikke kan være institusjonelt uavhengige av de øvrige statsmakter. Tvert imot må og skal det være en betydelig institusjonell avhengighet mellom domstolene og Stortinget og Regjeringen. Det er Stortinget som etter Grunnloven har lovgivningsmyndigheten. Regjeringen fremmer forslag til lovgivning, og Regjeringen og også andre forvaltningsorganer vil ofte ha delegert myndighet til å gi supplerende regler.

Også gjennom forarbeidene til lovene vil Stortinget kunne ha innflytelse på de materielle reglene som domstolene må bygge på. Som eksempel kan det vises til storkammeravgjørelsen i Rt. 2009 side 1412. Ved lov 19. juni 2009 nr. 74 ble det gitt regler til den spesielle delen i straffeloven av 2005. I forarbeidene her, blant annet til ulike typer alvorlige integritetskrenkelser, ble det gitt uttrykk for at straffenivået måtte betydelig opp. Dels var det gjort med generelle uttalelser som at straffenivået for «de mest integritetskrenkende handlingene» skulle opp med en tredjedel. Dels var det gjort ved å vise til avgjorte saker, og da slik at det ble angitt hvilken straff som ble utmålt i dommen og hvilken straff det ville vært korrekt å utmåle etter straffeloven av 2005. Høyesterett uttalte i den nevnte dommen avsnitt 22: «Ved å gå frem på denne måten har lovgiverne gått langt i å gi til dels detaljerte retningslinjer for straffutmålingen i lovforarbeidene. Det er ingen tvil om at når straffeloven av 2005 trer i kraft, så plikter domstolene å legge til grunn et straffenivå slik det er kommet til uttrykk i lovens forarbeider.» Når et slikt høyere straffenivå ikke ble lagt til grunn i den aktuelle saken, var det fordi den straffbare handlingen var begått før de nye lovreglene ble vedtatt. Tilbakevirkingsforbudet i Grunnloven § 97 var da til hinder for å anvende det nye og høyere straffenivået. Men selve prinsippet – at uttalelser i forarbeidene som må ses som uttrykk for lovgivers vilje, skal ha en helt sentral plass ved anvendelsen av

loven – ble det ikke stilt spørsmål ved – tvert imot. Forarbeidsuttalelsene har da også vært fulgt i en rekke saker.

Dette rettslige rammeverket, ved lover, forarbeider til lover og forskrifter, vil domstolene måtte følge i sin dømmende virksomhet, med mindre det unntaksvis er grunnlag for å tilsidesette eller tolke reglene innskrenkende slik at strid med trinnhøyere regel unngås. Men dette at domstolene må dømme innenfor lovgivningen, er en viktig del av rettsstaten og ingen trussel mot den uavhengighet domstolene må og skal ha.

Men andre sider ved Stortingets og Regjeringens maktutøvelse overfor Høyesterett reiser spørsmål om ikke Høyesterett i noen grad må ha en institusjonell uavhengighet. Stortinget har etter Grunnloven den bevilgende myndighet. Det er Stortinget som, etter forslag fra Regjeringen, fastsetter hvilke midler som skal stilles til disposisjon for domstolene. I utgangspunktet skaper ikke det noe problem for domstolenes uavhengighet. Budsjetter gir ikke føringer for løsningen av enkeltsaker. Det er imidlertid klart at de ressurser som stilles til disposisjon for domstolene, også påvirker domstolenes muligheter for å løse sine oppgaver. Domstolene kan ikke kreve å være upåvirket av budsjettsituasjonen. Men det er viktig at Stortinget er seg bevisst de rettsikkerhetsmessige sider det har, både i sivile saker og i straffesaker, at saker kan behandles og avgjøres på en god og rask måte. Dette har en side til tilliten til domstolene som er viktig i en rettsstat som vår. Videre er det nødvendig at Stortinget ved tildelingen av ressurser til domstolene tar hensyn til at domstolene har kontrolloppgaver overfor de to andre statsmakter. Det vil for eksempel bryte med de hensyn som ligger bak kontrollen med forvaltningen om domstolenes ressurser blir slik at de som får et vedtak av et offentlig myndighetsorgan mot seg, ikke kan få prøvd gyldigheten av dette innen rimelig tid.

