

## Noregs Høgsterett ved 200-årsjubileet

*Tore Schei*

### 1 Høgsterett – ein institusjon i tida og i tradisjonen

På veg inn i Høgsteretts hus passerer vi to av dei store norske juristane i det tjuande hundreåret – Paal Berg og Rolv Ryssdal. Byster av dei står på sokkel på kvar si side av hovudinngangen. Paal Berg var justitiarius i den mest dramatiske situasjonen Høgsterett nokon gong har vore i – da Høgsterett i desember 1940 la ned embeta sine. Det var ein konsekvens av at Reichskommissar Terboven ikkje ville akseptere at domstolane kunne ta stilling til om forordningar utferda av okkupasjonsmakta sine organ var folkerettsleg gyldige, og likeins om forordninga som gav den kommissariske statsråden rett til å bestemme om dommarar skulle få halde fram i embetet etter fylte 65 år – ei forordning som la til rette for nazifisering av Høgsterett – var folkerettsleg gyldig. Rolv Ryssdal var høgsterettsdommar frå 1964 og justitiarius frå 1969 til 1984. Med sin sterke personlegdom og si intellektuelle kraft prega han Høgsterett i den tida han var her, og han sette òg internasjonalt spor etter seg som president i Den europeiske menneskerettsdomstolen frå 1985 til 1998.

Går vi vidare inn i bygningen – inn i den storslåtte hallen og opp trappa til andre etasje og det som i dag er andre avdelings rettssal og plenumssalen i Høgsterett – og snur oss mot veggen med kopiar av fundamentale rettsreglar i gamle lover og grunnleggjande menneskerettsdokument, ser vi bysten av Johan Randulf Bull, justitiarius frå Høgsterett blei oppretta, og fram til 1827. Han leia Høgsterett i den viktige etableringsfasen. Vi kunne halde fram ferda vidare innover i bygningen og opp til første avdelings rettssal i tredje etasje og dommarrommet der, der det heng måleri av justitiariane og fotografi eller teikningar av dommarane. Det er mange personlegdommar som har vore med og prega Høgsterett opp gjennom tida, og som har gitt sine bidrag til utviklinga av domstolen.

Mi oppgåve er ikkje å gi ei historisk utgreiing om institusjonen og dommarane, men å beskrive Høgsterett slik institusjonen er i dag. Poenget med desse spreidde visittane til enkeltpersonar er å minne om at vi ikkje kan forstå Høgsterett i dag utan den historiske tradisjonen. Historiske tilbakeblikk illustrerer òg at verksemda i Høgsterett reflekterer samfunnssituasjonen i den aktuelle tidsperioden.

Mykje ved Høgsterett hadde vore annleis om viktige vegval og hendingar hadde uteblitt eller fått eit anna forløp. Det ser vi allereie ved det historiske utgangspunktet for Noregs Høgsterett. Førebiletet var den dansk-norske Høyesterett, med mellom anna den munnlege prosesstradisjonen. Noregs Høgsterett hadde vore ein annan domstol i dag om unionen med Sverige også hadde fått prege prosess- og domstolssystemet. Også mange andre juridiske vegval og hendingar, dels innanfor

Høgsterett og dels mellom anna gjennom lovgivinga, har vore med på å forme Høgsterett og gi Høgsterett den plassen domstolen har i forfatninga vår. Som eksempel kan eg nemne den rettspraksisen som alt frå dei første åra etter at Høgsterett var etablert, la grunnlaget for rolla som kontrollorgan overfor dei andre statsmaktene gjennom gyldigheitskontrollen av forvaltningsvedtak og høvet til å setje til side lover som stridande mot Grunnlova. Frå den andre enden av tidsspennet mellom etableringa og 200-årsjubileet er det naturleg å ta med internasjonaliseringa av retten – inkorporeringa av dei internasjonale menneskerettane, EØS-samarbeidet og den rolla dei internasjonale domstolane og klageorgana har.

Internasjonaliseringa av retten har styrkt Høgsterett i forhold til dei to andre forfatningsorgana våre – Stortinget og regjeringa. Men for bruken av menneskerettskonvensjonane har internasjonaliseringa òg vore ein del av maktoverføringa til internasjonale organ.

Praktisk og prinsipielt viktig er òg den endringa som tredde i kraft 1. august 1995 ved den såkalla to-instansordninga, det vil seie at alle straffesaker startar i tingrettene. Ankar derifrå går til lagmannsrettane. Høgsterett blei tredjeinstans – som i sivile saker. Det endra rolla Høgsterett har i strafferettspleien. Høgsterett kan i langt større grad enn før konsentrere seg om dei prinsipielt viktige sakene.

