

Å forstå og bli forstått

Om klart språk i domstolene

Det juridiske fakultet i Oslo, 5. desember 2016

1. ”Saken gjelder ...”. Slik innleder Norges Høyesterett nær sagt alle avgjørelser. Og i neste setning kommer som regel oppfølgingen: ”Spørsmålet er ...”. I *Rolfesen-saken* fra 2015 (Rt. 2015 side 1286) sier førstvoterende, dommer Ringnes, det slik:

“Saken gjelder kildevern etter straffeprosessloven § 125 og Den europeiske menneskerettskonvensjon ... artikkel 10. Spørsmålet er om et beslag som Politiets sikkerhetstjeneste ... har foretatt av filmmateriale hos en dokumentarfilmskaper, skal opprettholdes.”

”Saken gjelder”. ”Spørsmålet er”. Slik har tradisjonen vært mer eller mindre siden midten av 1970-tallet.

2. Hvorfor dette ritualet? Først og fremst er poenget å gi leseren en kort, men presis, informasjon om hva avgjørelsen dreier seg om. Det lille innledende avsnittet utgjør en avklart bakgrunn og gir retning. Dommer fra Norges Høyesterett blir da lettere å lese enn for eksempel dommer fra Högsta domstolen i Sverige og fra Danmarks Højesteret, som innleder mer teknisk – slik tradisjonen også er i store deler av Europa for øvrig. UK Supreme Court og noen av høyesterettene i andre common law land legger større vekt på en informativ og appetittvekkende innledning.

3. Arbeidet med ”Saken gjelder” og ”Spørsmålet er” er ofte vanskelig. Jeg kan bli sittende å file og pusse og snu og vende på de to- tre setningene. Ofte blir ikke denne delen av teksten ferdig før alt det andre er skrevet. Det er om å gjøre å finne en balanse. På den ene siden kan det bli for uengasjert, dvaskt og intetsigende, som i *Maria-saken* (Rt. 2015 side 93):

“Saken gjelder rettslig prøving av vedtak om utvisning av den kenyanske statsborgeren A og et tilknyttet avslag på søknad om familiegjenforening.”

4. På den andre siden kan innledningen bli så meningsmettet at den treffer leseren som en knyttneve. Et eksempel her er den såkalte *Acta-saken* (Rt. 2014 side 1105):

“Saken gjelder bruk av overskuddsmateriale fra kommunikasjonskontroll som bevis i straffesak som står for lagmannsretten, jf. straffeprosessloven § 216i bokstav d, slik den lyder etter endring 21. juni 2013. Hovedproblemstillingen er om overskuddsmaterialet - som er lovlig innhentet og som etter nye regler i utgangspunktet også er tillatt som bevis - må avskjæres fordi dette materialet etter de tidligere regler skulle ha vært slettet, eller fordi de nye reglene ikke kan få anvendelse i en sak som allerede står for domstolene. Det er også spørsmål om ektefellen til en av de tiltalte kan kreve slettet opptak av samtaler som hun deltar i.”

5. Helt fornøyd blir jeg i grunnen aldri. Men noen ganger blir det ”helt allright”, som i en dom fra arbeidsrettens område fra 2016 (HR-2016-2286-A):

“Saken gjelder styringsretten i arbeidsforhold. Det er spørsmål om en arbeidsgiver – på grunn av individuelle avtaler eller ulovfestede rammer for styringsretten – er avskåret fra å avslutte en etablert velferdsordning for arbeidstagere i seniorgruppen.”

Fra tid til annen kreves litt mer enn et par setninger, som *sårstelldommen* fra 2010 (Rt. 2010 side 612):

”Saken gjelder spørsmålet om et kommunalt sykehjem kan skifte sengetøy, utføre kroppsvask og skifte sårbandasjer på en pasient, mot hans vilje. En sentral problemstilling er om pasienten ved å takke ja til sykehjemsplass også aksepterer institusjonens alminnelige krav til personlig hygiene og at pleiepersonalet gjennomfører disse, eller om pasienten ... kan nekte vask og stell – også der dette medfører slik sjenanse for de ansatte at forholdene ikke lar seg forene med hensynet til et forsvarlig arbeidsmiljø.”

