

*Høyesterettsdommer dr. juris Arnfinn Bårdsen, Norges Høyesterett*

## De nordiske høyesterettene som prejudikatdomstoler

*Nordisk høyesterettsdommerseminar, Oslo 14. og 15. mars 2016*

*Et præjudikat er en høiesteretsdom – stort mere man kan ikke sige derom.  
Og Høiesteret er al ære værd, den er trygg og forstandig i al sin færd.  
En dom av Høiesterets-kvalitet den skulde ha virkning til evigbet.*

*Og da var jo saken grei, men nei, så enkel er den desværre ei.  
Selv assessorer er mennesker kun, med menneskers tanke, og menneskers mund.  
Og ordet: Errare humanum est, det passer på dem som på mennesker flest.*

Peter Wessel Zapffe  
Juridisk eksamensbesvarelse 1923 (utdrag)

- - -

1. Kjære nordiske kolleger! De nordiske høyesterettene er prejudikatdomstoler: Den rettsoppfatningen som våre avgjørelser bygger på – den angitte *ratio decidendi* – får en form for *allmenn og normdannende virkning*. Også andre enn partene i den saken som blir avgjort kan innrette seg etter at det er denne rettsoppfatningen som gjelder. Dermed fremmes *forutberegnelighet* og *likebehandling*; to bærende rettsstatsprinsipper. Ofte settes dette i sammenheng med ønsket om *rettsenhet*. En konsistent praksis bidrar dessuten til å *legitimere* høyesterettens avgjørelser. Det kan også gi god *beslutningsøkonomi* å benytte tidligere avgjørelser som selvstendige og felles referansepunkter når rettsspørsmål skal løses.
2. Gjennom prejudikatfunksjonen legger høyesterettene grunnlag for rettslig *avklaring* av betydning utover den konkrete saken, med det for øyet å stabilisere. Prejudikater har samtidig et visst dynamisk element, ettersom disse er høyesterettens verktøy for *utvikling*. Man kan vel si at prejudikatfunksjonen er et produkt av behovet for å *videreføre* og behovet for å *tilpasse og endre*.

3. Domstolenes presedenser er fra gammelt av selve byggsteinene i *common law*. Inntil et systemskifte i 1966 anså britiske House of Lords seg som formelt bundet av sine tidligere prejudikater – disse kunne ikke fravikes engang av House of Lords selv. Denne strenge prejudikatdoktrinen er senere myket opp og videreutviklet i britisk rett, fra 2009 av den nye UK Supreme Court. Prejudikater anses i dag “as normally binding”, men de kan fravikes av UK Supreme Court dersom “it would be right for it to do so”.<sup>1</sup>
4. Ryggraden i *civil law*, derimot, er historisk sett *lovgivning* – helst i form av så komplette, generelle og integrerte lovsystemer at domstolenes oppgave utelukkende skulle være ren *lovanvendelse*. Det er for så vidt illustrerende, som et ytterpunkt, at det i fransk rett fra 1790 til 1837 gjaldt et forbud mot at dommere *tolket* lovene; det ville være å tre inn på lovgivers område. Dette forbudet, og den tenkningen det bygget på, ga overhodet ikke noe rom for en åpen prejudikatdoktrine. Det gjorde heller ikke det danske forbudet mot at Højesteret ga begrunnelse for sine avgjørelser, som gjaldt frem til 1857. Norges Høyesteretts voteringsprotokoller ble først offentlige fra 1863. Da hadde imidlertid Høyesterett selv, usynlig for omverdenen, allerede så smått begynt å utvikle en prejudikatlære, etter inspirasjon – har man antatt – fra britiske domstoler.<sup>2</sup>
5. Skillet mellom common law og civil law er ikke så skarpt nå som det var. I dagens Europa er en klar, men samtidig fleksibel, prejudikatdoktrine trolig blitt et nokså grunnleggende fellestrekk, som del av en stadig og domstoldreven rettslig raffineringssprosess. Franske Cour de Cassation uttrykker seg blant annet slik:<sup>3</sup>

**”The judges of the Court of Cassation are concerned with laying down a stable case law which serves as a yardstick for the lower courts, the litigants and their counsel. Establishing the law is an ongoing process ... It is only in all events after careful consideration that a precedent is overturned as the consequences not only affect the case in question ... It is therefore quite understandable that there is constant concern to strike a subtle balance between the need to adapt the law to changes in society and to have lasting rules of law.”**

Tyske Bundesgerichtshof sier det på denne måten:<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *Austin v Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark* [2010] UKSC 28 avsnitt 24-25. To helt nye eksempler på fravikelse er *R v Jogee* [2016] UKSC 8, se avsnitt 79-100 og *Knauer v Ministry of Justice* [2016] UKSC 9, se avsnitt 19-26. Dommene er tilgjengelig på hjemmesiden til UK Supreme Court – <https://www.supremecourt.uk/>.

<sup>2</sup> Utviklingen i Norge er omtalt av Jens Edvin A. Skoghøy, “I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes” i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sammenheng – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 254-290, på side 264-268. Se også Jørn Øyrehagen Sunde, *Høyesteretts Historie 1965-2015* (2015) side 226-272.

<sup>3</sup> [https://www.courdecassation.fr/about\\_the\\_court\\_9256.html](https://www.courdecassation.fr/about_the_court_9256.html).

<sup>4</sup> [http://www.bundesgerichtshof.de/EN/Home/home\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/EN/Home/home_node.html).

**”The task of the Federal Court of Justice is primarily to ensure uniform application of law, clarify fundamental points of law and develop the law.”**

Lord Neuberger, president for UK Supreme Court, sa det nylig slik:<sup>5</sup>

**”Traditionally, our essential historic function has been (i) to clarify the law when it may have become unclear, (ii) to correct the law when it appears to have gone wrong, (iii) to modernise and develop the law when it has become out-dated or out of touch, and (iv) to reconcile and resolve inconsistent decisions of different courts.”**

Også de felleseuropeiske domstolene – EU-domstolen, EFTA-domstolen og Den europeiske menneskerettsdomstolen – har en godt etablert og tydelig prejudikatdoktrine. I storkammerdom 11. juli 2002 *Christine Goodwin mot Storbritannia*, sier menneskerettsdomstolen det slik (avsnitt 74):

**“While the Court is not formally bound to follow its previous judgements, it is in the interest of legal certainty, foreseeability and equity before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases.”**

6. I dag har hele Europa mer lovgivning, og flere typer lovgivning, enn noensinne. Det kunne kanskje gi grunn til å forvente et redusert behov for prejudikatdomstoler, fordi lovene gir flere svar enn før. Erfaringen har imidlertid vist at det fremdeles er igjen områder som domineres av domstolpraksis. Dette kan bero på mange faktorer, blant annet tradisjonene, behovet for rettslig smidighet og forhold ved selve livsområdet som gjør det mindre egnet til detaljert og gjennomgående lovregulering.<sup>6</sup> Noen felt er mer blandet.<sup>7</sup> Men selv på gjennomregulerte områder vil lovgivningen aldri kunne bli så fullstendig eller så entydig, og lovgiver så forutseende og “hands on” i ethvert henseende, at det ikke også er behov for at høyesterettene arbeider for rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling, gjennom den strøm av enkeltsaker som vi behandler.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Lord Neuberger, “Justice Innovation Programme Lecture for the Northern Ireland Assembly Committee“, 3. mars 2016 avsnitt 6. Tilgjengelig på <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-160303.pdf>.