Høyesterett har sitt eget budsjettkapittel. Det er naturlig av flere grunner – blant annet av at Høyesteretts oppgaver delvis er andre enn for de øvrige domstoler, jf. her Høyesteretts ansvar for rettsavklaring og rettsutvikling, den særlige stilling Høyesterett har som kontrollør overfor de øvrige statsmakter og den plassering Grunnloven gir Høyesterett som forfatningsorgan.

Det er Stortinget som fastsetter lønnen for Høyesteretts dommere, uten at lønnsfastsettelsen er forankret i en forutgående behandling i et uavhengig utvalg. Etter min mening er det grunn til å stille spørsmålet om dette prinsipielt er en god ordning med henblikk på å sikre Høyesteretts uavhengighet. Høyesterett har, som jeg har vært inne på, viktige kontrolloppgaver overfor Stortinget, kontrolloppgaver som kan medføre at lovgivning det står en sterk politisk lovgivervilje

bak, kan bli tilsidesatt. Også kontrollen med forvaltningsvedtak vil etter omstendighetene kunne bli oppfattet å ha en side mot Stortinget, eller iallfall mot den delen av Stortinget som utgjør Regjeringens parlamentariske grunnlag. Det vil kunne være situasjonen hvor vedtaket som prøves, er truffet etter drøftelser i Regjeringen. At den kontrollerte etter eget forgodtbefinnende fastsetter lønnen til kontrolløren, vil i de fleste andre sammenhenger bli ansett som uholdbart. Jeg har ingen grunn til å tro at Stortingets lønnsfastsettelse for Høyesterett har vært påvirket av Høyesteretts utøvelse av kontrollen overfor Stortingets lovgivning eller at Høyesterett i sine avgjørelser har latt seg påvirke av dette. Men jeg kan ikke se at det er urimelig om problemstillingen reises. Etter min mening bør dette løses ved at det – slik som ved Stortingets egen lønnsfastsettelse – oppnevnes et rådgivende utvalg med en uavhengig og kompetent sammensetning for å gi Stortinget anbefaling om lønnsfastsettelsen for Høyesteretts dommere – også med henblikk på å få fastsatt lønnen slik at rekrutteringen av dommere kan skje på et tilstrekkelig bredt og faglig fullgodt grunnlag.

Det har vært reist spørsmål om Stortinget bør delta i utnevnesprosessen for dommere i Høyesterett, ved høringer av aktuelle kandidater og også ved godkjenning av den som skal utnevnes. Delvis har dette vært begrunnet i synspunkter om at Høyesterett driver politikk. Jeg har foran under punkt 7 vært inne på at Høyesterett har en politisk funksjon. Jeg kan ikke ut fra hva som er grunnlaget for denne politiske funksjon, se at Stortinget bør ha godkjennende myndighet ved utnevning av nye dommere til Høyesterett. Da kan vi risikere at vi får partipolitiske utnevnelser i den forstand at Stortinget ved avstemningen deler seg etter partilinjer. Dommerne i Høyesterett vil da kunne oppfattes å ha partipolitisk tilhørighet og ikke være fullt ut uavhengige. I det lange løp vil det kunne være ødeleggende for den tillit Høyesterett og domstolene i dag nyter som uavhengige og objektive konfliktløserne.

Høringer i Stortinget av aktuelle kandidater er etter min mening heller ingen god idé. Det vil kunne ha negative konsekvenser for rekrutteringen og dermed for kvaliteten på dommersammensetningen – noe som også har en side mot uavhengigheten.

Spørsmålet om institusjonell uavhengighet for Høyesterett oppstår også i forhold til Domstoladministrasjonen (DA). Opprettelsen av en uavhengig domstolsadministrasjon var prinsipielt viktig og riktig og i tråd med en internasjonal trend for å styrke domstolenes uavhengighet. Med ansvar for fellesadministrative sider ved domstolenes virksomhet er det klart at DA i atskillig grad kan og skal påvirke virksomheten ved domstolene.

DA skal ikke gripe inn i eller gi noen form for føringer for behandlingen av enkeltsaker for domstolene. Gjennom kompetansearbeid – i samarbeid med dommerne – skal det skje kompetanseoppbygging i rettsspørsmål. Det er både en legitim og nødvendig innflytelse. Men ut over det skal DA ikke involvere seg i domstolenes rettsavgjørelser. Det vil ikke være akseptabelt om DA ved sine representanter eller organer argumenterer for at saker eller sakstyper som er aktuelle for domstolene bør løses på bestemte måter – for eksempel at domstolene må idømme strengere straffer for bestemte forbrytelseskategorier. Skal det gis denne type føringer – ut over de som gis ved lovgivning – er det Høyesteretts oppgave gjennom de dommer Høyesterett avsier.