Som alle samfunnsinstitusjonar er Høgsterett prega av den tida og dei samfunnsforholda institusjonen verkar i. Sakene og dei rettslege spørsmåla dei reiser, reflekterer næringsliv og sosiale forhold og aktiviteten og restriksjonane offentlege myndigheitsorgan utøver og gir pålegg om. Dagens samfunn og tenking gir også føringar for verksemda til Høgsterett ut over det, mellom anna i den reint praktiske arbeidsmåten og den utoverretta kontakten – ikkje minst med media og juristmiljø i andre land. Noko av denne utviklinga har gått sakte, men mykje har skjedd dei 15–20 siste åra.

Høgsterett har som oppgåve og funksjon å avgjere dei sakene som kjem til domstolen. Her gir prosesslovene ei ramme ved å bestemme kva saker som kan ankast inn for Høgsterett. Der det er høve til å anke, er det opp til partane om dei vil nytte det høvet. For dei viktigaste vedtaka – dommane i lagmannsrettane i sivile saker og i straffesaker – er det nødvendig med samtykke frå ankeutvalet for å få fremma ein anke. Samtykke skal ein berre gi «når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak, eller det av andre grunner er særleg viktig å få saken avgjort i Høyesterett», jf. tvistelova § 30-4 og straffeprosesslova § 323. Desse føresegnene byggjer på den grunntanken at hovudoppgåva til Høgsterett er å vere ein prejudikatdomstol. Høgsterett skal bidra til å klargjere og – innanfor rammene som følgjer av grunnlov og lov – utvikle retten. Som det òg har vore sagt: Høgsterett skal arbeide for rettseinskaper, rettsavklaring og rettsutvikling. Avgjerdene

skal følgjast i saker som reiser same type rettsspørsmål, både av underordna domstolar og av Høgsterett sjølv.

Det som meir enn noko anna særkjenner Noregs Høgsterett, er den vide kompetansen. Høgsterett er ein alminneleg høgsterett ved å vere den øvste domstolen i landet innan sivilrett og strafferett, ein forvaltningshøgsterett som øvste domstol i forvaltningssaker og ein forfatningsdomstol i den forstand at Høgsterett i siste instans prøver om lover og vedtak er i samsvar med dei krava Grunnlova stiller. I svært mange europeiske land er domstolsordninga annleis. Domsmakta i siste instans, og oftast også i dei andre instansane, er gjerne delt mellom ulike domstolar – mellom ein «alminneleg» høgsterett og ein forvaltningshøgsterett og ofte også ein eigen høgsterett for konstitusjonelle spørsmål. Både Sverige og Finland har eigne forvaltningsdomstolar, mellom anna ein eigen forvaltningshøgsterett.

I tilknytning til den svært vide kompetansen er det òg grunn til å trekkje fram den manglande spesialiseringa innanfor Høgsterett – det er ikkje bestemte dommarar som behandlar bestemte sakstypar. I dei øvste domstolane i mange europeiske land er dommarane ofte spesialiserte. Den vide kompetansen og fråværet av spesialisering stiller særlege krav til behandlinga av sakene. Dette kjem eg tilbake til avslutningsvis under punkt 11.

Det viktigaste ved verksemda i Høgsterett er sjølv sagt arbeidet med sakene og dei vedtaka som blir gjorde. Kva høgsterettsdommane har å seie for utviklinga av viktige rettsfelt, er tema for fleire av dei andre artiklane i dette jubileumsskriftet. For å få fram kva som karakteriserer Høgsterett som domstol, vil eg gå inn på prinsipielle sider ved verksemda, mellom anna kontrolloppgåvene overfor Stortinget og forvaltninga, men òg på det meir praktiske, ikkje minst korleis arbeidet med sakene er lagt opp. Samla er temaet så stort at min ambisjon berre er å gi ei oversikt over og eit innblikk i dagens Høgsterett.

Det er som innsidar eg kan fortelje om og formidle kva som er mitt syn på Høgsterett. Som dommar her i snart tre tiår har eg teke del i den betydelege utviklinga av domstolen i denne perioden. Men at eg ikkje er upartisk, kan kanskje for den interesserte lesaren i nokon grad vegast opp av kjennskap til og kunnskap om institusjonen.