<sup>6</sup> I norsk rettstradisjon trekkes gjerne erstatningsretten frem som eksempel på dette, se Steinar Tjomsland, “Høyesteretts rolle ved utviklingen av erstatningsretten”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 714-742.

<sup>7</sup> I Norge er formueretten et slikt mer sammensatt rettsområde, se Rune Sæbø, “Høyesteretts rolle ved utviklingen av formueretten”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 743-764.

<sup>8</sup> Strafferetten er et eksempel på et sterkt lovregulert område hvor Norges Høyesterett likevel har hatt en helt sentral rolle, se Toril Øie, “Høyesterett som straffedomstol – særlig om Høyesteretts rolle ved utviklingen av strafferettens ansvarslære”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 508-547 og Magnus Matningsdal, “Høyesterett som straffedomstol – straffutmåling”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 548-595.

Jens Edvin A. Skoghøy har formulert dette slik, i tilknytning til prosessretten:<sup>9</sup>

“For det første er virkeligheten mangfoldig, og i det praktiske rettsliv kan det vise seg at regelverket inneholde ‘hull’ som ikke er nærmere regulert. For det andre er det ikke uvanlig at lovgivningsmyndigheten bevisst overlater detaljutpensling av rettsregler til domstolene. Dette kan være fordi lovgiverne ikke har tilstrekkelig oversikt over de konfliktsituasjoner som kan oppstå, eller fordi lovgiverne ønsker en fleksibel regel slik at man i størst mulig grad kan oppnå konkret rimelige resultater. For det tredje kan det ved domstolenes anvendelse av et regelverk som er tilsiktet uttømmende, vise seg at ikke alle sider ved reglene er tilstrekkelig gjennomtenkt. For det fjerde kan de livsforhold som reglene tar sikte på å regulere, endre seg, eller det kan skje endringer i rettsoppfatninger i samfunnet. I alle disse tilfellene er det domstolenes oppgave å avklare og utfylle rettsreglene og tilpasse dem til samfunnsutviklingen.”

Kort sagt: Høy lovgiveraktivitet reduserer ikke behovet for prejudikatdomstoler. Ny lovgivning genererer tvert i mot nye tolkningsproblemer. Men preget av et *samvirke* mellom lovgiver og høyesterettene blir nødvendigvis mer fremtredende.<sup>10</sup>

7. Komplexiteten i selve rettssystemet skaper dessuten nye problemstillinger, blant annet knyttet til relasjonen mellom nasjonal og fellesskapsrettslig lovgivning og når det gjelder tolkning og anvendelse av overordnede, mer generelt utformede, grunnlovs- og konvensjonsrettigheter. Her vil det falle også på de nasjonale høyesterettene å foreta en avklaring, tilpasning og i noen grad utvikling, i et samvirke med lovgiver og de europeiske institusjonene, herunder de europeiske domstolene.<sup>11</sup> EU-domstolen og EFTA-domstolen har i denne sammenhengen rollen som prejudikatdomstoler for så vidt gjelder fellesskapsretten.<sup>12</sup> Den europeiske menneskerettsdomstolen fungerer som en prejudikatdomstol ved tolkningen av Den europeiske menneskerettskonvensjonen.

---

<sup>9</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, “Domstolsskapt prosessrett”, i Matningsdal, Skoghøy og Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – festskrift til Tore Schei* (2016) side 60-86, på side 62.

<sup>10</sup> Wilhelm Matheson, “Høyesteretts sivile saker – Noen strukturelle utviklingstrekk” i Matningsdal, Skoghøy og Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – festskrift til Tore Schei* (2016) side 599-642, på side 624-625 og Jørn Øyrehagen Sunde, *Høyesteretts historie 1965-2015* (2015) side 298. For en reservert gjennomgang av Norges Høyesteretts bidrag her de siste 15 år, se Inge Lorange Backer, “Samspillet mellom lovgiverne og Høyesterett”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 96-135, særlig på side 135.

<sup>11</sup> I Norges Høyesteretts praksis er plenumssakene i Rt. 2000 side 1811 (Finanger I) og Rt. 2005 side 1365 (Finanger II) to viktige eksempler på slik avklaring.

<sup>12</sup> De særlige forholdene knyttet til EØS-avtalen er behandlet av Halvard Haukeland Fredriksen, “Norges Høyesterett som EØS-domstol” i Matningsdal, Skoghøy og Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – festskrift til Tore Schei* (2016) side 438-464, spesielt på side 440-448. Se også Henrik Bull, “Høyesteretts bruk av EU- og EØS-rett”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 358-392.

8. Jeg nevner her at Norges Høyesterett bygger sin tolkning av Den europeiske menneskerettskonvensjon på de samme metodiske utgangspunktene som Den europeiske menneskerettsdomstolen selv gjør.<sup>13</sup> Høyesterett kan imidlertid ikke ta det samme ansvaret for å *utvikle* konvensjonsretten som Den europeiske menneskerettsdomstolen. Derimot er vi nok blitt mer oppmerksomme på vårt ansvar for å ivareta og fylle *den nasjonale skjønnsmarginen*, i tråd med konvensjonens prinsipp om *subsidiaritet*.<sup>14</sup> Utforming av domsgrunner som viser at Høyesterett har tatt utgangspunkt i, forstått riktig, og grundig vurdert den aktuelle konvensjonsrettslige normen, er her helt sentralt.<sup>15</sup> Dette har en side mot “dialogen” mellom europeiske domstoler, som er et av emnene vi skal drøfte i morgen, under overskriften “Har de nordiske høyesterettene en stemme i den europeiske rettsdialogen?”.
9. Tillat meg også å skyte inn: I Norge har spørsmålet om betydningen av dommer fra Den europeiske menneskerettsdomstol fått en fornyet aktualitet gjennom grunnlovsreformen 2014, hvor Stortinget vedtok en ny “Bill of Rights” i Grunnloven del E, etter mønster fra blant annet Den europeiske menneskerettskonvensjon, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og EUs charter om grunnleggende rettigheter. Høyesterett har lagt til grunn i sin praksis – i tråd med forarbeidenes anbefalinger og føringene i Grunnloven § 92 – at de nye grunnlovsrettighetene skal tolkes “i lys av” de folkerettslige forbildene, herunder folkerettslig case law og annen tolkningspraksis.<sup>16</sup> Praksis fra for eksempel Den europeiske menneskerettsdomstolen trekkes derfor – med harmonisering for øyet – inn ved formuleringen av grunnlovsnormen og ved den konkrete anvendelsen av den. Norges Høyesteretts tilnærming her har visse likhetstrekk med den som den tyske Bundesverfassungsgericht