Høyesterett har gjennom sin særlige posisjon og rolle i administrativ henseende hatt en utpreget grad av selvstendighet. Det er ikke noe i de forarbeider mv. som ledet frem til opprettelsen av DA, som tilsier at det skulle gjøres noen endring i dette – og stort sett har også DA lagt en slik oppfatning til grunn. Men det er iallfall ett vesentlig unntak fra dette. DA har ønsket å ha kompetanse til å kunne overprøve Høyesteretts nektelse av sidegjøremål for Høyesteretts dommere. Bruk av en slik overprøvingskompetanse kunne innebære at et sidegjøremål Høyesterett fant uakseptabelt ut fra hensynet til arbeidet i Høyesterett eller tilliten til Høyesterett, likevel ble tillatt ved et vedtak av et organ utenfor Høyesterett. Det ville kunne skape en uholdbar situasjon. Det forsto Storting og Regjering, og den endelige vedtakskompetansen er ved lov lagt til justitiarius.

Da den sentrale administrasjonen av domstolene lå under Justisdepartementet, var tilsyn med og disiplinærtiltak overfor dommere i praksis fraværende. Det var – nettopp ut fra behovet for uavhengighet i forhold til den utøvende makt – meget forståelig at departementet her viste stor tilbakeholdenhet. Det er nå – gjennom reglene i domstolloven kapittel 12 – etablert et uavhengig tilsynsutvalg for klager og disiplinærtiltak overfor dommere. Slik det er organisert, og med de behandlingsregler som er gitt, synes dette rimelig balansert også ut fra hensynet til institusjonell uavhengighet for Høyesterett.

Innstillingsrådet for dommere spiller en vesentlig rolle også ved utnevnelser av dommere i Høyesterett. Det er vanskelig å se at det er betenkelig i forhold til institusjonell uavhengighet for Høyesterett. Selv om Høyesterett er og bør være involvert i utnevnelsesprosessen for nye dommere, kan det ikke være slik at Høyesterett skal ha hånd om hvem som skal utnevnes. Jeg kommer tilbake til sider ved utnevnelsesprosessen – herunder Innstillingsrådets rolle – nedenfor under punkt 9.

Hensynet til uavhengighet for Høyesterett – iallfall hensynet til vern mot

forsøk på utilbørlig påvirkning av saker til behandling – når lenger enn til vern mot innblanding fra andre myndighetsorganer. I likhet med andre domstoler er Høyesterett utsatt for forsøk på påvirkning gjennom innlegg og synspunkter i ulike media. Ytringer om verserende saker er i utgangspunktet en del av den alminnelige ytringsfrihet – og bør være det. At innlegg i media vil kunne være egnet til å påvirke, er ikke tvilsomt. Men det er iallfall en bevissthet i domstolene, og ikke minst i Høyesterett, om at synspunkter fremmet utenfor selve prosessen ikke er noe som skal vektlegges ved avgjørelsen.

9 SAMMENSETNING, REKRUTTERING OG UTNEVNELSESPROCESS

Det er ved 200-årsjubileet betydelig bredde i Høyesteretts sammensetning både med hensyn til hvor dommerne kommer fra i landet, hvor de er utdannet, hvor de har sin tidligere yrkesmessige karriere og fra hvilke deler av den juridiske profesjon de har sin praksis. Det er god fordeling mellom dommere med sin hovedsakelige bakgrunn fra privat virksomhet og de som har tyngden i sin praksis fra offentlig virksomhet. Syv av Høyesteretts 20 dommere er kvinner. Aldersmessig er dommerne ved jubileet mellom 48 og 69 år.

Noen land har det system at det rekrutteres til de øverste domstolene gjennom såkalt «kallelse». Det innebærer at utnevnelsesmyndigheten henvender seg til den personen de ønsker til embetet – kanskje etter å ha innhentet råd fra domstollederen i den aktuelle domstolen, eventuelt fra andre. Dette blir en lukket prosess, og det vil ofte være en snever krets eller et snevert miljø som da bestemmer dommerrekrutteringen. Det er for øvrig en tendens i europeiske land i retning av å gå bort fra slike lukkede rekrutteringsordninger. Som eksempel kan her nevnes Sverige, som nå har avvirket systemet med kallelse til de høyeste dommerembetene.