6. Overskriften til denne delen som min kollega Karl Arne Utgård og jeg skal dekke, er ”klart språk i domstolene”. I videste forstand gjelder dette ikke bare domstolenes eget språk, men også den kommunikasjonen som retten mottar, også forklaringer fra parter, vitner og sakkyndige – og ikke minst advokatenes skriftlige og muntlige innlegg i saken. Jeg må la disse sidene ligge nå – det ville bringe oss langt over i spørsmål om bevisbedømmelse og prosedyreteknikk. Også domstolenes informasjonsvirksomhet utenfor sakene holder jeg utenfor.
7. Saken gjelder rettens avgjørelser. Det er spørsmål om hvordan dommeren bruker språket for å forstå og bli forstått. Jeg vil særlig ha Høyesterett for øyet. Men jeg tror en hel del har overføringsverdi til øvrige domstoler og til juridisk skrivearbeid mer generelt.
8. Forholdet mellom tanke og språk har opptatt filosofer, lingvister og psykologer i lange tider. Kan man tenke uten et språk? Tenker vi ved hjelp av språket? Har det betydning hvilket språk vi tenker på? Også i kunsten har man grublet – ”språket er tankens mor, ikke dens tjener”, har det vært sagt. Dette er et fascinerende univers – også fordi det tvinger frem spørsmålet om retten forutsetter språket; kan retten overhode eksistere eller virke uten språket?
9. Det foregår i disse dager opptaksintervjuer til jusstudiene ved Oxford og Cambridge. Avisen *The Guardian* hadde forrige uke en reportasje om hva det da blir lagt vekt på, hvor blant annet direktøren for opptakene til Cambridge, *Sam Lucy*, fremholdt evnen til presis tenkning – ”det meste annet kan læres”,

sa hun. Intervjuerne er spesielt opptatte av å finne ut om søkeren er i stand til å oppfatte nyanser og uklarheter i språket, til å se rommet for ulike tolkninger – det ideelle, i følge referatet i *The Guardian*, er en søker med nærmest matematisk nøyaktig språkfølelse.

10. Jeg vil iallfall fremheve at det er en tett forbindelse mellom det juridisk håndverket og språket: Det er i stor grad gjennom språket at vi skaffer oss innsikt i rettskildene. Språket virker strukturerende på vår analyse av rettsspørsmålene, på de rettslige overveielsene vi gjør på egen hånd og sammen med andre. Det er gjennom språket at vi formidler vårt syn på hvordan saken skal løses og på hvorfor den skal løses slik. Formen – språket – og innholdet – retten – er simpelthen uløselig knyttet sammen: Det er gjennom språket vi forstår retten. Det er gjennom språket vi gjør retten, og vårt syn på den, forståelig for andre.
11. Slik Høyesteretts måte å løse rettsspørsmål på tjener som forbilde for andre rettsanvendere, vil Høyesteretts måte å benytte språket på kunne ha en mønsterdannende virkning. Mitt beste råd til den som vil mestre det juridiske håndverket er derfor, i all beskjedenhet, å lese Høyesteretts dommer. Les dem nøye, med et våkent og kritisk blikk. Legg da også merke til struktur og språk som en komponent i det uttrykk for retten, slik Høyesterett ser den, som dommene representerer. Spør dere selv, og diskuter gjerne, hvordan dommene er lagt opp og hvorfor det er gjort nettopp slik.
12. Språkets betydning for dømmende virksomhet må ses i sammenheng med de krav vi stiller til utformingen av rettslige avgjørelser, i loven og i innarbeidet praksis.
13. Grunnloven § 95 gir enhver rett til en rettferdig rettergang. Utfallet av rettergangen – rettens avgjørelse av det forhold saken gjelder – må derfor være forståelig og forklart. Høyesterett har pekt på at dette kravet om begrunnelse skal sikre at avgjørelsen treffes på et rasjonelt grunnlag, det skal legges til rette for overprøving og det skal gjøre rettens konklusjoner etterprøvbare for allmennheten og for partene (HR-2016-1151-U).

