

Särtryck ur

FESTSKRIFT TILL  
**STEFAN LINDSKOG**

Å förstå og bli forstått

ARNFINN BÅRDESEN

Jure Förlag 2018



# Å forstå og bli forstått

ARNFINN BÅRDSSEN\*

– Samarbetet mellom de ulike juridiske aktørene kan ses som samtaler, store og små ... Og for at i ett samtale ge uttrykk for en mening behøvs ord. Helst då ord som så effektivt som möjligt klargør det som åsyftas.

Stefan Lindskog

## I. Prolog

I september 2014 møttes en gruppe europeiske dommere og juridiske professorer i Møtesalen i Norges Høyesteretts hus i Oslo for å drøfte domskrivning i en europeisk sammenheng – *Form of judgment and judicial reasoning*. Da, og i andre sammenhenger, har Stefan Lindskog og jeg fått utveksle synspunkter på høyesterettens rolle og på arbeidet med prejudikater – og på verdien av en nordisk domstoldialog også om dette tema. På *Nordisk høyesterettsdommermøte* i mars 2018 i København var utforming av rettsavgjørelser ett av emnene.

Fra mitt ståsted som dommer i Norges Høyesterett har det vært inspirerende å følge den samtidige utviklingen i *Högsta domstolen* i Sverige, og konsolideringen av domstolen som en tilnærmet *renodlad prejudikatdomstol*. Når Stefan Lindskog, som Högsta domstolens ordførande, fører ordet i domstolens *Verksamhetsberättelse* i 2016, er talen klar med hensyn til hva som gir kvalitet til rettslige avgjørelser og hvorfor kvalitet er avgjørende for tilliten til domstolene og for vår legitimitet som utøvere av samfunnsrett:

«En fungerande rättsstat förutsätter att allmänheten har förtroende för rättsväsendet. I dagens samhälle följer inte förtroende med formell auktoritet. Förtroende förtjänas. Det gäller även en högsta domstol. Och förtroende bygger på legitimitet.

Det sagda innebär att ett prejudikat så långt som möjligt måste övertyga. Men en första förutsättning för det är att domstolen öppet och ärligt redovisar sina överväganden. Inte bara argument som talar för den lösning som domstolen stannar vid ska lyftas fram, utan också de invändningar som kan göras mot denna. Ett ställningstagande som är svårt vinner inte på att det framställs som enkelt.

\* Dommer i Norges Høyesterett, dr. juris.

Transparanta och problematiserande domskäl kan naturligtvis locka till synpunkter och genmälen. Men kritik är inte av ondo, om den är konstruktiv. Då bör den ses som en del av ett samhällsutvecklande samtal.»

Et historisk og komparativt utsyn vil raskt bekrefte at formen på høyesterettens avgjørelser er et spørsmål om *tradisjon* og *stil* – for eksempel med hensyn til om det skrives personlige vota, om det er rom for dissenser, om avgjørelsene er problemorientert resonnerende og utførlige i referanser til rettsstoffet, eller kort konstatierende. Bredden og dybden vil variere.

Men formen er ikke en formalitet. Det er nære og sterke *realforbindelser* mellom de nordiske høyesterettens rolle som moderne prejidikatdomstoler og hvordan vi skriver våre avgjørelser. Dels er det slik at høyesterettens dommer utformes med det for øyet at de skal bidra til å *realisere* vår primær oppgave, som er å arbeide for rettsavklaring og rettsutvikling. Og dels er det slik at det nettopp er gjennom våre dommer at vi både *definerer* og *fyller* vår rolle.

Dette er en bakgrunn for mine følgende refleksjoner.

## II. «Saken gjelder ... Spørsmålet er ... »

«Saken gjelder ... ». Slik har Norges Høyesterett innledet nær sagt alle avgjørelser siden midten av 1970-tallet. I neste setning kommer som regel: «Spørsmålet er ... ». I *Rolfesen-saken* fra 2015 (Rt-2015-1286) sier førstvoterende dommer Ringnes det på denne måten:

«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.»

I dommer fra Högsta domstolen i Sverige angis gjerne *resultatet* først. Men det sentrale *spørsmålet* som skal besvares gjennom dommen presentert ganske tidlig, like under overskriften *Domskäl*. Danmarks Højesterets dommer starter som regel med en redegjørelse for partenes påstander, deres *anbringender*, en supplerende saksfremstilling og en gjennomgang av rettsgrunnlagene, før Højesteret – som en innledning til *Højesterets begrunnelse og resultat* – formulerer sakens sentrale problemstilling.