Eg startar med organiseringa av og arbeidet i Høgsterett ut frå ein meir praktisk synsvinkel – punkta 2 og 3. Eg ser så under punkta 4 til 8 på enkelte prinsipielle sider ved verksemda, mellom anna den forfatningsrettslege stillinga Høgsterett har, kontrollen med dei andre statsmaktene, internasjonaliseringa, Høgsterett som politisk organ og kravet om å vere uavhengig. Deretter, under punkta 9 og 10, reflekterer eg litt over kven vi er, utnemningsprosessen, dagleglivet og

dommarkulturen i Høgsterett og avsluttar i punkt 11 med nokre tankar om nødvendig organisasjonsutvikling for Høgsterett.

## 2 Organisasjonen, arbeidet og arbeidsmåten

### *Oversikt over organisasjonen og organiseringa*

Høgsterett består av 20 dommarar, inkludert justitiarius. Det er desse 20 dommarane som i ulike roller – som domstolleiar, førebuande dommar, dommar i ankeutvalet og dommar i avdelingane eller i forsterka rett – samla utøver den dømmende makta som er lagd til Høgsterett. I det daglege arbeidet vekslar dommarane mellom dei to avdelingane og ankeutvalet, men slik at den enkelte dommaren i løpet av året har ein del veker til disposisjon til mellom anna å ferdigstille dommar, førebu saker som skal opp i avdeling seinare, osv. – såkalla kontorveker.

Med tanke på den vide kompetansen Høgsterett har, er 20 dommarar eigentleg ikkje mange. Om vi tek omsyn til at det alltid er ein av dommarane som har studiepermisjon, har dommartalet vore temmeleg stabilt i fleire tiår. Fleire og stadig meir komplekse saker, mellom anna som følgje av internasjonaliseringa av retten, har ført til større arbeidsmengd – ei arbeidsmengd som i praksis ikkje kan kompenseras med fleire dommarar. Skal Høgsterett fungere som prejukatsdomstol, må vi kunne halde ei einskapleg linje i dei rettslege spørsmåla. Det tilseier at dommartalet må haldast så lågt som det er praktisk mogleg. Auken i arbeidsmengda må møtast med andre tiltak, først og fremst ved å byggje ut hjelpefunksjonane og da særleg det juridiske sekretariatet.

Som alle andre maktutøvarar er Høgsterett avhengig av støttefunksjonar for at domstolen skal kunne utføre oppgåvene sine på ein god og formålstenleg måte. Det er det eit administrativt apparat på til saman ca. 50 personar som står for. Dette apparatet og andre administrative oppgåver blir leia av direktøren i Høgsterett, men justitiarius har eit overordna ansvar for administrasjonen.

To grupper i det administrative støtteapparatet har oppgåver som er særleg nær knytte til den dømmende verksemda. Det er for det første dei juridiske utgreiarane. Oppgåva deira er først og fremst å greie ut sakene for dommarane i ankeutvalet. Det er no 23 juridiske utgreiarar, inkludert leiaren og dei to nestleiarane i sekretariatet. Utgreiarane er svært dyktige juristar, gjerne tidleg i yrkeskarrieren, som gjer eit viktig arbeid ved å leggje til rette og førebu sakene for dommarane i ankeutvalet. Dernest er det protokollsekretærene i dei to avdelingane. Også dei er juristar med viktige oppgåver – som dei løyser på ein svært dyktig måte, mellom anna ved å kvalitetssikre faktiske og rettslege opplysningar og tilvisingar som blir gitt i dommane.

Dei dømmende oppgåvene i Høgsterett er i hovudsak delte mellom ankeutvalet og avdelingane, men dommarane har også einedommaroppgåver som førebauande dommar både for ankeutvalet og for avdelingane. Ein del avgjerder om behandlinga av enkeltsaker er også lagde til justitiarius, spesielt avgjerder om forsterka rett.

Tidlegare var det eit formelt skilje mellom Høgsterett og Høgsteretts kjæremålsutval i den forstand at Høgsteretts kjæremålsutval etter opprekninga i domstollova § 1 var ein eigen domstol. Det blei endra ved prosessreforma som tredde i kraft 1. januar 2008 med tvistelova. Ankeutvalet, som namnet no er endra til, blei da også formelt ein integrert del av Høgsterett. Opphevinga av det formelle skiljet mellom Høgsterett og utvalet innebar ikkje noka realitetsendring. Det er den same ordninga med rotasjon av dommarar mellom avdelingar og utval, og i praksis den same arbeidsfordelinga og kompetanseinndelinga mellom utval og avdeling i dag som det var tidlegare med Høgsteretts kjæremålsutval. Forskjellen er at dagens ordning også formelt viser at det reelt sett er oppgåver innanfor den same domstolen som blir løyste.