14. For Høyesteretts vedkommende kommer i tillegg prejudikatsfunksjonen og den betydning denne har for hvordan våre avgjørelser utformes. Som det gjerne blir sagt: Høyesteretts dommer skal bidra til rettsavklaring og rettsutvikling. Jeg kommer tilbake til dette.
15. Den alminnelige prosesslovgivningen inneholder mer detaljerte krav til de ulike elementene som skal med i en rettslig avgjørelse. Vi har det tekniske – dommeren må identifisere rettsforholdet saken avgjør og dommen må presist og entydig angi i slutningen hva som er bestemt. Det kreves også at dommen viser hvilket faktisk forhold retten har lagt til grunn, og får frem hvordan retten har resonnert når den har truffet sin avgjørelse. Det er dette siste vi vanligvis tenker på når vi snakker om ”rettens begrunnelse”.
16. Rettslige avgjørelser er også bundet i en annen forstand enn den formelt rettslige: Det foreligger en genretradisjon som man i stor grad må forholde seg til – en innarbeidet språklig stil som i de større trekk vanligvis går igjen fra dommer til dommer og fra domstol til domstol. Det repetitive og uniforme her har en verdi. Har dommen en uvanlig stil, kan dette lett tolkes slik at avgjørelsen også på andre måter avviker fra en forventet normal. Det er i tilfelle uheldig. Formen bør bekrefte at saken er behandlet og avgjort etter etablerte normer og praksis og i tråd med rettsstatens forventning om likhet for loven.
17. Domstoladministrasjonen startet i 2012 et langsiktig arbeid med språk i domstolene. En arbeidsgruppe som bestod av erfarne dommere og en språkforsker avga i 2015 rapporten *Anbefalinger om domskriving*. Denne er publisert på Domstoladministrasjonens hjemmeside. Den er også tilgjengelig på Språkrådets nettside om Klarspråk. Et hovedmål er å legge til rette for at andre enn profesjonelle lettere skal kunne forstå rettslige avgjørelser, og å bidra til å utvikle dommerens ferdigheter i domskriving. Rapporten inneholder mange konkrete råd, basert på eksempler, som bør danne en standard. Jeg vil anbefale den til alle som ønsker å lære mer om domskriving og om godt juridisk språk.

18. Norske dommere er opptatte av språk. Gjennom studium og yrkeserfaring er dommere på det rene med hvor viktig teksten er som meningsbærer; ordlyden, setningsbygningen, strukturen og sammenhengen. Størsteparten av rettskildene har utelukkende tekstlige uttrykk – for eksempel lov, forarbeider, rettspraksis, konvensjoner og litteratur. En viktig del av den rettslige analysen er å trekke slutninger fra slike tekster. Jeg tror det er få yrkesgrupper, utenom lingvistene, som har et så nært og bevisst forhold til språket som dommere. De fleste er alminnelig gode skribenter. En del er meget dyktige.
19. Min tidligere kollega i Høyesterett Kirsti Coward har sagt at en godt skrevet dom er skrevet så enkelt at flest mulig forstår den, med minst mulig anstrengelser, samtidig som det ikke går ut over kravet til juridisk presisjon. Dette er i seg selv godt sagt, og lett å være enig i. Chief justice John Roberts i US Supreme Court har fortalt at han forsøker å skrive sine vota slik at hans søstre, som ikke er jurister, kan forstå iallfall hovedtrekkene – de sentrale reelle elementene – i begrunnelsen. Søstrene til John Roberts personifiserer da den alminnelig orienterte og interesserte samfunnsborger. I hvert fall for Høyesterett bør vel denne figuren kunne være en slags målestokk.
20. Å kombinere hensynet til uanstrengt forståelighet med presisjon, kan av og til vise seg vanskelig. Et eksempel gir denne passasjen i en nokså ny kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg (2. november 2016):
- “Den omstendighet at fristoppfriskning etter tvisteloven § 16-6 er nektet, er ikke til hinder for begjæring om avgjørelsesoppfriskning etter § 16-11 første ledd. Vilkårene for frist- og avgjørelsesoppfriskning er langt på veg de samme, se § 16-12. Slik reglene om frist- og avgjørelsesoppfriskning er utformet, ligger det således i systemet at retten må ta stilling til samme eller tilnærmet samme spørsmål to ganger i samme instans. Det vil være uheldig om en dommer som har nektet fristoppfriskning, uten videre skal bli inhabil til å treffe avgjørelse om avgjørelsesoppfriskning. Etter ankeutvalgets oppfatning bør en dommer som har nektet fristoppfriskning, bare bli inhabil til å avgjøre begjæring om avgjørelsesoppfriskning dersom han ved

behandlingen av begjæringen om fristoppfriskning har uttalt seg på en måte som inhabiliserer ham til å ta stilling til spørsmålet på nytt.”