En tidlig, kort og presis beskjed om hvilket rettsspørsmål avgjørelsen dreier seg om gir retning for tanken og «slår an tonen». Prejidikatspørsmålet danner – bokstavelig talt – selve utgangspunktet. En god beskrivelse av hvilket rettslig problem dommen tar sikte på å løse er også nyttig når det senere kan bli spørsmål om *rekkevidden* av prejidikatet.

De innledende anslagene kan også gis en valør som støtter opp under domspremissenes samlede *overbevisningskraft*. I så måte vil det kunne være virkningsfullt å ta med allerede helt i innledningen noe mer utfyllende om selve saksforholdet. En illustrasjon er *Lord Dennings* kjente åpning i *Hinz mot Berry*, en sak som ble avgjort av britiske *House of Lords* i 1970. Saken gjaldt erstatning for sjokkskade i forbindelse med en bilulykke. Dommen innledes slik:

«It happened on April 19, 1964. It was bluebell time in Kent. Mr. and Mrs Hinz had been married some 10 years, and they had four children, all aged nine and under. The youngest was one. Mrs. Hinz was a remarkable woman. In addition to her own four, she was the foster-mother to four other children. To add to it, she was two months pregnant with her fifth child.

On this day they drove out in a Bedford Dormobile van from Tonbridge to Canvey Island. They took all eight children with them. As they were coming back they turned into a lay-by at Thurnham to have a picnic tea. The husband, Mr. Hinz, was at the back of the Dormobile making the tea. Mrs. Hinz had taken Stephanie, her third child, aged three, across the road to pick bluebells on the opposite side. There came along a Jaguar car driven by Mr. Berry, out of control. A tyre had burst. The Jaguar rushed into this lay-by and crashed into Mr. Hinz and the children. Mr. Hinz was frightfully injured and died a little later. Nearly all the children were hurt. Blood was streaming from their heads. Mrs. Hinz, hearing the crash, turned round and saw this disaster. She ran across the road and did all she could. Her husband was beyond recall. But the children recovered.»

Formuleringen av den innledende problemstillingen forutsetter gjerne en nokså inngående rettslig analyse og språklig bearbeidelse. Arbeidet med «Saken gjelder» og «Spørsmålet er» er derfor ofte også vanskeligere enn det leseren får inntrykk av i den ferdige dommen, hvor det hele gjerne kommer som «perler på en snor»: Den rettslige problemstillingen presenteres nærmest som noe gitt. Og svaret beror på et resonnement som er strukturert slik at hvert nye element kommer som en logisk forlengelse av det forrige. Formen her gir nok ikke helt sjelden et temmelig misvisende bilde at den tanke- og skriveprosessen som ligger bak. *Albie Sachs*, tidligere dommer i *Constitutional Court of South Africa*, forteller i sin bok *The Strange Alchemy of Life and Law* fra 2010 om hvordan han som ny dommer oppdaget at den logiske, rasjonelt ordnede strukturen i en dom – «the orderly, clear, sequential narrative form» – slett ikke ga noe sannferdig bilde av den arbeidsprosessen som ligger bak (side 47). Den ferdige dommen, skriver Sachs, vil følge «a simple forward progression – tick-tock – the tick always coming before the tock». Men «in reality the tock had often long preceded the tick». «Indeed», innrømmer Sachs, «it was not unusual for the very last sentence I wrote to be the opening statement declaring what the case would be all about». Og han fortsetter (side 55):

«I write this opening sentence only after having looked at what has emerged as the extended text of the judgment, at a time when I am able to get a full overview of the argument and discern the key threads that hold it together. Indeed, I sometimes discover at a fairly

late stage a determinative logic lying beneath the meandering passages that clamours for explicit acknowledgment. It is almost as sculptors would have it, that the story is in the marble, or in the wood. Then, and only after having disinterred the connection logic and tightening up the presentation, do I feel confident enough to finalize the opening sentence. And, I should mention, this declaration of what is the fundamental issue – the problematic to be resolved – often turns out to be quite different from that which I had confidently asserted in my first draft.»

