

## **Private parters mulighet til å vinne frem i saker mot det offentlige**

Innledning til paneldebatt på seminar i anledning Norges

Høyesteretts 200-årsjubileum, Hålogaland

lagmannsrett/Advokatforeningen, Tromsø 23. april 2015

1. Vårt tema er omfattende og sammensatt. Det kan angripes fra ulike kanter. Innlegget mitt vil måtte være begrenset til utvalgte fragmenter, med utgangspunkt i mitt ståsted som dommer i Norges Høyesterett. Jeg kommer ikke engang til å forsøke å trekke noen konklusjon. Og jeg må styre helt utenom rekken av praktiske og prosessuelle emner som åpenbart kan være av interesse, også knyttet til den forskjellen i ressurser det i mange tilfeller vil være mellom partene. Den private er ofte "the underdog" i saker som dette.
2. I den tradisjonelle norske debatten, både i og utenfor de juridiske fagmiljøene, har det vært ganske vanlig til å se dette som et spørsmål om domstolene er "statsvennlige" i den forstand at de dømmer i det offentliges favør *i større utstrekning enn gjeldende rett tilsier*. Når det viser seg vanskelig å nå frem i saker mot staten, er det da – antar man – ikke fordi den private parten ikke *har rett*, men fordi domstolene hindrer ham i å *få rett*.

3. Jeg er usikkert på om det noen gang har vært slik i Norge at domstolene – med Høyesterett i spissen – *i denne forstand* mer *systematisk* har stått i veien for retten, ved å dømme i statens favør i strid med gjeldende rett. Etter mitt syn må vi nå ta som utgangspunkt at norske domstoler utøver sin dømmende virksomhet *uavhengig og upartisk*, i tråd med de nasjonale og internasjonale krav som stilles til domstolene i en moderne rettsstat. Dette gjelder også alle saker hvor det offentlige er part. Noe annet ville rett og slett være ganske oppsiktsvekkende.
4. Jeg mener ikke med dette å si at ikke dommerens vurderinger spiller inn. Tvert om. Dommeren vil ikke helt sjelden måtte gjøre seg opp en oppfatning av – og legge vekt på – hvilke samfunnsmessige hensyn som gjør seg gjeldende på det aktuelle området, det offentliges styrings- og kontrollbehov og de fellesskapsinteresser som kan settes på spill. Men dette skjer ikke som noe irregulært eller a-normativt, det foregår *innenfor retten selv og de rammer retten setter for å bygge på slike vurderinger*.
5. Er for eksempel *rettstilstanden uklar*, vil offentlige hensyn – innenfor legalitetsprinsippet rammer – kunne være avgjørende for hvilket tolkningsalternativ som slår gjennom. Gir den aktuelle regel anvisning på en *avveining*, vil offentlige interesser kunne være tunge og bli utslagsgivende. Vektleggingen av offentlige hensyn vil også kunne påvirke *intensiteten i domstolskontrollen*, både når det gjelder forvaltningsvedtak og lovgivning.
6. Ja, i det store og hele har retten mange og sterke innslag av forskjellige typer vurderinger. Dessuten er ikke juridisk metode – det juridiske håndverket – så eksakt at det ikke gir rom for variasjoner i kildebruk og argumentasjonsmønster. Desto mer usikker den rettslige løsningen er på forhånd, jo større betydning får dommerens vurderinger og avveininger, de håndverksmessige preferansene og vedkommendes rolleforståelse.