21. Dette er juridisk møbelsnekkeri – presist på millimeteren. Men for å forstå, må leseren ta sats. Teksten må leses flere ganger. Og det vil være nyttig å ta notater underveis. Avgjørelsen oppfyller ikke Kirsti Cowards test. Søstrene til Chief justice John Roberts ville nok falt av lasset ganske tidlig. Når jeg likevel ikke er så bekymret for akkurat den avgjørelsen – og frimodig tilstår at jeg selv var med på den – er det først og fremst fordi den var adressert til de profesjonelle aktørene og gjaldt et spørsmål fra sivilprosessens høyst spesielle deler. Her kunne hensynet til presisjon komme i fremste rekke.

22. Men denne stilen er ikke å anbefale som en alminnelig retningslinje. Det bør være et mål å at retten blir forståelig, ikke bare for spesialistene og de innvidde. Også partene og allmenheten – inkludert pressen – skal ha mulighet for å forstå hva rettens avgjørelse går ut på og hva som er det bærende i rettens begrunnelse.

23. Den forklarende og åpne formen er da nærliggende, fremfor den innforståtte og fagtekniske. Dette gjelder også når dommeren må utøve skjønn eller gjøre avveininger mellom konkurrerende rettigheter eller interesser, slik gjeldende rett ofte forutsetter at dommeren skal gjøre. Det er ingen begrunnelse å si at resultatet følger av en ”samlet skjønnsmessig vurdering av alle de konkrete omstendighetene i saken”. Dette er en besvergelse, en håndverksmessig fallitterklæring, som er uegnet til å skape forståelse. Det er jo også risiko for at dommeren her har tatt en snarvei, og ikke har gjort de rasjonelle overveielsene som retten krever: Jeg minner om at kravet om begrunnelse både skal *sikre* og *vis* at retten har foretatt en reell og samvittighetsfull vurdering.

24. Som et eksempel på hvordan dette kan gjøres, vil jeg igjen bruke *Rolfesen-saken* som eksempel (Rt. 2015 side 1286). Som jeg refererte innledningsvis var spørsmålet om Politiets sikkerhetstjeneste hadde anledning til å ta beslag i filmmateriale hos en dokumentarfilmskaper. Førstvoterende tok

utgangspunkt i at kildevernet – filmskaperens behov for å holde sine kilder skjult for Politiets sikkerhetstjeneste – av hensyn til den samfunnsmessige verdien av undersøkende journalistikk, nyter et sterkt rettslig vern. Men straffeprosessloven § 125 bestemmer altså at når ”vektige samfunnsinteresser tilsier at opplysningen gis og den er av vesentlig betydning for sakens opplysning, kan retten etter en samlet vurdering likevel pålegge vitnet å oppgi navnet”.

25. Førstvoterende understreket at politiets etterforskning av rekruttering til og deltakelse i terrororganisasjoner generelt er nødvendig av hensyn til samfunnssikkerheten og for å avverge at sårbare unge mennesker blir involvert i krigshandlinger. Han kom likevel til at den samlede vurderingen som etter loven skulle foretas, måtte lede til at beslaget ikke kunne opprettholdes. Kjernen i denne avveiningen kommer til uttrykk i noen nokså konsentrerte avsnitt i dommen, som jeg vil lese (avsnitt 69-71):

”(69) [Rolfens] filmprosjekt har som formål å avdekke hva som motiverer norske statsborgere til å bli Syriafarere og hvordan C og hans trosfeller i Profetens Ummah kommuniserer med trosfeller.[Rolfen] har gitt uttrykk for at filmen skal gi innsikt i terrororganisasjonen Den islamske staten og deres forsøk på å islamisere verden. Jeg nevner at filmprosjektet har økonomisk støtte fra Norsk Filminstitutt og Fritt Ord.

(70) Etter min vurdering er [Rolfens] filmprosjekt i kjernen av undersøkende journalistikk; det griper fatt i et sentralt og presserende samfunnsproblem hvor allmenheten og myndighetene har behov for kunnskap og innsikt. Undersøkelsene er gjort mulig fordi [Rolfen] har en særlig og tillitsbasert tilgang til et lukket islamistisk miljø. Jeg legger til grunn at et effektivt kildevern er helt avgjørende for at filmen kan realiseres. Så vidt jeg forstår, er også konsekvensen av politiets ransaking og beslag at kildene har trukket seg.

(71) På denne bakgrunn gjør det seg derfor gjeldende særlig sterke kildevernhensyn. Men også hensynet til etterforskningen i en så alvorlig sak veier tungt. Politiet har imidlertid en rekke etterforskningsmetoder til

disposisjon i saker som dette, og det fremstår som uklart hvor nødvendige opplysningene i det beslaglagte filmmaterialet er for etterforskningen. Det er også et moment i helhetsvurderingen at Bs reise til Syria var avverget da ransakingen fant sted.”