Dette får meg til å tenke på noe professor *Nils Nygaard* sa da jeg som student ved Det juridiske fakultet i Bergen for 30 år siden arbeidet som vitenskapelig assistent for ham i forbindelse med ajourføringen av hans store erstatningsrettslige verk *Skade og ansvar*: «Du veit det, Arnfinn», sa han. «Teksten er som en deig. Den må eltast og knas.»

### III. Tanke, språk og begrunnelse

Forholdet mellom tanken og språket har opptatt filosofer, lingvister og psykologer. Kan vi 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. Det tvinger frem spørsmålet om også *retten* forutsetter språket; kan retten overhodet eksistere eller virke uten i og gjennom språket?

Under opptaksintervjuer til jusstudiene ved *Oxford* og *Cambridge* er man spesielt ute etter å avdekke evnen til presis tenkning – om søkeren oppfatter nyanser eller uklarerheter i språket og ser rommet for ulike tolkinger. De beste kandidatene, hevdes det, har en nærmest matematisk nøyaktig språkfølelse. Hos oss er det vel ikke vanlig å strekke det fullt så langt. Men det er en tett forbindelse mellom det juridiske 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 overveielserne 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.

Språkets betydning for dømmende virksomhet må ses i sammenheng med de kravene vi stiller til utformingen av rettslige avgjørelser, i grunnlov, lov, konvensjoner og i innarbeidet praksis: Skal rettergangen være *rettferdig*, må selve utfallet av rettergangen – rettens avgjørelse av det forholdet saken gjelder – være forståelig og forklart. Begrunnelsen skal sikre og vise at

avgjørelsen er truffet på et rasjonelt fundament, gi grunnlag for overprøving og gjøre rettens konklusjoner etterprøvbare for partene og for allmenheten.

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».

Rettslige avgjørelser er også bundet i en annen forstand: Det foreligger i hvert land som regel en *genretradisjon* – en innarbeidet form og språklig stil som i de større trekkene vanligvis bør gå igjen fra dommer til dommer og fra domstol til domstol. Det repetitive og uniforme her har en verdi. Har dommen en uvanlig fremtoning, 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.

For høyesterettens vedkommende kommer i tillegg prejudikatsfunksjonen, som har betydning på flere plan:

For det *første* må begrunnelsen være slik at avgjørelsene virkelig bidrar til rettsavklaring og rettsutvikling.

For det *andre* medfører høyesterettens funksjon som prejudikatdomstoler et spesielt behov for åpenhet og forklaring. I Högsta domstolens *Verksamhetsberättelse* for 2017 fremhever Stefan Lindskog denne sammenhengen mellom høyesterettens samfunnsrett og behovet for å begrunne:

«En dom berör människor. Den kan förändra deras liv. Alla domstolar har därför makt. Ett prejudikat har typiskt sett verkningar som kan sträcka sig långt in i framtiden och träffa många fler än parterna i målet. En högsta domstol har därför en alldeles särskild makt. All makt ska granskas och självfallet även normativ makt av det slaget. En viktig förutsättning för att detta ska kunna ske på ett tillfredsställande sätt är att domstolen öppnar sig för granskning genom att ärligt, tydligt och lättbegripligt redovisa skälen för sina ställningstaganden.»

Dette har ikke bare en side mot allmenheten. En meningsfull dialog med rettsvitenskapen forutsetter domsgrunner som kan bli byggesteiner i en akademisk analyse, og for faglig begrunnet kritikk eller tilslutning.

Og for det *tredje* vil høyesterettens måte å benytte språket på kunne ha en mønsterdannende virkning for de lavere domstolene, ja for den juridiske dialogen i sin alminnelighet.

## IV. En åpen og forklarende form

Min tidligere kollega i Høyesterett *Kirsti Coward* har sagt at en dom bør skrives slik 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 vel da den alminnelig orienterte og interesserte leser.