---

<sup>13</sup> Den grunnleggende avgjørelsen her er plenumsdommen i Rt. 2000 side 996 (Böhler). Se også Erik Møse, “Den internasjonale rettens innflytelse i Norge – EMK og andre menneskerettskonvensjoner”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Low – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 317-357, på side 323.

<sup>14</sup> Se, som en nyere illustrasjon, Høyesteretts storkammerdom HR-2016-34-S (Guldberg) avsnitt 50-51, 56 og 89.

<sup>15</sup> Arnfinn Bårdsen, “The Norwegian Supreme Court and Strasbourg: The Case of Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway”, *German Law Journal* 2014 side 1293-1305, på side 1305 og Arnfinn Bårdsen, “Supreme Courts and the Challenges posed by the Transnationalisation of Law”, Universitetet i Bergen 21. september 2015 avsnitt 19. Begge er tilgjengelig under fanen “Artikler og foredrag” på Norges Høyesteretts hjemmeside <http://www.domstol.no/hoyesterett>.

<sup>16</sup> Noen sider av dette ble drøftet på Nordisk høyesterettsdommermøte i Stockholm i 2015, se mitt innlegg “De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett”, særlig avsnitt 34-39. Innlegget er tilgjengelig under fanen “Artikler og foredrag” på Norges Høyesteretts hjemmeside <http://www.domstol.no/hoyesterett>. Se også Arnfinn Bårdsen, “Norges Høyesterett og ‘barnets beste’ som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm”, i Matningsdal, Skoghøy og Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – festskrift til Tore Schei* (2016) side 243-268, på side 253-254.

har bygget sin praksis på, knyttet til forholdet mellom forfatningsmessige grunnrettigheter og rettighetene og frihetene i Den europeiske menneskerettskonvensjonen. I en avgjørelse fra 2011 sies det slik:<sup>17</sup>

“According to the established case-law of the Federal Constitutional Court, the text of the Convention and the case-law of the European Court of Human Rights serve, on the level of constitutional law, as interpretation aids to determine the contents and scope of fundamental rights and of rule-of-law principles of the Basic Law ...”

Også dette har sider mot den europeiske domstoldialogen.

10. I de nordiske land har det lenge vært nokså alminnelig enighet om at avgjørelsene fra våre høyeste domstoler har selvstendig rettskildemessig verdi. Går vi noen tiår tilbake, var dette først og fremst et nyttig *biprodukt* av det man oppfattet som hovedoppgaven også for høyesterettene – å løse konkrete rettstvister og avgjøre straffekrav på en måte som sikret riktig gjennomføring av den materielle retten. I dag er det imidlertid blitt nokså vanlig å regne prejudikatfunksjonen som de nordiske høyesterettenes *primæroppgave*. Den enkelte sak er middelet, ikke målet. Høyesterettens transformasjon fra appelldomstoler til prejudikatdomstoler har foregått skrittvis, i et nært samvirke mellom høyesterettene selv og lovgiver. Begrensninger i retten til å anke til høyesterettene har vært oppfattet som fundamentet for en slik omlegging, slik at høyesterettene kan konsentrere innsatsen nettopp om de sakene hvor det er størst behov for et (nytt) prejudikat.<sup>18</sup>
11. De nordiske høyesterettene er i dag opptatt av å *formidle* at det er rollen som prejudikatdomstoler som er den sentrale. På hjemmesiden til Högsta domstolen i Sverige heter det:<sup>19</sup>

“Högsta domstolens huvuduppgift är att skapa prejudikat – vägledande avgöranden – främst på straffrättens och civilrättens område.”

Videre blir det sagt:

“Högsta domstolens viktigaste uppgift är att genom sina avgöranden i konkreta mål skapa prejudikat, som kan få betydelse som vägledning för hur liknande fall i framtiden ska bedömas av de allmänna domstolarna ... och av rättslivet i övrigt ... Denna uppgift brukar kallas Högsta domstolens prejudikatbildande funktion. Högsta domstolens verksamhet syftar alltså inte till att tillgodose den klagandes intresse av att få målet prövat igen för att uppnå ett annat resultat ...”

<sup>17</sup> Den tyske forfatningsdomstolens dom 4. mai 2011, 2 BvR 2365/09) punkt C, I, 1 b (forfatningsdomstolens egen oversettelse, se <http://www.bundesverfassungsgericht.de>).

<sup>18</sup> Om forholdene i Norge, se Arnfinn Bårdsen, “Anketillatelse til Norges Høyesterett”, Lov og Rett 2014 side 529-549.

<sup>19</sup> <http://www.hogstodomstolen.se/>

Högsta förvaltningsdomstolen i Sverige slår an den samme tonen på sin hjemmeside:<sup>20</sup>

**“Högsta förvaltningsdomstolen är högsta instans bland de allmänna förvaltningsdomstolarna. Huvuduppgiften är att skapa prejudikat, det vill säga vägledande avgöranden”.**

Högsta domstolen i Finland sier dette slik:<sup>21</sup>

**“Högsta domstolen är en prejudikatdomstol. Prejudikat ges i frågor där lagen inte ger ett klart svar. Prejudikaten ger rättsregler för motsvarande tvister i framtiden och man strävar till att med prejudikaten säkerställa att domstolar i hela landet tolkar lagen på samma sätt.”**

Danmarks Højesterett nevner ikke selve ordet “prejudikat” på hjemmesiden, men forutsetter en prejudikativirkning, gjennom følgende passus:<sup>22</sup>

**“Som landets øverste domstol skal Højesteret sørge for retsenhed og bidrage til afklaring i tilfælde, hvor retstilstanden er uklar. Højesteret har også – inden for lovens rammer – et ansvar for retsudviklingen.”**