26. Begrunnelsen har en lett tilgjengelig struktur. Språket er enkelt, men ikke banalt. Det er presist, men ikke teknisk. Ordvalget er nøytralt, men ikke likegyldig. Formen er forklarende, ikke belærende eller prosederende. Uttrykket er nøkternt og stødig, ikke skråsikkert eller storaktig. Vi hører ingen ”klart”, ”sikkert”, ”åpenbart” eller ”utvilsomt”. Her er ingen utropstegn. Ingen hoderisting. Teksten er åpen og gir inntrykk av at dette *er* begrunnelsen – uten forstyrrende effekter eller retoriske avledningsmanøvre. Leseren får en fair mulighet både til å forstå og til å bedømme.
27. Domsgrunner med høy kvalitet er trolig en medvirkende årsak til at domstolene i Norge ligger på ”tillitstoppen” sammenlignet med andre norske private og offentlige institusjoner, og også nyter høyere tillit i Norge enn det domstolene gjør i noe annet land. Det har interesse å se retten og språket i lys av ulike europeiske begrunnelsestradisjoner. – Jeg må naturligvis male med nokså brede pensler her. Men det er også da vi ser de store linjene best.
28. De såkalte civil law-landene på det europeiske kontinentet har sterke røtter i romerretten. Et hovedelement er ønsket om å samle retten i et strukturert og overgripende felles lovverk, slik vi finner dette i den franske Code Civil. Rettsanvendelsen i slike systemer skjer med utgangspunkt i sivillovbokens generelt formulerte prinsipper. Dommene følger et strengt forbundet, stilsikkert og logisk mønster, i lange og intrikate setninger med en rekke innskudd og forbehold. Formålet er å innpasse saksforholdet under lovens kategorier. Noen egentlig forklaring utover dette gis gjerne ikke. Dommene inneholder ikke dissenser. Det refereres i liten grad til andre kilder enn til selve loven, heller ikke til tidligere praksis. Man formelig fornemmer at retten følger umiddelbart av loven og dens autoritet og at det derfor ikke er behov for noen ytterligere forklaring.

29. I common law, som har sine røtter i engelsk rett, har domstolene tradisjonelt en viktig rolle i å skape og utvikle retten gjennom sin case law, og da slik at rettsanvendelsen ofte går ut på å finne løsningen på den konkrete saken ved å sammenligne det saksforholdet som er til pådømmelse med saksforholdet i saker som allerede avgjort – induksjon. Common law operer, tankemessig – som logisk ordning, så å si motsatt vei sammenlignet med civil law, som bygger på deduksjon fra generelle prinsipper. Common law har en sterkt utviklet prejudikatdoktrine, med personlige vota – ikke sjelden i en lett gjenkjennelig og nærmest litterær stil.
30. Dommer fra common law-domstoler er tradisjonelt nokså omfattende lagt opp når det gjelder å vise og forklare hvordan dommeren har resonert, hvilke kilder han eller hun bygger på og de reelle overveielsene – her kan jo ikke dommeren nøye seg med å vise til lovens autoritet. I kollegiale domstoler har det ikke vært uvanlig at alle dommerne skriver hvert sitt votum, selv om de langt på vei er enige med hverandre i det vesentlige og i resultatet. Dette gir meget omfattende dommer med mye interessant stoff. Men det blir mye å lese. Og det er ikke alltid helt enkelt å finne frem til det bærende resonnementet.
31. Etter etableringen av UK Supreme Court i 2009, har det her skjedd en viss kontinental dreining i Storbritannia – i den forstand at dommerne i britisk høyesterett nå i større grad, slik vi gjør det i Norge, forsøker å samle seg om ett felles votum.
32. De nordiske landene er en underlig miks av civil law og common law. Med hensyn til domsgrunner er tyngdepunktene dessuten litt forskjellig fordelt mellom landene. Danske dommer følger en ganske knapp form – i Danmarks Højesteret forfatter dommerne dommen i fellesskap mer eller mindre direkte etter rådslagningen. Tradisjonelt er også svenske dommer noe mer tilknappe enn de norske; kortere, mer formelle og stilistisk bundne. Men det er i senere år en utvikling i Högsta domstolen spesielt, i retning av fyldigere og mer tilgjengelige begrunnelser.