Noen ganger er det behov for «juridisk møbelsnekkeri» – og da må nok hensynet til at teksten skal være lett å forstå i noen grad vike. Så får det være at leseren må ta sats og kanskje også må lese det hele flere ganger for virkelig å forstå. Men det bør ellers være et mål at retten blir forståelig for flest mulig, 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. Her passer det godt for meg å gjengi – og slutte meg til – det Stefan Lindskog sier om utformingen av dommer i Högsta domstolens *Verksamhetsberättelse* for 2017:

«Läsbarheten och därmed tillgängligheten av domstolens avgöranden kan ses som ett evigt projekt. Många små steg har tagits – exempelvis rörande disposition, rubrikersättning och numrerade stycken – och fler kan säkert tas. Det gäller då att med beaktande av både parternas intresse av ett konkret avgörande i sak och det samhälleliga intresset av en framåtsyftande rättsbildning finna en balans mellan många motstridiga önskemål, såsom mellan juridisk teknisk precision och allmän begriplighet samt mellan fullödighet och koncentration. Och framför allt gäller det att minnas att läsbarhet inte är till för sin egen skull. Visserligen bör, som en ledamot en gång uttryckte det, en domsmotivering ses som ett slags litteratur – underförstått att även vissa språketetiska krav ska ställas på texten. Men alla framställningsgrepp har ett enda yttersta syfte: läsaren ska utan onödigt läsmotstånd kunna förstå hur domstolen har resonerat.»

Leseren skal, uten unødvendig lesemotstand, forstå hvordan domstolen har resonert. Det er det saken gjelder.

Den *åpne* og *forklarende* 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 – at han simpelthen ikke har foretatt de rasjonelle overveielene som retten krever.



Som et eksempel på hvordan dette kan gjøres, vil jeg igjen bruke *Rolf-sen-saken* som eksempel (Rt-2015-1286). 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». Ved sin avveining her tok førstvoterende utgangspunkt i at det er samfunnsmessig helt nødvendig at politiet kan etterforske rekruttering til og deltakelse i terrororganisasjoner, både 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 i dette tilfellet *ikke* kunne opprettholdes. Kjernen i denne avveiningen kommer til uttrykk i noen nokså konsentrerte avsnitt i dommen:

«(69) Rolfsens 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. Rolfsen 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 Rolfsens 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 Rolfsen 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.»

Begrunnelsen har en lett tilgjengelig struktur. Språket er enkelt, men ikke banalt. Det er presist, men ikke teknisk. Ordvalget er balansert, men ikke likegyldig. Formen er forklarende, ikke belærende eller prosederende. Uttrykket er nøkternt og stødig, ikke skråsikkert eller storaktig. Vi ser ingen «klart», «sikkert», «åpenbart» eller «utvilsomt». Her er ingen utropstejn. Ingen oppgitt hoderisting. Teksten er åpen og gir inntrykk av at dette *er* begrunnelsen – uten forstyrrende effekter eller avledningsmanøvre. Det er helt synlig at løsningen beror på en avveining. Og det kommer tydelig

frem hva som er avgjørende. Leseren får en fair mulighet både til å begripe og til å bedømme.

## V. Utsyn

Domsgrunner med høy kvalitet er trolig en medvirkende årsak til at nordiske domstoler nyter høy tillit sammenlignet med andre private og offentlige institusjoner, og også nyter høyere tillit enn i mange andre land. Det har her interesse å se retten og språket i lys av ulike europeiske begrunnelsestradisjoner. – Jeg må naturligvis male med nokså brede pensler nå. Men det er også slik vi ser de store linjene best.

I *civil law-landene* på det europeiske kontinentet har det vært et ønske 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 presumtivt heldekkende regler. Dommene, slik de tradisjonelt har vært utformet for eksempel av franske *Cour de cassation* – følger et strengt formbundet mønster, med remser av konstaterende, språklig kompliserte, setninger. Formålet er å innpasse saksforholdet under lovens kategorier. Noen egentlig forklaring utover dette gis gjerne ikke. Dommene er skrevet i en upersonlig stil og 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. Dommeren er nærmest usynlig.

I *common law*, med sine røtter i engelsk rett, har domstolene tradisjonelt en viktig rolle i å skape og utvikle retten gjennom *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 er avgjort – induksjon. Common law opererer tankemessig – som logisk ordning – så å si motsatt vei av civil law, som bygger på deduksjon fra generelle og lovbestemte regler. Common law har en sterkt utviklet prejudikatdoktrine, med personlige vota – ikke sjelden i en lett gjenkjennelig og nærmest litterær stil. Dommer fra common law-domstoler er tradisjonelt dessuten nokså omfattende lagt opp når det gjelder å vise og forklare hvordan dommeren har resonneret, hvilke kilder han eller hun bygger på og de reelle overveielsene. 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 og faglig interessante dommer. Men det blir mye å lese. Og det er ikke alltid helt enkelt å finne frem til det bærende rettslige resonnementet – det dommen er et prejudikat for. Jeg har inntrykk

av at det etter etableringen av *UK Supreme Court* i 2009, har skjedd en viss «nordisk dreining» – i den forstand at dommerne i britisk høyesterett nå i større grad forsøker å samle seg om ett felles votum på en måte som har ganske mye til felles med den formen som følges i Norges Høyesterett. De britiske dommene er imidlertid fremdeles en hel del mer omfattende enn det som er vanlig hos oss.