7. *Dommere er ikke subsumsjonsautomater.* Vi er en del av retten. Og for dommerne i Høyesterett kommer det forhold at vi ikke bare i den enkelte sak skal *anvende* retten så godt og riktig vi bare kan: Høyesteretts rolle som *prejudikatsdomstol* innebærer at vi *også må se fremover, i arbeidet for rettsavklaring og rettsutvikling.*
8. Forskning og diskusjon omkring dommerens bakgrunn som forklaringsmodell er fascinerende. Og det virker ganske plausibelt at det er visse sammenhenger. At dommere vil kunne ha ulikt syn på en sak er i hvert fall helt på det rene. Bakgrunn, verdisyn og personlighet kan være én mulig forklaring på hvorfor en dommer tar de valg han eller hun gjør, innenfor rammen av det juridisk forsvarlige. Det er i hvert fall nokså vanskelig å motbevise en påstand om at når en dommer stemmer i favør av den offentlige part, så henger dette sammen med at dommeren – for eksempel på grunn av sin tidligere yrkeskarriere – lett identifiserer seg med, eller i hver fall godt forstår, argumentene på den offentlige siden.
9. Når jeg i det følgende likevel lar denne ballen ligge, er det uttrykk for en tvil jeg har med tanke på betydningen av disse *subjektive elementene* på dommerens hånd egentlig har i det store bildet. I begeistringen over å ha funnet mulige sammenhenger, og i iveren etter å formidle at dommere også er mennesker, er det en risiko for å miste både konteksten og målestokken:
10. Alle rettslige avgjørelser – også de hvor utfallet til syvende og sist beror på avveininger og vurderinger, eller hvor den juridiske argumentasjonen på forsvarlig måte kan legges opp langs helt ulike linjer – foregår *innenfor normative rammer.* Skal man forstå Høyesteretts nåværende rolle i saker der det offentlige er part, kommer vi ikke spesielt langt ved *eventuelt* å konstatere at det blant oss 20 dommere er forskjellige syn på løsningen av saker der det offentlige er part, og at dommere som voterer oftest til fordel for det offentlige har bakgrunn fra lovavdelingen, regjeringsadvokatembetet eller riksadvokaten.

11. Og slike sammenhenger – om de kan påvises – gir overhode ingen veiledning for den enkelte dommer i Høyesterett, når han eller hun skal forsøke å trengte inn i, og ta standpunkt til, de spørsmål sakene for Høyesterett reiser.
12. Viktigere enn å finsikte dommerholdninger og -atferd på mikronivået er det – etter mitt syn – å orientere seg på makroplanet, mot de dominerende trekk ved *samtidens normative strukturer og tendenser, det rettslige klima* som retten arbeider og utvikler seg innenfor. Jeg skal derfor forsøke, det blir naturligvis enkelt og kort, å belyse Høyesteretts virksomhet og rolle i saker der det offentlige er part med utgangspunkt i at den moderne retten og samtidens rettstenking er *rettighetsorientert, dynamisk og internasjonal*.
13. Med en *rettighetsorientert jus* mener jeg at rettsreglene i stor utstrekning gir private – fysiske og juridiske personer – krav, ikke bare vis-a-vis andre private, men også mot offentlige myndigheter. At også alle offentlige myndighetene – herunder regjeringen og Stortinget – er underlagt loven, slik loven forstås av uavhengige domstoler med Høyesterett i spissen, er *kjernen i rettsstaten*. Rettighetsorienteringen er et av de viktigste trekkene ved den rettslige utviklingen i tiden etter den andre verdenskrig. Vi snakker trolig om *en helt grunnleggende endring*. Det er dels tale om håndhevbare *materielle rettigheter* i flere trinnhøyder over hele spekteret av livsområder. Og det gjelder skjerpede krav til en *betryggende saksbehandling*, både i forvaltningen og ved domstolene.
14. Når jeg sier at retten er *dynamisk*, tenker jeg på at rettssystemet og rettsnormene er i kontinuerlig utvikling. Gårsdagens løsninger kan måtte forkastes fordi nytt og avgjørende materiale er kommet til. Betraktet på overflaten og mer formelt, styres retningen og farten av våre politiske myndigheter – især av Stortinget som lovgiver og grunnlovsgiver. Dessuten har Høyesterett viktige oppgaver som *prejudikatsdomstol* og som *konstitusjonsdomstol*. Men også andre, sterke og komplekst virkende, krefter preger rettsutviklingen, til dels på avgjørende måter.