Og i boken *Højesteret*, som kom ut i 2015, utdyper Jens Peter Christensen dette:<sup>23</sup>

**“Højesterets opgave er således at fungere som en ankeinstans i sager, der er af principelt indhold. Højesterets ressourcer skal derimot ikke benyttes på sager, hvis afgørelse overvejende bero på bevismæssige vurderinger eller retsanvendelse, hvor de principielle retsspørgsmål allerede er afklaret. Man kan på denne måde sige, at Højesterets rolle først og fremmest er at være præjudikatsdomstol.”**

Norges Høyesterett ordlegger seg på en lignende måte:<sup>24</sup>

**“Høyesterett skal arbeide for rettsenhet, rettavklaring og rettsutvikling.”**

Tore Schei har i tråd med dette stadig fremholdt – i tale og skrift – at “Høyesteretts hovedoppgave er å være en prejudikatdomstol”.<sup>25</sup> Dette er også Toril Øies syn.<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> <http://www.hogstaforvaltningsdomstolen.se/>

<sup>21</sup> <http://korkeinoikeus.fi/sv/>

<sup>22</sup> <http://www.hoejesteret.dk/>

<sup>23</sup> Jens Peter Christensen, John Ericksen, Ditlev Tamm, *Højesteret* (2015) side 13.

<sup>24</sup> <http://www.hoyesterett.no>

<sup>25</sup> Tore Schei, “Norges Høyesterett ved 200-årsjubileet”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 1-42, på side 3.

12. Högsta förvaltningsdomstolen i Finland omtaler seg ikke som en prejidikatdomstol på sin hjemmeside.<sup>27</sup> Det gjør heller ikke Hæstiréttur Íslands.<sup>28</sup> Jeg antar dette blant annet henger sammen med at begge er *andreinstans-domstoler*. Det gjør det vanskeligere å rendyrke prejidikatfunksjonen. Det er også ellers noen klare ytre forskjeller mellom øst og vest, hvor Finland og Sverige har delt den øverste domsmakten mellom en ordinær høyesterett og en forvaltningshøyesterett, mens vi i vest kun har én høyesterett med kompetanse på alle saksfelt. Vilåårene for ankebehandling varierer noe – det samme gjør antallet og typen saker som behandles. Danmark skiller seg ut for så vidt som det ikke er Høyesteret selv som velger ut sakene. I høyesterettene på Island, i Danmark og i Norge, står den muntlige behandlingsformen sterkere enn i Finland og Sverige. Og det er naturligvis også ellers litt ulike måter å arbeide på i våre sju høyesteretter, som kollegium og ved utformingene av våre avgjørelser.
13. Hovedtendensen er likevel tydelig nok over hele Norden, og uttrykkes slik av Pauliine Koskelo, i hennes bidrag til festskriftet *Rettsavklaring og rettsutvikling*, som ble gitt til Tore Schei i forbindelse med hans avgang som høyesterettsjustitiarius i februar 2016:<sup>29</sup>

**“Alla de nordiska högsta domstolarna, med undatag för Finlands högsta förvaltningsdomstol og Islands haestirettur, är utprägede prejidikatinstanser, med en primär uppgift att koncentrera sig på avgjöranden som skal vara vägledande för rättspraxis och rättslivet mer generelt.”**

Koskelo trekker frem denne felles rolleforståelsen som én av de viktige pilarene for det nordiske høyesterettsamarbeidet, som de nordiske høyesterettsdommermøtene er en så viktig del av. Ulike sider av høyesterettens rolle er de senere år dessuten tilbakevendende, både i faglige sammenhenger og i den alminnelige samfunnsdebatten. ”De nordiske høyesterettene som prejidikatdomstoler” er et velvalgt og aktuelt tema for vårt seminar her i Oslo.

14. Hva ligger det i at vi som prejidikatdomstoler arbeider for rettsavklaring og rettsutvikling? Selv om prejidikater med hensyn til *virkinger* kan ha et visst slektskap med lovgivning, skiller de seg på avgjørende måter fra dette

---

<sup>26</sup> Toril Øie, ”Høyesterett som straffedomstol – særlig om Høyesteretts rolle ved utviklingen av strafferettens ansvarslære”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sambet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 508-547, på side 509.

<sup>27</sup> <http://www.hfd.fi/sv/>

<sup>28</sup> <http://www.haestirettur.is/>

<sup>29</sup> Pauliine Koskelo, “Nordisk samarbeide mellom de högsta domstolarna”, i Matningsdal, Skoghøy og Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – festskrift til Tore Schei* (2016) side 13-22.



med hensyn til grunnlag og beslutningsprosess: Lover vedtas av parlamentet, som er demokratisk valgt og ansvarlig, og bygger som regel på ekspertutredninger, høringer og en grundig departemental og parlamentarisk bearbeidelse og diskusjon. Løsningene velges ut fra blant annet politiske overveielser, avveininger og verdivalg, økonomiske og andre former for prioriteringer og rene hensiktsmessighetsbetraktninger. Prejudikater er rettsavgjørelser truffet av uavhengige embetsdommere innenfor prosesslovgivningens rammer, med utgangspunkt i partenes prosessopplegg i den konkrete saken som står til avgjørelse. Høyesterettene kan ikke selv ta opp en sak, slik lovgiver kan. Mange og viktig rettsspørsmål kommer av ulike grunner aldri for våre høyesteretter. For høyesterettene er dessuten – og dette er et helt avgjørende skille – grunnlaget for avgjørelsen helt ut *normbundet*: Dommerens mandat er retten, hverken mer eller mindre.

15. Der det normative grunnlaget er generelt, vagt eller legger opp til en avveining, vil det imidlertid – innenfor rettens og rettskildenes rammer – kunne være rom for ulike tolkninger. I slike saker ligger prejudikatfunksjonen gjerne i at det normative grunnlaget struktureres, operasjonaliseres eller presiseres. Også den rene konkretisering – det illustrerende eksempel – kan ha verdi for anvendelsen av slike generelle, vage eller avveiningspregede normer i fremtiden. Dersom sentrale rettskilder trekker i ulike retning eller gir begrenset veiledning, må det treffes et valg mellom flere i og for seg rettslig forsvarlige løsninger. Og når rettigheter eller plikter står mot hverandre, må det avgjøres hvilken som går foran. Noen ganger er de valgene vi tar når vi avklarer hva en rettsnorm nærmere går ut på, vanskelige og kan få stor samfunnsmessig betydning. Andre ganger er det viktigste *at* det velges.<sup>30</sup>
16. De variantene jeg her har omtalt er det mest naturlig å betrakte som *rettsavklaring*. Høyesterettens bidrag ligger da ikke i at retten forandres, men i at rettsstilstanden er klarere etter at prejudikatet kom enn det den var på forhånd. Hva så med *rettsutvikling*? Allerede muligheten for at høyesterettene vil kunne komme til å utvikle retten vil for partene og for rettslivet kunne representere et *usikkerhetsmoment*, altså det motsatte av avklaring. Mens utviklingen pågår, lider forutberegneligheten. Det er dessuten en lovgiveroppgave å sørge for at landet har de lovene vi må og vil ha. Høyesterettens virksomhet må tilpasses dette – vi kan ikke drive rettsutvikling i en grad, eller i en form, som griper urimelig inn i etablerte forventninger, destabiliserer eller innebærer at vi går de folkevalgte i næringen.