Den *tyske tradisjonen* befinner seg nok et sted mellom civil law og common law: Dommene er på den ene siden skrevet i en formell og logisk strukturert upersonlig stil. Men de inneholder som regel vesentlig mer rettslig analyse enn det man tradisjonelt vil finne i civil law-tradisjonen, ja til dels også vesentlig mer enn det man vil finne i de nordiske land. Det er nærliggende å tenke seg at utførlige og overbevisende begrunnelser har vært en nødvendig forutsetning for den innflytelsen som blant andre den tyske *Bundesverfassungsgericht* har hatt i europeisk rett.

Begrunnelsmønsteret i de nordiske landenes høyeste domstoler er på forskjellig måter påvirket av disse europeiske begrunnelsestradisjonene. Det kan se ut som at inspirasjonen fra common law er større i Sverige og i Norge, enn den til nå ha vært i Danmark.

Stilen i *EU-domstolens* og *EFTA-domstolens* dommer og tolkningsuttalelser har røtter i civil law-tradisjonen, men likevel slik at premisene gir reelle begrunnelser og referanser til et bredt rettslig kildemateriale. Ettersom man i disse domstolene – etter gammelt fransk mønster – ikke tillater dissenser, vil uenighet mellom dommerne måtte skjules i utelatelser, tvetydigheter eller vage formuleringer. Iallfall for en norsk dommer kan dette materialet oppleves som noe innadvendt og uformidlet – det krever innsats og tilvenning å komme forbi den knappe formen. *Lord Neuberger*, som var president i UK Supreme Court frem til 2017, er inne på dette i foredraget *Some thoughts on judicial reasoning across jurisdictions* fra 2016:

«The Luxembourg Court of Justice of the European Union has a firm tradition of always giving a reasoned judgment, but an equally firm tradition that that judgment is a single judgment of the court. This has the advantage of meaning that every decision simply consists of one judgment which cuts down reading time and avoids differences between different judges. It also is aimed at ensuring that the judges of the court work together to arrive at a mutually acceptable result which has been well argued out. However, a single judgment of the court inevitably means that the reasoning is often very constrained as sometimes as many as 17 judges have to sign up to it. Judges in the UK have not infrequently had cause to complain about the fact that judgments of the CJEU are unclear, are internally inconsistent, or even fail to answer the question which has been referred. Occasionally, it has even been necessary to re-refer an issue because the decision on the initial reference was so opaque that it did not deal, or at least did not deal comprehensively or even comprehensibly, with the issue which had been referred. Sometimes, I suspect when the judges cannot agree, the Luxembourg court reformulates the question referred, simply because it does not appear to want to answer it.»

EFTA-domstolen har kun tre dommere. Det er derfor rimelig å forvente større klarhet fra den domstolen enn fra EU-domstolen.

*Den europeiske menneskerettsdomstolen* har utviklet en karakteristisk stil. Dommene følger et strengt ytre mønster, mens de sentrale operative passasjene er åpnere og mer forklarende. Domstolen benytter seg gjerne av *brede prinsippformuleringer*, i kombinasjon med en omfattende bruk av egen *case law* og *komparativt* rettsstoff. At det ikke er dommerne selv som skriver utkastet til dommene, setter et preg på formen. Jeg siterer *Lord Neuberger* nok en gang:

«The Strasbourg court's majority or unanimous judgment will often be somewhat turgid and lengthy with rather a lot of 'boiler-plate paragraphs', and ... they tend to be rather unengaging, but they are in a standard, if rather pedantic, form and therefore are relatively easily navigated at least by the initiated. The fact that Strasbourg court judgments are initially drafted by members of the Legal Secretariat of the Court's Registry no doubt does not help to detract from their lack of *élan*. The concurring and dissenting judgments in Strasbourg tend to be brief and punchy – at least in part because they are written by the relevant judges themselves.»