33. Begrunnelsmønsteret i Norges Høyesteretts dommer gjør at de – dersom de oversettes – blir nokså tilgjengelige også for en leser som ikke vet noe om norsk rett. God rettstenking har overføringsverdi, og formen i Norges Høyesteretts dommer har vist seg egnet i så måte. Igjen dukker *Rolfsen-saken* fra 2015 (Rt. 2015 side 1286) opp som eksempel, nå fordi dommen i 2016 fikk *The Colombia University Global Freedom of Expression Prize on Significant legal Ruling*, med følgende begrunnelse:

”In this case, the Supreme Court of Norway found unanimously for broad protection against exposure of journalistic sources even in the context of a government anti-terror investigation. In contrast to the widespread international tendency to sacrifice freedom of expression in times of crisis, this ruling recognizes the crucial importance of a free press.”

34. Poenget mitt er ikke at Høyesterett fikk en pris – det kan vel diskuteres hvor passende det egentlig er. Det jeg vil frem til er at formidlingen av Høyesteretts rettstenking på dette viktige område bare var mulig fordi den var gjort forståelig gjennom førstvoterende klare og enkle domspremisser (som jeg allerede har lest for dere), premisser som også lot seg oversette og formidle på tvers av jurisdiksjoner. Høyesterett har i en del år nå bedt om midler til å ansette to juridiske oversettere. I Regjeringens forslag til statsbudsjett for 2017 ligger det endelig an til at dette skal bli en realitet. Oversetternes arbeid vil primært være å oversette viktige avgjørelser til engelsk, med tanke på at Norges Høyesterett skal få en stemme på tvers av de språklige og nasjonale grensene.

35. Dialogen med de felleseuropeiske domstolene er i dag meget viktig. EU-domstolenes og EFTA-domstolens dommer og tolkningsuttalelser er i ganske stor grad inspirert av civil-law tradisjonen. Ettersom man i disse domstolene – etter mønster fra gammel fransk tradisjon – ikke tillater dissenser, vil uenighet mellom dommerne måtte skjules i utelatelser, tvetydigheter eller vage formuleringer. For en norsk dommer kan dette materialet oppleves som noe innadvendt og uformidlet – det krever innsats og tilvenning å komme forbi den knappe formen.

36. Den europeiske menneskerettsdomstol har utviklet en karakteristisk stil. Dommene følger et strengt ytre mønster, mens de sentrale operative passasjene er åpnere og mer forklarende. Domstolen tar bruker brede formuleringer. Men domsgrunnene må ses i sammenheng med saksforholdet og de rettslige rammebetingelsene som ligger i den nasjonale retten som saksforholdet i klagen har sin tilknytning til.
37. I avgjørelser som kan bli gjenstand for internasjonal etterprøving må Høyesterett få frem bakgrunnen for de norske regler og ordninger som utfordres. Domspremissene bør utformes slik at de blir robuste i møtet med verden. De må vise at de aktuelle internasjonale reglene er (riktig) forstått og at vi har foretatt de vurderinger og avveininger som reglene forutsetter. På denne måten legger vi til rette for *subsidiaritet* i praksis, og toner ned brodden i den internasjonale etterprøvingen. Dette er i og for seg en rent faglig operasjon. Men den vil bare kunne realiseres så langt Høyesterett klarer å formidle sin forståelse av den internasjonale regelen på en måte som det aktuelle håndhevingsorganet kjenner seg igjen i.
38. Vi finner en god illustrasjon i Den europeiske menneskerettsdomstolens dom 16. januar 2014 *Lillo Stenberg og Sæther mot Norge*. Klagen rettet seg mot Høyesteretts avgjørelse fra 2008 i den saken disse to hadde reist mot Se og Hør (Rt. 2008 side 1089). Kollega Karl Arne Utgård var førstvoterende, på vegne av et flertall på tre dommere. I dette, som var min første sak som dommer i Høyesterett, var jeg en av de andre i dette flertallet. Justitiarius Schei var den tredje. Om bakgrunnen for saken, sier førstvoterende (følg gjerne med også på språket her):
- ”(2) Andrine Sæther og Lars Lillo-Stenberg gifta seg laurdag 20. august 2005 på Tjøme. Vigselen fann stad på ein holme i sjøen, utanfor Grepan pensjonat der bryllaupsfesten vart halden. Bruda – saman med seks brudejenter – kom til holmen i ein bjørkepynta robåt. Ho vart følgd av faren – som hadde vore med i båten – opp til ein ventande Lars Lillo-Stenberg. På holmen vart bruda også møtt av eit mannskor.