---

<sup>30</sup> Se mer generelt hos Eirik Akerli, “Om Høyesteretts hovedmål: Rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 158-179.

17. Det er nokså sjelden at vi ser rettsutvikling i sin mest uttalte form, hvor høyesterettene etablerer en regel på et ”rettstomt rom”, eller helt endrer rettsstilstanden utelukkende under henvisning til at endrede samfunnsforhold og -oppfatninger har skapt et gap mellom gjeldende rett og ønsket rett. Det er forventet at lovgiver sørger for å fylle igjen slike gap. Men fra tid til annen gir våre høyesteretter lovgiver en håndsrekning, fordi livet har gått fortere enn loven.<sup>31</sup> Prejudikater av denne typen får gjerne betydelig oppmerksomhet. Norges Høyesterett slo i Rt. 1975 side 220 (husmor) for første gang fast, i strid med eldre praksis og uten støtte i loven, at en husmors arbeid i hjemmet kunne gi grunnlag for medeiendomsrett til ekteparets felles bolig, som var anskaffet under samlivet for mannens penger og ved hans egeninnsats. Dommen vekket ikke bare begeistring, men også forargelse, fordi – ble det hevdet fra professoralt hold – Høyesteretts rettskildebruk var uholdbar.<sup>32</sup> I dag vil mange mene at dommen var en juridisk fulltreffer. Men det er naturlig at det oppstår diskusjon i kjølvannet av slike dommer, ettersom høyesterettene kan komme til å tangere rammene for sitt mandat – og da får man i første omgang, kan det anføres, eventuelt begrense seg til å oppfordre lovgiver til å se nærmere på saken.<sup>33</sup>
18. Grensen mellom rettsavklaring og rettsutvikling er nokså teoretisk og subtil, om den finnes overhodet. Den sløres til av at de dynamiske og vurderingspregede rettskildene *reelle hensyn* og *system- og konsekvensbetraktninger* inngår når rettsspørsmål skal løses. Da Høyesterett i Rt. 1996 side 1114 (løgndetektor) nektet å godta bruk av løgndetektortester som bevis i straffesaker, var dette forbudet noe nytt i norsk rett. Høyesteretts begrunnelse bygger likevel på rettskilder, spesielt avgjørende tunge personvern hensyn. Husmorddommen fra Rt. 1975 side 220 og løgndetektordommen fra Rt. 1996 side 1114 viser godt at jo sterkere de dynamiske og vurderingspregede rettskildene inngår, desto vanskeligere blir det å avgjøre om vi har å gjøre med rettsavklaring eller rettsutvikling, og desto nærere blir slektskapet mellom prejudikatfunksjonen og lovgivning.
19. En mer avdempet form for rettsutvikling, som forekommer nokså kontinuerlig, knytter seg til at forståelsen av “rettslige standarder” påvirkes av tiden og samfunnsforholdene. Dette er selve poenget med å benytte

---

<sup>31</sup> De klassiske eksemplene i norsk rett er Rt. 1896 side 530 (Aars), Rt. 1952 side 1217 (to mistenkelige personer) og Rt. 1977 side 1035 (sykejournal). Det er karakteristisk at sakene er gamle.

<sup>32</sup> Se nærmere Tone Sverdrup, “Høyesteretts rolle i rettsutviklingen innenfor familie- og arveretten”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 838-870, på side 844-852.

<sup>33</sup> Se, som et nyere eksempel, Rt. 2012 side 1669 (hacking) avsnitt 59, hvor Høyesterett ga uttrykk for at lovgiver burde vurdere behovet for å styrke det erstatningsrettslige vernet for den som utsettes for hacking.

slike standarder i lovgivningen – de skal speile samtiden.<sup>34</sup> At høyesterettene driver denne form for rettsutvikling bør derfor ikke komme som noen overraskelse på noen; den skjer nettopp innenfor lovens ramme og forutsetning, ikke på bekostning av den. Dette er også situasjonen når generelt utformede grunnlovsbestemmelser tolkes i en samtidskontekst.<sup>35</sup> Her kommer den dimensjonen i tillegg at grunnlovprejudikater binder lovgiver, mens alminnelige prejudikater ikke gjør det.<sup>36</sup>

20. Viktig er, etter mitt syn, de formene for rettsutvikling som ligger i umiddelbar forlengelse av, eller som kanskje like godt kan ses som varianter av, høyesterettens rettsavklarende virksomhet. Jeg tenker spesielt på to former. For det første har vi høyesterettens arbeid for å få de ulike *delene i rettsystemet til å virke sammen*, horisontalt, vertikalt og transnasjonalt. Stikkordene her er hensynet til harmoni, konsekvens og koherens. Her blir det ofte spørsmål om å justere kursen og supplere på ett område, som en refleks av en endring på et annet.<sup>37</sup> Trianguleringen mellom alminnelig lovgivning, grunnlovsrettigheter og europaretten er helt sentral.<sup>38</sup> En stor del av de eksemplene på høyesterettskapt rettsutvikling som gjerne trekkes frem – og noen ganger også kritiseres – i vår egen tid, knytter seg til at en etablert forståelse av en alminnelig nasjonal lovbestemmelse justeres eller endres, av hensyn til grunnlovsrettigheter eller europaretten.<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> Rt. 2005 side 1628 (Frie Aktuell Rapport) illustrerer dette: Med referanse til en samfunnsutvikling i liberal retning kom Høyesterett til at tekst og bilder som skildret normal seksuell aktivitet mellom voksne personer ikke lenger kunne anses “støtende”, og dermed heller ikke som ulovlig pornografi. Med dette fjernet Høyesterett den såkalte “sladden”.