#### *Ankeutvalet*

Alle saker som kjem til Høgsterett, blir først behandla av ankeutvalet. Sakene kan delast inn i to hovudgrupper. Den eine er ankar over dommar i lagmannsrettane. Her avgjer utvalet om anken kan fremmast til behandling i avdeling. Den andre hovudgruppa er ankar over orskurdar og vedtak i lagmannsrettane. Det er dels ankar over prosessstyrande avgjerder i saker for tingrettane og lagmannsrettane, dels ankar over orskurdar og vedtak der sakene etter lovgivinga endeleg skal avgjerast av Høgsteretts ankeutval.

Den eine hovudoppgåva for ankeutvalet er altså å avgjere kva for ankar over dommar i lagmannsrettane som skal fremmast til behandling i avdelingane. Som eg påpeikte under punkt 1, krevst det samtykke frå ankeutvalet for å få fremma ein slik anke, og eit vilkår for samtykke er regulært at anken reiser prinsipielle rettsspørsmål som det er viktig å få ei avgjerd i Høgsterett om. For at Høgsterett skal kunne fylle denne oppgåva, er det heilt nødvendig å få silt ut dei fleste av ankane. Berre da har Høgsterett ressursar nok til at avgjerdene i dei sakene som blir fremma og behandla, kan gi den rettleiinga i rettsspørsmåla som dei bør. Årleg blir det gitt samtykke i mellom 10 og 15 % av sakene. 85 til 90 % av ankane over dommar blir altså silte ut. Spørsmålet om samtykke blir avgjort ved vedtak. Eit vedtak om å nekte ein anke fremma må vere samrøystes. Det er i utgangspunktet ikkje noko krav at vedtak blir grunngitt, og det blir normalt heller ikkje gjort ved vedtak om å nekte ein anke fremma. Eg vil under punkt 3 gå nærmare inn på silingsprosessen.

Det er eitt unntak frå vilkåret om at ein som utgangspunkt berre skal gi samtykke til anke over dom av lagmannsretten dersom saka gjeld prinsipielle spørsmål som det er viktig å få ei avgjerd i Høgsterett om, eventuelt at det av andre grunnar er særleg viktig å få saka prøvd i Høgsterett. Det gjeld ankar over straffedommar der den domfelte blei frifunnen i tingretten, men domfelt i lagmannsretten. Ein anke kan da berre nektast dersom det er klart at han ikkje vil føre fram, og eit vedtak om nekting må grunnngivast. Det er retten til overprøving i artikkel 14 nr. 5 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettar som har gjort denne særregelen nødvendig. Også ankane i desse sakene vil i dei fleste tilfella bli nekta fremma, men da altså med ei grunnngiving.

Den andre hovudoppgåva for utvalet er, som eg har påpeikt, å behandle ankar over orskurdar og vedtak i lagmannsretten. Det følgjer av tvistelova § 30-1 andre ledd og straffeprosesslova § 7 andre ledd at desse ankane skal avgjerast av Høgsteretts ankeutval. Enkelte ankar over orskurdar og vedtak kan reise viktige prinsipielle retts spørsmål. I slike tilfelle kan ankeutvalet bestemme at anken i staden skal avgjerast i avdeling. Årleg er det omkring 10–15 saker som ordinært skulle vore avgjorde av ankeutvalet som i staden blir avgjorde i avdeling. Unntaksvis kan slike saker vere av ein slik karakter og så viktige at det blir bestemt at dei skal behandlast i storkammer eller plenum, sjå som eksempel Rt. 2008 side 1764.

Også for ankar over orskurdar og vedtak i sivile saker er det ein silingsregel. Etter tvistelova § 30-5 kan ein slik anke nektast fremma dersom anken «ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende sak, og heller ikke andre omsyn taler for at anken bør prøves». Det inneber at ankeutvalet ikkje lèt saka få ei realitetsprøving, men likevel ser på om saka har vore behandla forsvarleg i lagmannsretten. Dersom det er grunn til å stille spørsmål ved behandlinga, går utvalet inn i realiteten i saka og tek ei avgjerd basert på det. På same måte som regelen i tvistelova § 30-9 for siling av anke over dommar er § 30-5 gitt for at Høgsterett ikkje unødig skal bruke tid på saker som ikkje har prinsipiell interesse. Tvistelova § 30-5 blir i dag brukt i ca. 200 saker i året. Regelen er ikkje avgrensa til bestemte sakstypar.