(3) Se og Hør hadde sendt ein journalist, Anders Johan Stavseng, og ein fotograf, Morten Krogh, for å dekkje vigselen. Det var ikkje spurt om samtykke til å lage reportasje. Dei laga eit oppslag over to sider, som kom i Se og Hør nummer 65 for 2005. Overskrifta, som gjekk over begge sidene, lyder slik: 'Lars Lillo-Stenberg fikk et rungende ja fra skuespiller Andrine Sæther. GIFTET SEG BARBEINT I FJÆRA.'"

39. Førstvoterende refererer deretter detaljene i tekst og bildebruk – vi snakker om en såkalt "glad-sak", som stort sett inneholdt svulstige banaliteter, malende skildringer og romantiske bilder av feststemte mennesker. Spørsmålet for Høyesterett og i den senere klagen for Den europeiske menneskerettsdomstolen var om reportasjen krenket parets rett til privatliv etter Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8.
40. Flertallet i Høyesterett konkluderte med reportasjen ikke gjorde det. Mindretallet så annerledes på dette. Menneskerettsdomstolen slo fast at det ikke forelå konvensjonsbrudd. Det interessante i vår sammenheng er hvordan domstolen forholdt seg til at det var et flertall og et mindretall i Høyesterett, og at det her jo måtte foretas en avveining hvor det kunne være rom for ulike syn. Jeg finner grunn til å sitere noe av begrunnelsen (avsnitt 44):
- "In the opinion of the Court, both the majority and the minority, the Norwegian Supreme Court carefully balanced the right of freedom of expression with the right to respect for private life, and explicitly took into account the criteria set out in the Court's case-law which existed at the relevant time. In addition, de facto, the Supreme Court assessed all the criteria identified and developed in the subsequent case-law ... The Court therefore finds reason to point out that, although opinions may differ on the outcome of a judgment, 'where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts'."

41. Dommerarbeid er i sin alminnelighet krevende. Dommerarbeidet i en prejudikatdomstol gir særlig utfordringer: Sakene byr ofte på tvil. Våre avgjørelser griper inn i samfunnsutviklingen. Virksomheten må forankres i det som *var* og det som *er*. Men samtidig må vi løfte blikket utover og ikke minst *fremover*.
42. Det ligger i kortene at dommerne i Høyesterett må arbeide hardt for virkelig å forstå saken og de spørsmål den gjelder, og for å kunne gjør seg opp en oppfatning av hvordan saken skal løses. Grunnlaget ligger i den enkelte dommers forberedelser, gjennomføringen av de muntlige forhandlingene, inngående rådslagninger og i arbeidet med utkast til avgjørelse.
43. Høyesteretts arbeid for rettsavklaring og rettsutvikling skjer gjennom våre dommer. Domspremissene er, har det vært sagt, “Høyesteretts virkemiddel i rettslivet og Høyesteretts presentasjon av sin rettstenkning”. Utformingen er viktig. I denne siste delen av mitt innlegg vil jeg si noe om rammene for skriveprosessen.
44. Vår tradisjon er personlige vota, som ikke skrives før det er holdt en inngående rådslagning blant de dommerne som deltar. Rådslagningen ledes av rettsformannen, altså den av dommerne som har lengst ansiennitet. Han eller hun gir en ganske inngående gjennomgang av saken og redegjør for sitt syn på den – det går fort en time eller mer. Ikke helt sjelden vil formannens gjennomgang gi både struktur og hovedinnhold til den dommen som skal skrives. Deretter får de øvrige dommerne ordet etter tur. I den grad det er behov for det, gjennomføres ytterligere runder.
45. På grunnlag av rådslagningen peker formannen ut den av dommerne som skal skrive utkast til dom – førstvoterende. Utgangspunktet vil da være at formannen velger den av dommerne som det er lengst siden har skrevet en førstvotering. Men dersom vedkommende har et annet syn på saken enn flertallet – i begrunnelse eller resultat – går førstvoteringen til nestemann. Det er om å gjøre at den som skriver utkastet til dom har eierskap til det budskapet som skal formidles gjennom teksten.