<sup>35</sup> Høyesteretts praksis knyttet til forbudet mot tilbakevirkende lover i Grunnloven § 97 kan illustrere dette, senest i HR-2016-00389-A (Stortingets pensjonsordning).

<sup>36</sup> Arnfinn Bårdsen, “Høyesteretts utfordringer anno 2015 – noen refleksjoner over rollen som prejudikatdomstol og rettstatsvokter i det 21. århundre”, *Nytt Norsk Tidsskrift* 2015 side 393-399, på side 399 og Arnfinn Bårdsen, “Norges Høyesterett som konstitusjonsdomstol”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 291-316, på side 315-316.

<sup>37</sup> Som eksempel, se Rt. 1979 side 1079 (sinnsykes ankerett) og Rt. 2009 side 1118 (ankenektelse i sivile saker).

<sup>38</sup> Sml. Arnfinn Bårdsen, “Fundamental Rights in EEA Law – The Perspective of a National Supreme Court Justice”, EFTA-domstolens vårseminar 12. juni 2015. Innlegget er tilgjengelig under fanen “Artikler og foredrag” på Norges Høyesteretts hjemmeside <http://www.domstol.no/hoyesterett>.

<sup>39</sup> Rt. 1976 side 1 (Kløfta) kan nevnes som et eldre, men meget viktig, eksempel. Som nyere, litt tilfeldig valgte, eksempler nevner jeg Rt. 2008 side 1764 (ankenektelse i straffesaker), Rt. 2009 side 750 (juryordningen), Rt. 2013 side 1588 (stalking), Rt. 2014 side 1105 (Acta), Rt. 2015 side 93 (Maria), Rt. 2015 side 431 (Grimstvedt) og Rt. 2015 side 1286 (Rolfen). Praksis om habilitetsreglene for dommere bør også nevnes, se nærmere Liv Gjølstad, “Utviklingen av habilitetsregler i domstolene”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 421-445.

21. For det andre har vi den *foredlingen av retten* som skjer over tid, ved at høyesterettene gjennom sin samlede praksis kontinuerlig vedlikeholder og raffinerer *retten som system* – de bærende rettslige strukturene, de gjennomgående prinsippene og de overordnede juridiske argumentasjonsmønstrene. Her inngår også den *håndverksmessige og metodiske* veiledningen som kan finnes i våre prejudikater. I et stadig mer komplekst og dynamisk rettssystem er det grunn til å være spesielt oppmerksomme på hvordan høyesterettene forvalter disse strukturelle sidene av retten.
22. Nyere praksis fra Norges Høyesterett omkring *lovkravet i strafferetten* illustrerer både utvikling for å sikre sammenheng og en dreining på det strukturelle planet: Gjennom et knippe avgjørelser fra og med 2009 har Norges Høyesterett – i lys av Grunnloven § 96 og Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 7 – “revitalisert” lovprinsippet i strafferetten, med strengere krav til at straffansvar må ha dekning *i lovens ord*.<sup>40</sup> I Rt. 2012 side 313 avsnitt 29 understrekes “at straffbarheten må følge av loven, og at manglende støtte i ordlyden ikke avhjelpes ved at forholdet er klart straffverdig, og at lovgiver utvilsomt har ønsket å ramme det”. Denne linjen representerer større vektlegging av hensynet til forutberegnelighet og likebehandling, den innebærer at lovprinsippet i Grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjon blir en reell skranke for lovgiver og domstoler, og den setter på strafferettens område lovteksten enda mer i sentrum enn tradisjonen har vært i norsk rett.<sup>41</sup> Jeg har registrert at ny praksis fra Högsta domstolen i Sverige kan tyde på en lignende “revitalisering” av det strafferettslige lovkravet i Sverige.<sup>42</sup>
23. 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 *er*, men samtidig må vi dommere ha blikket løftet utover og ikke minst *fremover*.<sup>43</sup> Spørsmålene som kan oppstå i denne forbindelse er

---

<sup>40</sup> Se Rt. 2009 side 780 (derivat), Rt. 2010 side 1217 (skimming), Rt. 2011 side 469 (mishandling av tidligere samboer), Rt. 2012 side 752 (helikopterlanding), Rt. 2012 side 1211 (internettblogg) og Rt. 2014 side 238 (hønskehauk).

<sup>41</sup> Utviklingen er beskrevet Thomas Frøberg, “Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet”, Jussens Venner 2015 side 46-71, Knut Erik Sæther, “Høyesterett og straffeloven 1902 § 219 (mishandling i nære relasjoner)”, i Matningsdal, Skoghøy og Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – festskrift til Tore Schei* (2016) side 516-549, på side 519-522 og Toril Øie, “Høyesterett som straffedomstol – særlig om Høyesteretts rolle ved utviklingen av strafferettens ansvarsleer”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sambet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 508-547, på side 515-521.

<sup>42</sup> Dom 3. februar 2016 i sak B 4653-15 avsnitt 13-15, tilgjengelig på Högsta domstolen i Sveriges hjemmeside <http://www.hogstodomstolen.se>. Dommen gjelder lovkravets betydning ved reaksjonsvalget.

<sup>43</sup> Stefan Lindskog, ”Dag og jag og Högsta domstolen”, Svensk Juristtidning 2015 side 415 flg.

mange og store. Jeg begrenser meg til noen utvalgte refleksjoner, knyttet til selve arbeidet med prejudikatene. Utgangspunktet mitt nå må nødvendigvis være Norges Høyesterett. Men jeg uttaler meg naturligvis utelukkende for egen regning og risiko.