15. Dette leder meg til det tredje særtrekket – at retten er *internasjonal*, slik også kulturen, økonomien og samfunnslivet ellers er det. En betydelig del av den gjeldende lovgivningen er et direkte resultat av internasjonalt samarbeid av ulike slag. Det er nok så at Stortinget vedtar lovene. Men *foranledningen*, ofte også *initiativet*, kommer gjerne utenfra. Også ved den konkrete *utformingen* av lovgivningen er norske myndigheter på mange viktige områder bundet av de internasjonale normene, ikke sjelden helt ned på detaljnivå. Det er regulært dessuten en forutsetning at *loven skal tolkes og anvendes i tråd med sitt internasjonale opphav*, om nødvendig til fortrengsel for andre ”norske” regler.
16. EØS-avtalen er det mest utpregede eksempelet på et slikt integrert samarbeid, basert på prinsipper om *homogenitet, gjensidighet og lojal gjennomføring*. Norges Høyesterett forutsettes å tolke EØS-retten i tråd med EFTA-domstolens og EU-domstolens praksis. En særnorsk EØS-rett er det ikke rom for. Er det tvil om tolkningen, kan Høyesterett spørre EFTA-domstolen om råd. Norges Høyesterett er i disse dager – for første gang på mer enn 12 år – i ferd med å anmode om en slik tolkningsuttalelse i en sak som gjelder lovligheten av en varslet boikott. Jeg forventer at behovet for å innhente råd fra EFTA-domstolen kan bli større i fremtiden.
17. For så vidt gjelder *menneskerettighetene* er det i vid utstrekning bestemt at de gjelder direkte, og med forrang, i norsk rett. Menneskerettsloven fra 1999 har vært viktig her, og har – over noe tid – flyttet det normative tyngdepunktet i norsk rett. Det er de internasjonale rettsnormene som sådanne, slik de forstås av de relevante håndhevingsorganene, som er inkorporert – herunder den etter hvert massive *case law* fra EMD. Høyesteretts storkammerdom 22. april 2015 om forståelse av tomtefestelovens reguleringsbestemmelser i lys av nyere praksis fra EMD, gir en fersk og god illustrasjon: Et klart prejudikat fra 2007, som var fulgt opp i senere praksis, ble satt til side av hensyn til EMDs forståelse av P 1-1 i Lindheim-saken (12. juni 2012).

18. I mai 2014 fikk Grunnloven en ny del E om menneskerettighetene, slik at også Norge kan vise til en fullverdig ”Bill of Rights”, etter mønster fra de internasjonale menneskerettskonvensjonene, EUs charter om grunnleggende rettigheter og moderne konstitusjoner rundt omkring i verden.
19. De materielle rettighetene følger nå av §§ 93-113, som i sum gir et meget omfattende materielt vern med et tyngdepunkt i de sivile og politiske rettighetene. Det er ikke innført nye materielle rettigheter, sammenlignet med det som allerede fulgte av skreven og uskreven norsk rett og de menneskerettskonvensjonene som Norge er tilsluttet. Men grunnlovfestingen siktet mot å gi rettighetene økt gjennomslagskraft.
20. I den nye § 92 sier Grunnloven at det påligger statens myndigheter – herunder da altså Stortinget, regjeringen og domstolene – å respektere og sikre menneskerettighetene, slik de er nedfelt i de Grunnloven del E og i traktatater Norge er tilsluttet. Høyesterett er derfor *på konstitusjonelt grunnlag avskåret fra å domme i strid med menneskerettighetene*. Dette gir et forsterket fundament for *prøvelsesretten og -plikten* overfor lover, forskrifter og administrative vedtak. Det gir også et fornyet grunnlag for læren om at menneskerettighetene virker styrende for *tolkningen* av lover og forskrifter.
21. Når Høyesterett og de lavere domstoler er forpliktet til å ”respektere og sikre” rettighetene, må dette innebære at rettighetene – så langt det materielle rettsgrunnlaget tilsier – kan *håndheves* ved domstolene, og at eventuelle brudd må kunne repareres. Spesielt viktig her er at administrative vedtak kan angripes gjennom *ugyldighetsøksmål* under henvisning til at de er i strid med vedkommendes menneskerettigheter. Det vil også kunne reises *erstatningsøksmål mot staten* basert på at plikten til å ”sikre” saksøkerens grunnlovsrettigheter ikke er oppfylt. Også rene *håndbevelsessaker* – søksmål begrenset til å slå fast at rettighetene er krenket – er aktuelt.

22. Høyesteretts praksis etter mai 2014 viser at de nye grunnlovsbestemmelsene er *rettslig operative*. Det er lagt til grunn at de skal tolkes ”i lys av” de folkerettslige forbildene, slik både *Lønning-utvalget* og Stortingets kontroll- og konstitusjonskomite anbefalte. Samtidig har Høyesterett understreket at det er Norges Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevsorganene – ”som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser”.

23. I *Lønning-utvalgets* forslag la man opp til å ha en felles bestemmelse om adgangen til å *begrense* de nye rettighetene i Grunnloven del E:

**”Enhver begrensning i rettigheter som er anerkjent i denne grunnlov, må være fastsatt ved lov og respektere kjernen i rettighetene. Begrensningen må være forholdsmessig og nødvendig for å ivareta allmenne interesser eller andres menneskerettigheter.**

**Det kan i intet tilfelle gjøres slike begrensninger i §§ 93, 94, 95, 96, 99 første punktum og 105. Tilsvarende gjelder for § 97 ved spørsmål om straff.”**

Av ulike grunner ble det imidlertid ikke til at denne hjemmelen for inngrep kom med i Grunnloven ved revisjonen i mai 2014. Den er fremdeles til vurdering i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité.