Særlege omsyn til rettstryggleiken gjer at tvistelova § 30-5 ikkje har noka parallell føresegn i straffeprosesslova. Men for ankar frå påtalemakter som ikkje er til gunst for den sikta, er det etter straffeprosesslova § 387 a andre ledd mogleg å avvise anken når anken «gjelder spørsmål av mindre betydning eller at det ellers ikke er grunn til at anken tas under behandling». Denne føresegna blir sjeldan brukt.

Ein mykje brukt regel om forenkling er føresegnene om at ankeutvalet når det er klart at ein anke ikkje kan føre fram, både i ankar over orskurdar og i vedtak i straffesaker og sivile saker kan ta ei avgjerd utan anna grunnngiving enn nettopp det, jf. tvistelova § 30-9 andre ledd og straffeprosesslova

§ 387 a første ledd. Saka må da få full realitetsbehandling, men grunngivinga blir sterkt forenkla. Desse føresegnene blei i 2014 brukte i høvesvis ca. 330 og 615 saker per år.

Før sakene blir fordelte til dommarane i ankeutvalet, går dei til det juridiske sekretariatet, der ein utgreiar førebur dei. Utgreiaren lagar regulært eit notat med saksframstilling og vurdering, går igjennom relevant rettskjeldemateriale og legg ved i kopi avgjerder, teori mv. Dersom det er ei sak som ser ut til å bli avgjord i utvalet ved ei grunngitt avgjerd, lagar utgreiaren eit utkast til innleiinga av avgjerda ved å skrive ei saksframstilling og eit referat av merknadene frå partane, men ikkje utkast til grunngiving av avgjerda. Etter å ha ferdigstilt saka for utvalet legg utgreiaren saka til den dommaren som er sett opp til å ha saka i første hand. Kvar sak blir avgjord av tre dommarar. Behandlinga er skriftleg, men det kan haldast munnleg forhandling i utvalet – i praksis blir dette (nesten) aldri gjort. Dersom det blir skrive utkast til ei grunngitt avgjerd, er det den dommaren som får saka først, som gjer det. Saka sirkulerer så blant dommarane til dei er blitt einige om avgjerda og grunngivinga, eventuelt til den dommaren som måtte vere ueinig med fleirtalet, har skrive ein dissens. I somme meir kompliserte eller vanskelege saker kan det vere at dommarane held møte for å drøfte saka.

Utvalet avgjer totalt ca. 2350 saker i året. I løpet av ca. 250 arbeidsdagar blir det litt i overkant av ni saker per dag. Nokre av sakene er oversiktlege og raske å behandle, andre meir kompliserte. Tidsbruken for den enkelte saka kan for kvar dommar vere alt frå eit kvarter til eit par dagar – for nokre ganske få saker meir.

Høgsterett legg stor vekt på rask saksavvikling. Målet er at avgjerda skal vere klar innan ein måned etter at saka kom inn til Høgsterett. Ein del saker må avgjerast svært raskt – i løpet av éin til to dagar. Det gjeld mellom anna ankar over fengslingsorskurdar. Det er bakgrunnen for at ankeutvalet er operativt alle arbeidsdagar i året, inkludert julaftan og nyttårsaftan, med mindre desse dagane fell på laurdag eller søndag.

### *Avdelingane*

I dei to avdelingane blir dei sakene behandla der det er gitt samtykke til anke over dommar, og dei ankane over orskurdar og vedtak der det er bestemt at dei i staden for å bli avgjorde av utvalet skal avgjerast i avdeling. For saker som skal avgjerast i avdeling, kan ein i særlege tilfelle bestemme at dei i staden skal avgjerast med ein forsterka rett, sjå nærmare om det under punkt 3.

Etter tilvisinga av ei ankesak er det, særleg i sivile saker, ei saksførebuing til ankeforhandlinga. Dommaren som førebur saka, er regulært den dommaren som først behandla saka i ankeutvalet. I mange saker blir det halde eit saksførebuaende møte, oftast som telefonmøte. Formålet er i dei fleste tilfella å klargjere det som skal behandlast i den munnlege ankeforhandlinga, og å sjå til at

forhandlingane er konsentrerte om dei prinsipielt viktige sidene ved saka og det som er omtvista mellom partane. Det kan òg vere vidare saksførebuing som involverer utgreiar, førebuande dommar og i ein del tilfelle ankeutvalet, sjå mellom anna tvistelova § 30-7.