24. Norges Høyesteretts dommere legger ned et stort arbeid i den enkelte sak, gjennom forberedelser, gjennomføringen av de muntlige forhandlingene, inngående rådslagninger og i arbeidet med utkast til avgjørelse. Selv om vi 20 dommere bare avgjør godt og vel 100 saker i året i avdeling, storkammer eller plenum, er tempoet høyt. Vi må jo også håndtere de omkring 2 500 ankene som Norges Høyesterett samlet sett mottar hvert år, blant annet med henblikk på å velge ut de riktige sakene for avgjørelse. Mer og mer, tror jeg, vil Høyesteretts dommere ha behov for å foreta ytterligere overveielser, å få enkeltspørsmål utredet og å drøfte saken eller deler av den i flere etapper. Betoningen av våre avgjørelsers prejudikativ virkning tilsier en utvikling i denne retningen, en utvikling som vil styrke det *kollektive* aspektet ved arbeidet i Høyesterett, ved å trekke enda mer på den ressursen selve dommerkollegiet er.
25. Arbeidet med å styrke støttefunksjonene for dommerne, blant annet ved å utvide staben av utredere, er viktig for utviklingen av Høyesterett som prejudikatdomstol. En slik utvidelse legger til rette for at Høyesterett kan *kvalitetssikre* avgjørelsesgrunnlaget i større grad enn det vi makter i dag. En styrket utrederstab vil også være et egnet tiltak for å møte den økte rettslige spesialiseringen, slik at dommerne fortsatt kan være generalister. Høyesterett er her avhengig av at Stortinget gir sin tilslutning, i form av en styrking av Høyesteretts budsjett.
26. Advokatenes arbeid er meget viktig for kvaliteten på Høyesteretts avgjørelsesgrunnlag, og dermed også for kvaliteten på våre prejudikater. Det er spørsmål om sakførsel for Høyesterett i større grad enn tilfellet er i dag bør være en *spesialitet* – det ville legge enda bedre til rette for et godt og tillitsfullt samarbeid mellom Høyesterett og advokatene, basert på at også advokatene er helt på det rene med hva som forventes fra Høyesteretts side når en sak henvises til avdeling, storkammer eller plenum. Jeg sier ikke at kvaliteten i dag er lav. Men i nesten hver sak opptrer det én eller flere prøveadvokater, altså advokater som gjerne har begrenset prosedyrerfaring og som er i Høyesterett for første eller andre gang. Normalen bør være at det på begge sider opptrer erfarne prosedyreadvokater som kjenner Høyesterett og de særlige utfordringene som møter den advokat som skal føre en sak for rikets øverste domstol.<sup>44</sup> Uavhengig av hvordan det måtte gå med en slik spesialisering, er det etter

---

<sup>44</sup> Advokatlovutvalgets forslag vil, dersom det blir vedtatt, representere et skritt i riktig retning, se NOU 2015: 3 Advokaten i samfunnet, punkt 8.6.

mitt syn rom for å utvikle dialogen mellom dommere og advokater under de muntlige forhandlingene, for å få maksimalt utbytte av den muntlige behandlingsformens fortrinn. To stikkord her er *større dommeraktivitet* og et mer *spisset prosedyreopplegg* fra advokatenes side, begge deler rettet inn mot selve *prejudikatspørsmålet* i saken.

27. Høyesteretts arbeid for rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling skjer gjennom våre dommer. Domspremissene er, har det vært sagt, “Høyesteretts virkemiddel i rettslivet og Høyesteretts presentasjon av sin rettstenkning”.<sup>45</sup> Den begrunnelsen som gis er derfor av særlig viktighet.<sup>46</sup> Norges Høyesterett hører til de høyesterettene som skriver nokså inngående begrunnelser. Det er i sin alminnelighet et gode. Vår tradisjon er *personlige vota*, som ikke skrives før det er holdt en inngående rådslagning, og som deretter bearbeides og justeres ut fra kollegenes merknader om stort og smått. I realiteten er det i høy grad tale om teamwork, med rettsformannen og førstvoterende som henholdsvis dirigent og førstefiolinist. Vi 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 rettsstilstanden, for lavere domstoler og rettslivet eller. Vår genre er – ideelt sett – ikke den lærde avhandling, det polemiske essay eller den halvkvedede vise.
28. Det er alltid et 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 naturligvis på en hel rekke faktorer, blant annet det aktuelle rettsområdet, rettskildene som foreligger og så vel dybden som bredden i det avgjørelsesgrunnlaget som Høyesterett har fått presentert, gjennom advokatenes prosedyrer og Høyesteretts egne utredninger. 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.
29. Tendensen i Norges Høyesteretts egen praksis er over tid likevel nokså klar, i retning av at Høyesterett ofte legger begrunnelsen bredere og mer prinsipielt an. Dommene er i dag gjerne strukturert slik at den generelle formuleringen av den aktuelle rettsnormen tas mer inngående for seg, før

---

<sup>45</sup> Carsten Smith, *Juristen* 2001 side 70.

<sup>46</sup> Jens Petter Christensen, “Rettleien for Høyesteret – muntlighet eller skriftlighet”, i Matningsdal, Skoghøy og Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – festskrift til Tore Schei* (2016) side 23-35, på side 31.

man foretar den konkrete subsumsjonen – i mange tilfeller ganske kort.<sup>47</sup> I en hel del saker gir prosedyrene et forsvarlig grunnlag for *obiter dicta*, og Norges Høyesterett finner det da – etter omstendighetene – fra tid til annen riktig å utforme avgjørelsen slik at den tar stilling til spørsmål utover det som teknisk sett er nødvendig for å løse den konkrete saken.<sup>48</sup> Noe annet kunne være – har det vært fremholdt – “waste of judicial power”.<sup>49</sup> Men det går også grenser, i den forstand at dommens opplegg og innretning må være bærekraftig og egnet til videreføring i senere saker. Tore Schei har nylig sagt dette slik.<sup>50</sup>

**“Hensynet til å gi en 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 edruelighet. 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.”**

30. Dissenser er et kapittel for seg.<sup>51</sup> De kan gi bidrag til Høyesteretts prejudikatfunksjon på flere måter. I den konkrete saken vil en dissens – når den holdes sammen med flertallets votum – mer enn noe få frem hvordan rettsstilstanden *ikke* er; den kan altså klargjøre flertallsvotumet. Men samtidig vil dissensen kunne svekke prejudikatets kraft, dels ved at det kan gi grunnlag for å begrense rekkevidden og dels ved at prejudikatet lettere vil kunne tenkes å bli satt til side. Gjennom dissenser synliggjøres argumenter som flertallet måtte ha underspilt, som kan peke fremover og som vil kunne få større gjennomslag ved en senere korsvei.<sup>52</sup>
31. Med tanke på karakteren av de sakene Høyesterett behandler, er dissensfrekvensen i Høyesterett ikke høy. Den ligger år om annet på omkring 20 prosent. I hele 80 prosent av sakene blir altså dommerne enige. Det er, etter mitt syn, heller ikke noe mål i seg selv med mange dissenser. Tvert imot er konsensus i flere sammenhenger en betydelig styrke, også for Høyesterett. Jeg ser ikke bort fra at vi i fremtiden bør

---

<sup>47</sup> Se Aage Thor Falkanger, “Høyesteretts vota”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 180-221.

<sup>48</sup> Rt. 2014 side 1105 (Acta) avsnitt 63 gir et eksempel.

<sup>49</sup> Gunnar Aasland, “Noen betraktninger om rettskildespørsmål i Høyesteretts praksis”, *Jussens Venner* 2000 side 157-179, på side 178.

<sup>50</sup> Tore Schei, “Norges Høyesterett ved 200-årsjubileet”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 1-42, på side 11.