24. Spørsmålet om, og på hvilke vilkår, det kan gjøres inngrep i Grunnlovens menneskerettigheter, har derfor måttet løses av Høyesterett i første hånd, som i flere avgjørelser har fremholdt at et inngrep, for å stå seg, må ha *hjemmel i lov*, må forfølge *et legitimt formål* og være *forholdsmessig*. Ved forholdsmessighetsvurderingen inngår blant annet ”balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden, og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre”. Høyesterett har et viktig arbeid foran seg med å raffinere strukturen i denne vurderingen.

25. Rettens internasjonale trekk, og domstolenes rolle i den moderne europeiske retten, har betydning for Høyesteretts arbeid på flere måter av interesse for vårt tema. La meg som en avslutning – og naturligvis nok så stikkordsmessig – nevne fire punkter:
26. *For det første* har vi selve rettsstoffet i den enkelte sak. Praksis fra EMD, EFTA-domstolens og EU-domstolen er helt sentral. Materialets omfang og kompleksitet gir utfordringer for Norges Høyesterett. Men vi er stadig mer fortrolige med å orientere oss. Advokatenes rolle er likevel meget viktig – mer enn noensinne er Høyesterett avhengig av hvilke problemstillinger som bringes frem for retten og av høy kvalitet i det materialet og den argumentasjon som presenteres. Egne utredninger i Høyesterett vil dessuten kunne bli påkrevd – den pågående styrkingen av utrederstaben må ses blant annet i dette lyset: Som en langsiktig strategisk satsing ser vi for oss at antallet utredere økes fra omkring 20 til omkring 40.
27. *For det andre* har utviklingen betydning for hvordan vi resonnerer rettslig. Internasjonal dreining er naturligvis nødvendig når vi tar stilling til hva den folkerettslige regelen går ut på. Men internasjonaliseringen har betydning også utover dette, ved at vi rett og slett mer generelt påvirkes med hensyn til hvordan problemstillinger angripes og hvordan det argumenteres. Mye kan tyde på at vi går i retning av en *europeisk konvergens* som også setter preg på den nasjonale rettstenkningen og den juridiske metoden. Norsk rett har en fordel her, med våre innslag både av *civil law* og *common law*. Utviklingen kan blant annet få betydning for bruken av lovforarbeider som rettskilde.
28. *For det tredje* har internasjonaliseringen betydning for *hvordan vi utformer og begrunner våre avgjørelser*. Det er viktigere enn noensinne at rettsavgjørelser som kan bli gjenstand for internasjonal prøving *får frem bakgrunnen for, og sammenhengen i, de norske regler som utfordres av de internasjonale normene*. Det er dessuten avgjørende at premissene viser at *de aktuelle internasjonale reglene er forstått og anvendt, i tråd med sitt folkerettslige innhold*.



Eventuelle forholdsmessighetsvurderinger må foretas åpent og etterprøvbart. Bare da vil vi kunne ha noen forventning om at hensynet til *subsidiaritet* begrenser brodden i den internasjonale etterprøvingen.

Høyesteretts avgjørelser vil også, på sitt beste, kunne danne grunnlag for en videre *normativ dialog* med internasjonale håndhevingsorganer, også i tilfeller hvor Høyesterett mener å ha avdekket et behov for å nyansere eller justere den aktuelle internasjonale normen. Våre nye grunnlovsbestemmelser vil her kunne utgjøre et *nasjonalt omdreiningspunkt*.

29. *For det fjerde* er de nasjonale høyesterettene et *nødvendig forankringspunkt* for den europeiske rettsutviklingen, som har brakt også Norges Høyesterett i en *ny og mer fremskutt posisjon* vis-à-vis de øvrige nasjonale statsmaktene. I dialog med domstolene i Luxembourg og Strasbourg utøver de nasjonale domstolene i dag en større grad av kontroll med regjering og parlament enn noensinne. Spesielt viktig her er kontrollen med at *regjeringen og den lavere forvaltning* holder seg innenfor de fullmakter lovene gir: Denne kontrollen ivaretar ikke bare den enkeltes rettigheter, men er også egnet til å støtte opp under de demokratiske beslutningsprosessene.