I dei munnlege ankeforhandlingane må prosessfullmektigane gi nødvendig innføring i saksforholdet, gå igjennom eventuelle bevis og rettsspørsmåla og rettskjeldene og argumentere for synet til sin part. Orienteringa om saksførebuinga og ankeforhandlinga, som ligg på heimesida til Høgsterett, [www.rett.no](http://www.rett.no), beskriv nærmare korleis dette skal gjennomførast. Det som først og fremst skil forhandlingane i Høgsterett frå forhandlingane i tingrettane og lagmannsrettane, er at bevisføringa i Høgsterett, med unntak for sakkunnigbevis, er indirekte.

Særleg i løpet av dei 12–13 siste åra har ankeforhandlingane i Høgsterett blitt langt meir konsentrerte om dei viktige og omtvista punkta i sakene enn dei var før. Saker som tidlegare ville vore sette opp på éin–to dagar, blir no oftast sette opp på éin dag. Tidsramma blir fastsett av den førebuande dommaren. Erfaringane med denne omlegginga er frå vårt synspunkt nesten berre gode. Det har nok vore saker der den oppsette tida er blitt for knapp. Det har ein prøvd å bøte på ved å forlengje rettsdagane, eventuelt ved å forskyve neste sak. Men i det store og heile har konsentrasjonen ført til nettopp det – ein konsentrasjon om det Høgsterett må gå djupt ned i – og tida har gjennomgåande vore tilstrekkeleg til å kaste lys over dei sentrale og springande punkta i saka. Det er også ei alminneleg oppfatning i Høgsterett at denne konsentrasjonen har heva kvaliteten på advokatprestasjonane. Konsentrasjonen av ankeforhandlingane har ført til at det er blitt meir tid til behandlinga elles – til førebuingane til ankeforhandlingane og ikkje minst til førebuingane til rådslåingane.

Etter at ankeforhandlinga er ferdig, held dommarane i saka ei rådslåing. I alle fall i saker som ikkje er heilt små, er det vanleg at rådslåinga startar dagen etter. Grunnen er at dommarane som ledd i førebuinga til rådslåinga må ha tid til å gå igjennom og gjere seg opp ei førebels mening om materialet og synspunkta prosessfullmektigane har komme med, og eventuelt òg sjå på om det er meir rettskjeldemateriale som må trekkjast inn. Når det gjeld tida frå sakene blir tekne opp til doms, til rådslåinga, har det skjedd ei omlegging samanlikna med det som var vanleg eit par tiår tilbake i tid. Da starta rådslåingane oftast med ein gong advokatane var ferdige med prosedyren sin. Omlegginga gjer det lettare for dommarane å «fordøye» og vurdere argumentasjonen og i det heile få saka «under huden» før den viktige rådslåinga startar.

Rådslåinga er ein formalisert diskusjon. Rettsformannen i saka – det er eldste dommar etter ansiennitet, justitiarius om han er med – gir først ei fullstendig utgreiing om saka, går igjennom eventuelle bevis, rettslege problemstillingar og utgangspunkt, rettskjelder og argumentasjon og gir



uttrykk for sine førebelse vurderingar og standpunkt. Denne gjennomgangen tek ofte omkring ein times tid – i større saker meir. Utgreiinga skal reelt sett vere eit munnleg utkast til dom. Ordet går så til nest eldste dommar, som argumenterer for sitt syn og standpunkt. Deretter får dommarane ordet etter ansiennitet. Oftast er det ein runde nummer to, og av og til fleire rundar – gjerne meir uformelle – om enkeltspørsmål.

Rådslåinga kan synast omstendeleig og tidkrevjande, og det er nok betydeleg forskjell mellom rådslåinga i Høgsterett og dei tilsvarande drøftingane mellom dommarane i lagmannsrettane. Men dei formaliserte diskusjonane er viktige som kvalitetssikring. Det blir ein grundig diskusjon, alle kjem til orde, og det motverkar at viktige moment blir oversett. Det er òg viktig at alle får komme med argumentasjon og synspunkt før standpunkt for den enkelte dommaren blir låste. Det er ikkje heilt sjeldan at dommarar har skifta standpunkt når konklusjonane etter rådslåinga skal trekkjast. Slik bør det også vere – rådslåinga er og skal vere eit heilt sentralt ledd i behandlinga fram til Høgsterett seier dom i saka. Høgsterettsdommar Hans M. Michelsen pleidde å karakterisere rådslåingane med uttrykket: «Da lever Høyesterett.»