<sup>51</sup> Se Ola Mestad, “Dissensens alvor – Om nyare dissensar i Høgsterett”, i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 222-253 og Jens Edvin A. Skoghøy, “Den nødvendige dissens”, *Jussens Venner* 2014 side 162-183.

<sup>52</sup> Saken om “plea bargaining” i Rt. 2009 side 1336 er et illustrerende eksempel, hvor en estemmig Høyesterett i storkammer sluttet seg til det syn som var gjort gjeldende av mindretallet i Rt. 2007 side 616.

legge ytterligere energi i å arbeide oss frem til enighet så langt vi klarer, spesielt i de vanskelige og viktige sakene som går for forsterket rett. Går man for raskt over til å arbeide i fraksjonene, er det en risiko for å fremme motsetninger i større utstrekning enn er grunn til, og for at dommen blir rettet inn mot disse, på bekostning av behovet for en avgjørelse som er forankret i Høyesterett som kollegialt organ og som kan gi god avklaring for fremtiden. At en konsensuslinje av og til vil lede til en noe smalere og grunnere dom, er ikke nødvendigvis en urimelig pris, hvis alternativet er en dom hvor motsetningene mellom fraksjonene er så sterke, og de stemmetallmessige marginene så små, at rettslivet ikke får stort annet ut av dommen enn at Høyesterett ikke er enig med seg selv.

32. Så noen ord om *prejudikatfravikelse*, før jeg slutter av. Det har i Norge vært vanlig å si at Høyesteretts prejudikater er “noe nær bindende for alle andre enn Høyesterett selv”.<sup>53</sup> Tvistelovutvalget fremhevet – i tråd med dette – at Høyesteretts avgjørelser “binder lavere domstoler og i betydelig grad også Høyesterett”.<sup>54</sup> Dette er det, etter mitt syn, grunn til å holde fast ved.<sup>55</sup> Prejudikatfravikelse bør være en ytterst sjelden foreteelse i ting- og lagmannsrettene, og må vel være forbeholdt tilfeller der det har kommet til noe avgjørende nytt som med sikkerhet tilsier at heller ikke Høyesterett vil opprettholde prejudikatet. Hverken de øvrige statsmaktene eller rettslivet ellers bør utover dette innrette seg på noe annet enn at spørsmålet om å fravike tidligere prejudikater regulært avgjøres nettopp av Høyesterett selv. Dette bør nok også være utgangspunktet i den juridiske utdannelsen og for rettsvitenskapen.
33. Selv om Høyesterett selv ikke er bundet av tidligere prejudikater, ligger det i kortene at det skal en del til for å fravike dem. Ellers ville man undergrave selve prejudikatfunksjonen og invitere til stadig omkamp om forhold som allerede burde kunne anses avklart. At man for egen del ville ha kommet til et annet resultat, om prejudikatet tenkes borte, er opplagt ikke tilstrekkelig. Er terskelen for lav, vil hensynet til forutberegnelighet og likebehandling lide. Også respekten for etablerte rettsposisjoner tilsier varsomhet med å fravike et prejudikat til skade for private, eller forrykke balansen i privatrettslige forhold. Nettopp for å understøtte prejudikatvirkningene er det for Norges Høyesteretts vedkommende lagt opp til at muligheten for prejudikatfravikelse kan være et grunnlag for å sette *forsterket rett* – altså storkammer eller plenum.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære* (2001) side 160.

<sup>54</sup> NOU 2001: 32 Rett på sak, Bind A side 128-129.

<sup>55</sup> Slik også Jens Edvin A. Skoghøy, “I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes” i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 254-290, på side 289.

<sup>56</sup> Se Toril Øie, “Storkammer”, i Matningsdal, Skoghøy og Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – festskrift til Tore Schei* (2016) side 88-116, på side 97-99.



34. Men retten må tilpasses samfunnsutviklingen. Da kan ikke våre prejudikater være hugget i stein. Det må være anledning til å justere kursen, rette opp feil, utvikle og forbedre. På samme måten som med andre rettskilder, vil også prejudikaters rekkevidde og gjennomslag stadig måtte tilpasses utviklingen i rettskildebildet for øvrig. Spørsmål om fravikelse eller justering oppstår derfor spesielt dersom det skjer andre endringer, for eksempel ved ny lovgivning på et tilgrensende felt, en avgjørelse fra en internasjonal domstol som rokker ved premissene for det tidligere prejudikatet, fordi det kommer til ny kunnskap eller skjer endringer i samfunnsforhold og -oppfatninger, eller fordi det rett og slett viser seg at avgjørelsen hvilte på et for spinkelt eller uoverveid grunnlag – den var et feilskjær. Vurderingen av om prejudikatet står seg vil alltid måtte være nokså konkret, og vil blant annet bero på hvor sterke grunner det er som taler for at det bør vike, avgjørelsestypen, hva slag norm prejudikatet gjelder, hvor klart, fullstendig og nyansert Høyesterett har uttalt seg, hvor viktig den aktuelle rettssetningen var for resultatet i saken, hvor stort innhugg i prejudikatet det er tale om å gjøre, om avgjørelsen er enstemmig og om vi står foran en mer omfattende praksis. Også prejudikatets alder kan spille inn.<sup>57</sup>
35. Kjære nordiske kolleger! Jeg runder av med noen helt korte generelle poeng. De nordiske høyesterettene er, og oppfatter seg selv som, prejudikatdomstoler. Gjennom noen tiår er denne rollen blitt mer rendyrket, og den setter i dag preg på store deler av vår virksomhet. Endringen har gjort høyesterettens samfunnsmessige funksjon mer fremskutt og synlig, og premissene for våre avgjørelser mer åpne og informative. Ikke helt sjelden gjelder sakene viktige prinsipielle spørsmål med en i vid forstand politisk dimensjon. Som prejudikatdomstoler har vi samfunnsmakt. Det er naturlig og betryggende at vår bruk av denne makten følges med et våkent og kritisk blick i den offentlige debatten. Rollen som prejudikatdomstol stiller særlige krav til våre høyesteretter og til oss som er høyesterettsdommere. Vi må, i stort og i smått, innrette oss slik at vi blir i stand til å fylle disse kravene, på en måte som støtter opp under den langsiktige *tilliten* som høyesterettene er helt avhengige av, og som vi aldri kan tillate oss å ta for gitt. Takk for oppmerksomheten!

---

<sup>57</sup> Disse spørsmålene er inngående behandlet av Jens Edvin A. Skoghøy, "I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?" i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år* (2015) side 254-290, særlig på side 269-288.