## VI. Litt om arbeidet med vota i Norges Høyesterett

Dommerarbeid er i sin alminnelighet krevende. Dommerarbeidet i en prejidikatdomstol gir særlig utfordringer: Sakene byr ofte på tvil. Avgjørelser griper inn i samfunnsutviklingen og har vanskelige grenseflater mot politikken. Virksomheten må forankres i det som *var* og det som *er*. Men samtidig må vi løfte blikket *utover* og ikke minst *fremover*.

Det ligger i sakens natur at dommerne i Høyesterett må arbeide hardt for virkelig å forstå saken og de spørsmål den gjelder, og for å kunne gjøre seg opp en oppfatning av hvordan saken best skal løses. Grunnlaget ligger i den enkelte dommerens forberedelser, gjennomføringen av de muntlige forhandlingene, rådslagninger og i arbeidet med utkast til avgjørelse.

Vår tradisjon er *personlige vota*, som ikke skrives før det er holdt en rådslagning blant de dommerne som deltar. Her skiller Norges Høyesterett seg fra både den danske og den svenske tradisjonen. 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.

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 som skal formidles gjennom teksten. Erfaringen viser at den blir best da.

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 rettssspørsmål den reiser, et forståelig uttrykk.

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.

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 «spor-enderinger» i en elektronisk versjon eller muntlig. Førstvoterende bearbejder og justerer teksten ut fra kollegenes merknader om stort og smått, så langt førstvoterende mener det er grunnlag for det. I realiteten er arbeidet med en førstvotering i høy grad et *teamwork*, med rettsformannen og førstvoterende som henholdsvis dirigent og førstefolinist. Utkastet bearbejdes, 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.

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 ellers. 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.

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 visstnok for lite, andre ganger så alt for mye.

Tendensen i Norges Høyesteretts 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 til noe utover saken. Da kan det være grunn til å gjøre akkurat det. 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.

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 Høyesterett har foretatt de vurderinger og avveininger som reglene forutsetter. På denne måten legger vi til rette for *subsidiaritet* og *delt ansvar* 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. Den europeiske menneskerettsdomstolens dom 16. januar 2014 *Lillo Stenberg og Sæther mot Norge*, som gjaldt retten til privatliv etter artikkel 8, gir en god illustrasjon. Her understreker menneskerettsdomstolen at der den nasjonale domstolens avgjørelse viser at det er foretatt en avveining av de motstridende interessene i tråd med de kriterier som er trukket opp i strasbourgdomstolens case law, «the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts».

Begrunnelsesmønsteret 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 *Rølfsen-saken* fra 2015 (Rt. 2015 side 1286) opp som eksempel, nå fordi dommen i 2016 fikk *The Colombia University Global Freedom of Expression Price 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.»

Poenget her er ikke at Norges Høyesterett fikk en pris. Domstoler bør ikke tildeles, og iallfall ikke motta, priser. Men den *formidlingen av Høyesteretts rettstenking* som vi her ser et eksempel på er bare mulig fordi tenkingen var gjort forståelig gjennom førstvoterendes åpne og forklarende domspremisser, premisser som lett lot seg kommunisere på tvers av jurisdiksjoner og genretradisjoner.

Norges Høyesterett ansatte i 2017 en *juridisk translator* som blant annet skal oversette viktige høyesterettsavgjørelser fra norsk til engelsk, og gjøre dem tilgjengelige for allmenheten via Høyesteretts hjemmeside. Dette skal gjøre det praktisk mulig for Norges Høyesterett å kunne ha en stemme utover Norden, og bli forstått også på tvers av de språklige grensene. Justitiarius *Toril Marie Øie* har i *Høyesteretts årsmelding* for 2017 understreket at Norges Høyesterett med dette ønsker «å være en klar røst i den internasjonale dialogen om menneskerettigheter og andre internasjonale rettsspørsmål».

## VII. Epilog

Min korte avslutning er både en konklusjon og en ambisjon:

Gjennom dommene fører høyesterettene en *rekke samtaler* – med partene, med advokatene, med nasjonale, utenlandske og internasjonale domstoler, med de andre statsmaktene, med allmenheten og med pressen, med de juridiske fagmiljøene, med fortiden og med fremtiden. Språket i dommene er et *produkt* av alle disse samtalerne. Språket er samtidig *redskapet* som gjør samtalerne mulige. Og for alle som deltar er det et spørsmål om å *forstå og bli forstått*.