Når rådslåinga er fullført, blir førstvoterande peikt ut og eventuelt òg den som skal skrive eit dissenterande votum. Med svært få unntak er førstvoterande ein av dommarane som har fleirtalsstandpunktet. Dersom rettsformannen er ein del av fleirtalsfraksjonen, er det han/ho som peiker ut førstvoterande. I praksis er det den av dommarane i fleirtalet som det er gått lengst tid sidan sist skreiv ei førstvotering, som får tildelt denne oppgåva. Det blir avtalt eit tidspunkt for når utkastet frå førstvoterande, og eventuelt også eit utkast til dissens, skal liggje føre, og ein frist til deretter å komme med skriftlege innspel frå dei andre dommarane. På bakgrunn av innspela lagar dei som har utforma vota, reviderte utkast som blir gjennomgått i ein domskonferanse, som det òg blir fastsett tidspunkt for etter rådslåinga. I domskonferansen kjem det gjerne innspel til enda fleire endringar.

I saker som det ikkje er registrert medieinteresse for, blir det så straks votert. Dommen er da sagt og endeleg. Resultatet, i form av slutninga, blir deretter meddelt prosessfullmektigane. Det som vidare skjer, same eller neste dag, er oppretting i samsvar med det som blei nedfelt i domsgjennomgangen, og korrekturlesing. Dommen blir så lagd på «løveark» og forkynt for prosessfullmektigane. Eit kortreferat og dommen i fulltekst blir deretter lagde ut på heimesida til Høgsterett. I saker som har medieinteresse, blir voteringa – domsseiinga – utsett til dommen er gjord klar for utsending og forkyning og offentleggjering på heimesida. I særlege tilfelle – først og fremst i saker som er avgjorde med forsterka rett – skjer voteringane med partane og prosessfullmektigane til stades.

Det blir lagt svært mykje arbeid i dommane. Slik må det vere når hovudpoenget ikkje er å avgjere den konkrete tvisten, men å gi rettleiing om løysinga av rettsspørsmåla. Ein nærmare analyse av utforminga av dommane i Høgsterett er det ikkje plass til her. Men eg vil framheve eit punkt som har vore diskutert mykje, nemleg om Høgsterett skal grunngi resultatet «breitt» med meir omfattande rettslege synspunkt, eller om grunngivinga skal vere konsentrert om det typetilfellet ein har til behandling. Omsynet til å gi rettleiing til rettslivet kan tale for ikkje å velje ein smal, men heller ein breiare tilnæringsmåte. Her er det likevel mitt syn at ein bør vere nøktern. Juridiske grunngivingar som skal gjelde langt ut over den typen tilfelle som er til behandling, kan bli for omfattande. Det er etter kvart blitt nokre saker der Høgsterett ikkje har kunna følge tidlegare avgjerder i det omfanget som var ein føresetnad ved avgjerdene. Prejudikat som ikkje blir følgde, og prejudikat det er usikkerheit om blir følgde, nettopp fordi grunngivinga synest å vere svært brei og omfattande, gir ikkje rettsavklaring.

Domsskrivinga er gjenstand for ein nærmast kontinuerleg diskusjon mellom høgsterettsdommarane, og domsskriving har òg vore tema på fleire internseminar for dommarane. Generelt er det mitt syn at våre dommar gir betre rettleiing for rettslivet enn det for eksempel danske og svenske høgsterettsdommar gjer. Men eg trur nok at det i nokon grad er plass for forenkling og også for å korte dommane noko ned.

Utforminga av dissensar er òg diskutert. Det er no ei nokså alminneleg oppfatning at dissensane skal knytast opp til fleirtalsvotumet på den måten at dissensen blir ei grunngiving for kvifor standpunktet til fleirtalet ikkje blir følgd, og at han ikkje bør byggjast opp nærmast som ei avgjerd som står på egne bein. Men det er nok ikkje alltid at dette blir følgd.

Det er dommarane sjølve som fullt ut skriv sine vota. Det er altså ikkje slik hos oss at vi får utkast til grunngiving frå juridiske utgreiarar eller andre og så arbeider ut frå eller «flikkar» på eit slikt utkast. I forma er votumet til førstvoterande utforma som eit reint personleg votum – som hans eller hennar grunngiving for resultatet. Men sjølv om forma er personleg, er votumet oftast eit resultat av eit teamarbeid, dels gjennom diskusjonane under rådslåinga og seinare domskonferansar, dels gjennom skriftlege innspel til domsutkasta. Det er nok opp til førstvoterande eller den enkelte dissenterande dommaren om han eller ho vil godta endringsforslaga, men dei fleste endringsforslaga blir aksepterte og innarbeidde rett og slett fordi dei er forbetringar og blir oppfatta slik også av domsskrivarane.