Som andre embeter utlyses dommerembeter i Høyesterett ved ledighet. Interesserte må søke innen den fristen som er satt. Søknader inngitt etter fristen aksepteres ikke. Søknader sendes Domstoladministrasjonen, som sekretariat for Innstillingsrådet for dommere. Innstillingsrådet avgir en begrunnet innstilling til Justis- og beredskapsdepartementet om – i utgangspunktet – tre kvalifiserte søkere. Det er regler i domstoloven §§ 55a flg. om sammensetningen av og behandlingen i Innstillingsrådet. Det er også nærmere redegjort for behandlingen og hensyn av vekt ved vurderingen av kandidatene under Innstillingsrådet på DAs hjemmeside – www.domstoladministrasjonen.no. Innstillingsrådet offentliggjør sin innstilling – sin rangering av kandidatene – men ikke begrunnelsen

for rangeringen. Som ledd i behandlingen intervjues aktuelle kandidater, og det innhentes opplysninger fra oppgitte referanser. Ved intervjuene deltar representanter for Innstillingsrådet, justitiarius og ytterligere én dommer fra Høyesterett – fortrinnsvis eldste dommer.

Etter domstolloven § 55 b gir «høyesterettsjustitiarius muntlig eller skriftlig uttalelse direkte til departementet etter at Innstillingsrådet har avgitt sin innstilling». Reelt sett – og i overenstemmelse med det som iallfall i flere tiår har vært praksis – er dette en uttalelse fra dommerkollegiet i Høyesterett målbåret overfor justisministeren av justitiarius. Det skjer en formell drøftelse i dommerkollegiet av hvilke kandidater som er kvalifiserte. Hvor flere kvalifikasjonsmessig står ganske likt, vil situasjonen kunne være at nettopp dette påpekes, uten at det foretas noen rangering. Hvor én, eventuelt et par søkere, peker seg særlig ut, vil det være naturlig å nevne det. Hvis det er ulike meninger i dommerkollegiet, vil det komme til uttrykk i uttalelsen. Høyesteretts uttalelse offentliggjøres. Siden Innstillingsrådet i sin nåværende form ble etablert, har det ikke vært uenighet mellom Innstillingsrådet og Høyesterett om hvem som bør utnevnes til dommer i Høyesterett, og Regjeringen har fulgt de råd som har vært gitt.

Antall søkere til ledige embeter varierer en god del. Ved en utlysning av ett embete i 2013 meldte det seg ingen søkere. Ved utlysning av to embeter et år senere, på våren 2014, var det 12 søkere – flere meget godt kvalifiserte. Grunnen til at det ikke meldte seg søkere ved utlysningen i 2013, er nok sammensatt. Men det var ved denne utlysningen et sterkt kjønnsfokus. Det var embetet etter en kvinnelig dommer som skulle besettes, og mange i det juridiske miljøet mente at dette tilsa at det ville bli utnevnt en kvinne i embetet. Det kan ha holdt både menn og kvinner borte fra å søke – menn fordi de regnet med ikke å kunne nå opp, kvinner fordi de selvfølgelig ønsker å bli vurdert og utnevnt ut fra sin faglige kompetanse og ikke fordi de er kvinner.

Etter mitt skjønn var det ikke faktisk grunnlag for et slikt kjønnsfokus. Det er ikke rettslig adgang til å stille søkere ulikt på grunn av kjønn, og det gjelder i det offentlige et ulovfestet prinsipp om at den best kvalifiserte skal ansettes, jf. i denne forbindelse Rt. 2014 side 402 (særlig avsnittene 51–54). For Høyesterett er det helt avgjørende at dette legges til grunn. Noe annet vil over tid svekke rekrutteringen av faglig dyktige dommere – både kvinnelige og mannlige.

Ved utlysningen i 2014 ble det åpnet for at kandidater som hadde sterk nok grunn til det, kunne be seg fritatt for å stå på den offentlige søkerlisten. Fritak ble innvilget for 6 søkere – alle advokater. Selv om man ikke kan vite det med sikkerhet, er det grunn til å tro at denne muligheten for fritak for offentlighet

hadde betydning for den store søkerinteressen. Vedtaket om å åpne for unntak fra offentlighet var begrenset til utlysningen i 2014.