46. Arbeidet med domsutkast er ofte ganske intenst. Det foregår ikke helt sjelden utover kvelder og gjennom helgen. Førstvoterende har fått et omfattende grunnlag – nå er det om å gjøre å gi Høyesteretts syn på saken og de rettsspørsmål den reiser, et forståelig uttrykk.
47. Hver dommer har sin egen tilnærming – selv angriper jeg arbeidet langs flere akser samtidig, i en vekselvirkning mellom å utvikle helhet og deler. Jeg forsøker å få etablert og raffinert en linje i dommen – som en forklarende struktur som leseren, bevisst eller underbevisst, kan identifisere og orientere seg etter – fra det innledende ”saken gjelder” til det avsluttende ”jeg stemmer for denne dom”. Delene av dommen som får prejudikatsvirkning utgjør omdreiningspunktet i arbeidet.
48. Førsteutkastet til dom vil vanligvis foreligge i løpet av noen dager, sjelden senere enn en uke etter rådslagning. De øvrige dommerne kommer med sine merknader, i form av håndskrevne randbemerkninger, via epost, ved spørreendringer i en elektronisk versjon eller muntlig. Førstvoterende bearbeider og justerer teksten ut fra kollegenes merknader om stort og smått. I realiteten er arbeidet med en førstvotering i høy grad et teamwork, med rettsformannen og førstvoterende som henholdsvis dirigent og første fiolinist. Utkastet eltes og knas, avsnitt flyttes, strykes og føyes til. Ordene og deres valør veies og måles, alternativer vurderes – forkastes eller godtas. Før dommen blir avsagt – voteres – møtes dommerne til en avsluttende domskonferanse, hvor den seneste versjonen av teksten gjennomgås i fellesskap. Tidligere leste førstvoterende høyt gjennom utkastet ord for ord. Det er det slutt på. Nå har dommerne lest siste versjon grundig før vi møtes – så kan vi nøye oss med å stanse der noen har merknader.
49. Dommerne i Høyesterett er opptatt av å skrive på en tydelig og transparent måte, spesielt når det gjelder begrunnelsen for, og ved formuleringen av, den normen som får anvendelse i saken – den avgjørende rettssetningen. Dommene bør også være mest mulig *funksjonelle* med hensyn til å formidle og forklare rettstilstanden, for lavere domstoler og rettslivet eller. Vår genre er

ikke, eller bør i hvert fall ikke være, den lærde avhandling, det polemiske essay eller den halvkvedede vise. Skjønt det finnes nok eksempler også på slike vota, ikke minst i dissenser eller særvota – hvor dommere gjerne slår ut håret også i språklig forstand. Det kan av og til være befriende å bare skrive på vegne av seg selv.

50. Det er ofte spørsmål om hvor bredt og prinsipielt begrunnelsen bør legges opp og hvor langt Høyesterett bør gå i å ta stilling til spørsmål det ikke er påkrevd å avgjøre for å løse saken – såkalte *sidekommentarer* eller *obiter dicta*. Alt sammen beror på en hel rekke faktorer, blant annet det aktuelle rettsområdet, de rettskildene som foreligger og så vel dybden som bredden i det avgjørelsesgrunnlaget Høyesterett har for hånden. Her er det dessuten en viss forskjell i dommermentalitet. De rettsvitenskapelige miljøer gir oss forskjellige anbefalinger – noen ganger sier vi for lite, andre ganger så alt for mye.
51. Tendensen i Norges Høyesteretts egen praksis er over tid nokså klar, i retning av at Høyesterett ofte legger begrunnelsen bredere og mer prinsipielt an. I en del saker gir prosedyrene dessuten et forsvarlig grunnlag for å ta stilling noe utover saken. Noe annet kunne være sløsing med juridiske ressurser. Men det går grenser. Dommens opplegg og innretning må være bærekraftig og egnet til videreføring i senere saker. Av samme grunn vil det også for Høyesterett kunne være behov for å uttrykke seg vagt, generelt eller avventende – slik at vi ikke kommer i skade for å ta stilling til mer enn det vi har grunnlag for, eller legge unødige begrensinger på en fremtidig utvikling.
52. Hva blir så mitt votum i spørsmålet om å forstå og bli forstått? Jeg våger meg på følgende: Gjennom dommene fører Høyesterett en rekke dialoger samtidig – dommerne med hverandre, og Høyesterett med partene, med advokatene, med nasjonale og internasjonale domstoler, med de andre statsmaktene, med allmenheten og med pressen, med de juridiske fagmiljøene, med fortiden og med fremtiden. Språket i Høyesteretts dommer er produktet av alle disse samtale og på samme tid redskapet som gjør dem mulige.