Det er nok for øvrig flere grunner til at det ved noen anledninger har vært få søkere. For det første stilles det særlige krav til faglig kompetanse, og mange jurister tror nok – med rette eller urette – at de ikke vil være kvalifisert. Det er nok også ofte slik at det i mange tilfeller er kjent hvem som vil søke, for eksempel der hvor en dyktig jurist tidligere har søkt forgjeves og man regner med at hun eller han vil komme tilbake som søker. Høyesterett har også fått tilbakemelding fra deler av det juridiske miljø om at det er en forventning om at de som er aktuelle søkere, vil få en oppfordring om å søke. Dette er en misforståelse. Noen kandidater kan nok være oppfordret av enkeltdommere i Høyesterett til å søke. Men det vil være mer unntaket enn regelen. Det er iallfall mange av Høyesteretts dommere – trolig flertallet – som har søkt og fått sitt embete uten den type oppfordring. Slik bør og må det være.

10 DAGLIGLIV OG DOMMERKULTUR

Arbeidet som dommer i Høyesterett preges av et utstrakt samarbeid og samvirke med de øvrige dommerne. Det aller meste av arbeidet for dommerne skjer i dommerpaneler på fem eller tre dommere, henholdsvis i avdelingene og i ankeutvalget. Jeg har tidligere beskrevet arbeidet med domsutkast i avdelingene og med sakene i ankeutvalget. I dette arbeidet kommer dommerne tett på hverandre. Tett faglig samarbeid er av stor betydning for kvaliteten på behandlingen og på avgjørelsene.

Dommerne kommer også i deler av arbeidet nær inn på andre grupper medarbeidere, kanskje særlig utrederne i arbeidet i ankeutvalget og protokollsekretærene i avdelingene. Det er medarbeidere med høy faglig kompetanse, og samarbeidet med dem er faglig viktig og utviklende også for oss dommere. Også andre grupper av medarbeidere kommer vi ganske tett inn på. Høyesterett er på mange måter en institusjon hvor alle er avhengige av alle dersom Høyesterett skal kunne fylle sine oppgaver på en fullgod måte.

Det holdes i løpet av året en rekke dommermøter hvor blant annet spørsmål om høringsuttalelser, henvendelser fra media, spørsmål fra høyesteretter i andre land, budsjett mv. drøftes. Noen ganger berammes disse møtene med meget kort varsel, andre ganger er det mulig å beramme dem i god tid og med et forberedt grunnlagsmateriale for drøftelsene. De fleste av disse møtene holdes i lunsjpausene, men noen ganger holdes også møter etter rettstid for å unngå tidspress. Det vil

f.eks. gjelde drøftelser om Høyesteretts uttalelse til justisministeren om søkerne til ledige dommerembeter.

Vi har også fra tid til annen internseminarer hvor større emner tas opp. Dette er dels internseminarer for dommerne, dels for dommere og utredere og dels for alle medarbeiderne – avhengig blant annet av hvilke temaer som skal opp. Det er også fra tid til annen lunsjseminar – med adgang for alle i huset. Det holdes blant annet årlig et slikt lunsjseminar, hvor den norske dommeren i EMD gjennomgår nyere avgjørelser fra domstolen og andre sider ved utviklingen i EMD.

Hvert år, gjerne i september, reiser Høyesterett på et to til tre dagers besøk til et av våre fylker. Turene legges opp etter forslag fra fylkesmennene. Vi besøker og får orienteringer om næringsliv og forvaltning. Dette gir innsikt i utvikling og utfordringer i ulike deler av landet.

Høyesterett har utenfor det egentlige dommerarbeidet en betydelig utenlandsvirksomhet. Det nordiske samarbeidet må fremheves. Det er årlige møter mellom presidentene og minst ytterligere en dommer fra hver av høyesterettene og forvaltningshøyesterettene i de nordiske landene. Sentrale faglige og administrative spørsmål drøftes. Det er for øvrig en løpende uformell kontakt mellom rettspresidentene i disse domstolene. Årlig, med unntak av de årene det er nordiske juristmøter, arrangeres også seminarer for dommerne i de nordiske høyesterettene, gjerne med deltakelse av 5–8 dommere fra hvert land.

Norges Høyesterett er medlem av flere europeiske og internasjonale foreninger for nasjonale høyesteretter, forvaltningshøyesteretter og konstitusjonsdomstoler. Høyesterett er også med som observatør i nettverket for høyesterettspresidenter innenfor EU og i den parallelle foreningen for forvaltningshøyesterettene i EU. Det er møter, seminarer og konferanser i disse foreningene om faglige og til dels administrative temaer av felles interesse. Dommere i Høyesterett deltar i denne internasjonale kontakten.

Vi mottar også dommere fra andre land som ønsker informasjon om norsk prosess og domstolsordning eller som ønsker en diskusjon om faglige temaer. I slike møter deltar gjerne justitiarius og et par dommere og også representanter for administrasjon og utredningsenhet – litt avhengig av temaer. Også slik kontakt er nyttig.

I løpet av det siste tiåret har også Høyesterett, som ledd i kompetanseoppbygging, besøkt Den europeiske menneskerettsdomstol i Strasbourg, de internasjonale domstoler i Haag, EFTA-domstolen og EU-domstolen, de fleste av de nordiske høyesterettene og forvaltningshøyesterettene. Vi har hatt seminarer med Polens konstitusjonsdomstol, Finlands högsta forvaltningsdomstol og Slovenias Høyesterett.

Samlet har utenlandsvirksomheten vært betydelig, og den har gitt gode bidrag til kompetanseoppbygging. Hensett til den internasjonaliseringen av retten vi har hatt, har dette vært viktig.

I tilknytning til kompetanseoppbyggingen i regi av Høyesterett, er det naturlig også å trekke frem den studiepermisjonsordningen som Høyesterett har hatt siden 1998. Vi er 20 dommere, inkludert justitiarius, men slik at det til enhver tid kun er 19 dommere som er trukket inn i den løpende virksomheten. Det 20. embetet brukes til studiepermisjoner ved at én dommer har studiepermisjon. Dette deles over tid likt mellom dommerne. Permisjon kan gis inntil seks måneder, men det mest vanlige er å ta ut tre måneder. Det er forutsatt at permisjonen skal brukes til faglig utvikling og fordyping. Mange har brukt permisjonstiden til studieopphold blant annet ved utenlandske høyesteretter eller universiteter, til skriving av større faglige artikler eller til deler av arbeidet med skriving av fagbøker. For den løpende faglige utviklingen i dommerkollegiet er studiepermisjonsordningen viktig.

De fleste av dommerne har et faglig liv også utenfor selve arbeidet i Høyesterett og den faglige virksomheten og kompetanseutbyggingen i Høyesteretts regi. Dommere i Høyesterett holder foredrag. Noen holder forelesninger ved universitetene. Mange skriver faglige artikler og noen også fagbøker. Fra tid til annen skriver dommere her kronikker og innlegg i media og deltar i offentlig debatt – ofte i tilknytning til virksomheten i Høyesterett. Slik faglig preget virksomhet utenfor de egentlige dommeroppgaver har klare positive sider både for de enkelte dommere og for Høyesterett som sådan både ved den innsikt det gir og ved det samfunnsansvar som vises. Det er mulig at det ideelt sett burde vært mer av dette fra Høyesteretts dommers side. Men det er nok for de fleste grenser for hvor mye plass det er til det ved siden av en travel hverdag som dommer.

Svært mange av Høyesteretts dommere har altså et juridisk liv utenfor Høyesterett. Men det er relativt få som har noe særlig av det som kan regnes som sideverv. Høyesterett innførte med virkning fra 1. januar 1997 en ordning med registrering av sideverv. Opplysningene i registeret var offentlig tilgjengelig. Reglene fra 1997 for Høyesterett er nå avløst av bestemmelsene om dommers sidegjøremål i domstolloven kapittel 6 A. Sidegjøremål for dommere krever – med visse unntak – godkjenning. For Høyesterett er det justitiarius som har godkjennelsesmyndigheten.

Domstolloven kapittel 6 A gir få materielle regler om hva som kan eller bør godkjennes av sideverv og hva som ikke kan eller bør godkjennes. I Høyesterett hadde vi en gjennomdrøfting av dette i 2003. Det var enighet om at dommerne

ikke kunne påta seg sideverv hvor dette arbeidsmessig kunne skape problemer for saksavviklingen i Høyesterett. Skal det gjøres unntak fra dette, må det være verv med helt særegen samfunnsmessig betydning og hvor det er viktig nettopp å ha en dommer fra Høyesterett. Forutsetningen må da være at vedkommende dommer får permisjon fra sitt embete, og at det kommer en ny dommer til i hans eller hennes sted. Et eksempel på et slikt sideverv er dommer Websters verv som leder av Advokatlovutvalget. Hun hadde for å kunne utføre dette arbeidet permisjon i noe over et år fra Høyesterett. Dette fraværet ble dels kompensert ved konstitusjoner og dels ved at en utnevning av en ny dommer ble foregrepet noe i tid.

Ellers er det som et overordnet syn lagt til grunn at sideverv som kan slå negativt ut for tilliten til den enkelte dommer eller for Høyesterett som institusjon, må nektes. Utgangspunktet er at dommere i Høyesterett ikke kan påta seg styreverv for private og offentlige institusjoner, men det er unntak fra dette blant annet for institusjoner, stiftelser og foreninger med allmenntilgitt formål. Ut fra betydningen for rettsvesenet er det gjort unntak for styret i Domstoladministrasjonen. Dommere i Høyesterett skal heller ikke delta i granskningskommisjoner med mindre tunge og helt særlige samfunnshensyn tilsier det. Heller ikke skal dommere her delta i offentlige kontrollorganer eller i private eller offentlige organer som treffer vedtak som kan bli brakt inn for domstolene.

Mulighet for voldgift var det punktet det var noe uenighet om ved diskusjonen i 2003. Mitt syn var og er at Høyesteretts dommere ikke bør påta seg voldgift. Dette er begrunnet i at voldgift genererer meget store inntekter – så betydelige at dette kan gi et inntrykk av at dommerens egentlige interesse ligger her og ikke i å skjøtte dommergjerningen i Høyesterett. At dette ikke vil være dekkende for realiteten er en ting, for å svekke tilliten kan det være nok at inntrykket kan skapes. Det er nå bare noen få av Høyesteretts dommere som påtar seg voldgiftsoppdrag, og det er vesentlige begrensninger på antall og størrelse av sakene. Det settes vilkår som gjør at det ikke skal oppstå problemer for saksavviklingen i Høyesterett, og forhandlingene må skje i dommerens ferie.

Jeg ser at enkelte voldgiftsoppdrag kan gi nyttig faglig innsikt. Men skal man ut fra et slikt hensyn i større grad åpne for voldgift, må det etter mitt syn ha som konsekvens at voldgift kun kan tas under forutsetning av at det ikke skal ytes annet vederlag til dommeren enn at rene utgifter til reise, hotellopphold mv. foranlediget av oppdraget blir dekket. Bare det vil sikre at det også utad gjøres klart at det er den faglige nytten som er styrende for om dommere påtar seg voldgift. Voldgift på slike vilkår vil også i større grad verne om uavhengigheten for embetsdommere i voldgift.

Det kan selvfølgelig innvendes at en adgang til å påta seg voldgift på slike betingelser er helt teoretisk, og at det ikke er noen som vil dømme i en voldgiftsak uten å få godtgjørelse for det. Til det vil mitt svar være at det er lite av det dommere gjør ved siden av det løpende arbeidet – som for eksempel skriving av juridiske artikler – som kaster noe av seg økonomisk. Her er det de faglige utfordringer som er motiverende for arbeidet. Og hvis ikke de faglige utfordringer er tilstrekkelig som motivasjon til å være dommer i voldgift, er det jo nettopp den økonomiske siden ved sidevervet som er avgjørende. Og det er akkurat det som kan gi det uheldige inntrykket at dommere påtar seg voldgift av hensyn til egen vinning og på bekostning av arbeidet i domstolen.

11 VEIEN FREMOVER

Med rimelig sikkerhet å forutse hvordan Høyesterett vil løse sine oppgaver ut over den helt nære fremtid, er ikke mulig. Den juridiske verden har endret seg mye, særlig de siste tiårene med internasjonaliseringen og spesialiseringen innen jussen. Det er neppe dristig å anta at tyngden av internasjonaliseringen og spesialiseringen vil øke fremover. Blant annet det vil medføre at sakene for Høyesterett i økende grad vil måtte løses ved et stadig mer komplisert og spesialisert rettskildesystem. For en domstol med alminnelig domsmyndighet blir det særlig utfordrende. Dette vil – mener jeg – kreve endringer både i organisasjon og i arbeidsmåte.

En måte å møte dette på kunne være en saklig deling av domsmyndigheten mellom spesialiserte avdelinger. Reelt sett ville det være å gi opp den alminnelige kompetansen for Høyesterett og opprette spesialiserte høyesteretter med dommere med spisskompetanse på de enkelte rettsfelt. Dommerne vil da være eksperter på fagfeltet, og det skulle borge for at de aktuelle ankesakene blir ivare tatt på en god måte. Jeg er skeptisk til om dette gir en god løsning – ikke minst for de viktige saksfeltene hvor det offentlige er part. Det er ganske realistisk at dommersammensetningen da vil være dominert av dommere som er rekruttert fra den aktuelle forvaltningsgrenen, med de konsekvenser en manglende bredde i rekrutteringen vil kunne gi for tilliten til domstolen. Det er også særdeles viktig at utviklingen av juridiske fagfelt ses i lys av rettsutviklingen på andre felt. Nettopp dette er hovedargumentet for å ha dommere og domstoler med alminnelig domsmyndighet. Det er et moment som har stor tyngde også i en situasjon der mange av sakene krever særlig kunnskap og innsikt.

Nødvendig spesialkompetanse bør kunne tilføres retten ved at det som et

supplement til den innsikt advokatene formidler, skjer en utbygging av og en tilføring av spesialkompetanse til det juridiske sekretariatet. Dette vil kunne kvalitets sikre at retten får et komplett og fullgodt rettslig materiale. Mangelen i dag på et slikt utredningsapparat for avdelingene er en systemsvakhet som gjennom arbeidet med en del enkeltsaker under og etter prosedyren er blitt tydelig. Enkeltdommere har i noen saker funnet frem til helt sentralt rettslig materiale som advokatene ikke har sett eller lagt frem. Med det ansvar Høyesterett har for en korrekt rettsanvendelse, er det klart at man ikke kan basere seg på at enkeltdommere under saken finner frem til det materialet som måtte mangle. Det må bygges opp et betryggende system som sikrer et fullgodt rettskildemateriale i alle saker. Høyesterett har i 2015 fått tre nye utrederstillinger. Det gir mulighet for å starte opp dette arbeidet.

Det er også behov for at dommere som skriver større vota i kompliserte og vanskelige saker, under domsskrivningen skal kunne bruke utredere til å utarbeide notater blant annet om kompliserte juridiske problemstillinger som er av betydning ved utformingen av avgjørelsen, eller lage utkast til saksfremstilling og referat av anførsler. Dette vil kunne lette arbeidstrykket for den som skriver, og gi nyttige bidrag til kvaliteten på dommene.

Ikke minst i kompliserte saker som krever spesialkunnskap, er det viktig at dommerne får mer tid til å forberede seg til ankeforhandlingen og til å arbeide med saken etter prosedyren. Som jeg har vært inne på under punkt 3, gis det samtykke til å behandle en del saker der de prinsipielle sidene ved sakene er nokså marginale. Ved at disse skjæres bort, og også ved å ta ut et rasjonaliseringspotensial i ankeutvalgets arbeid, bør det kunne frigjøres så mye arbeidsressurser at Høyesterett vil få den tiden som er nødvendig for på best mulig måte å kunne behandle de sakene det bør legges et stort arbeid i. Under slike forutsetninger, og under forutsetning om utbygging av det juridiske utrederapparatet som jeg har beskrevet, er jeg ikke i tvil om at det også i en tid hvor krav til spesialkunnskap er økende, vil være riktig å beholde Høyesterett som det den er – én Høyesterett med en alminnelig og generell domskompetanse.

En slik organisasjonsutvikling, som altså blant annet må innebære en vesentlig styrkning av det juridiske sekretariatet, utfordrer Storting og Regjering til å gi Høyesterett det tilstrekkelige økonomiske handlingsrom til å kunne gjøre dette. Stortinget og Regjeringen har for øvrig selv sett verdien av å bygge opp et kvalifisert hjelpe- og utredningsapparat for sin virksomhet. Bare gjennom kvalitetsmessig gode avgjørelser vil Høyesterett kunne beholde den tilliten domstolen har i dag og være det fundament for rettsstaten som vår Høyesterett skal være.

Dersom Høyesterett gis et handlingsrom som nevnt, og det også ellers legges til rette for at Høyesterett fremover kan rekruttere dommere blant de beste juristene i de ulike deler av den juridiske profesjon, er det grunn til optimisme for Høyesteretts fremtid. Dette vil være viktig for kvaliteten på det rettsamfunn vi ønsker at Norge skal være.