I tilknytning til gjennomgangen av arbeidet i ankeutvalet nemnde eg at Høgsterett legg stor vekt på rask saksavvikling. Målet er at ankeforhandlinga i straffesaker og i sivile saker skal haldast innan høvesvis tre månader og seks månader etter at anken kom inn til Høgsterett. Ikkje alltid, men stort

sett, blir desse fristane haldne. Problemet er ikkje sjeldan å få advokatane til å møte på så vidt kort varsel.

### *Meir om den munnlege behandlinga. Kva rolle advokatane har*

Det munnlege i den norske prosessen – og det gjeld i høg grad også for sakene i Høgsterett – er ikkje berre «garnityr» til skriftlege framstillingar og argumentasjon. Alle instansar, også Høgsterett, kan til ein viss grad gi skriftlege framstillingar av faktiske eller rettslege spørsmål. Det blir likevel ikkje gjort i stor utstrekning, og der slike framstillingar ligg føre, er det den munnlege behandlinga som er det sentrale. Noko meir praktisk er det at det blir gjort unntak frå det munnlege ved at sivile ankar blir behandla skriftleg, sjå tvistelova § 30-9 fjerde ledd og § 30-10 fjerde ledd. Men også det blir gjort i svært liten utstrekning, dei aller siste åra berre i ei sak eller to. Det er den munnlege behandlinga som er rekna for å vere den beste og mest forsvarlege behandlingsforma.

Det er få land der den munnlege behandlingsforma er gjennomført så langt og så konsekvent som hos oss – særleg gjeld det når vi samanliknar vår høgsterett med høgsterettane i andre land. Det vanlege for høgsterettane er at behandlinga anten er heilt ut skriftleg eller at det i tillegg til skriftlege og fullstendige framstillingar blir halde eit rettsmøte der behandlinga er munnleg.

Prosessfullmektigane får innanfor ei tidsramme som ofte er svært kort, høve til å utdjupe og framheve enkelte punkt som dei meiner er særleg viktige, og dommarane kan stille spørsmål til advokatane.

I dei alminnelege høgsterettane i Sverige og Finland blir dei aller fleste ankane over dommar behandla heilt ut skriftleg. I forvaltningshøgsterettane i Sverige og Finland skjer dette nesten utan unntak. Der ser dei på skriftleg behandling som noko sjølvstøtt og som den beste behandlingsmåten. I Danmark, som har ei prosessform som ligg nær vår, blir dei aller fleste ankesakene behandla munnleg. Den munnlege behandlinga er korta ned meir enn hos oss. Danskane har elles den ordninga at det i praktisk talt alle saker blir votert straks etter at dei munnlege forhandlingane er over, og at førstvoterande før den munnlege forhandlinga har skriva eit utkast til dom. For oss er ein slik arbeidsmåte framand. Vi skal høyre dei munnlege innlegga før vi dannar oss ei fastare meining om dei spørsmåla saka reiser.

Det er liten tvil om at den føretrekte behandlingsmåten for ankar over dommar ved andre europeiske høgsterettar er den skriftlege. For domstolar som kan samanliknast med vår Høgsterett, er det eigentleg berre dei øvste domstolane i common law-landa, som den engelske Court of Appeal og Supreme Court i Storbritannia, som har ei behandlingsform der det munnlege dominerer heilt. Det leier uvegerleg til spørsmålet: Kvifor held vi fast ved den munnlege prosessforma? Spørsmålet er på

sin plass, og det ble reist ved den prosessreforma som blei gjennomført med tvistelova. Sjølv om tradisjon og vane sjølv sagt alltid kjem inn ved slike val, var avgjerda om å halde fast ved det munnlege forankra i det grunnsynet at denne behandlingsforma er den som best sikrar ei grundig og forsvarleg behandling av dei enkelte sakene. Det er vår erfaring at munnleg behandling er betre eigna til å trengje inn i saka – til å få faktum og juss under huden. Eit visst samanlikningsgrunnlag har vi her med dei ankane over dommar som blir behandla skriftleg, sjølv om dei er relativt få. Med skriftleg kommunikasjon er det langt tyngre å diskutere med partane – prosessfullmektigane – og få synspunkta deira utdjupa nærmare. Diskusjonar og oppklaring er lettare å få til med ei kontinuerleg munnleg framstilling.

Munnleg behandling gir alt i alt ei «seminarform» mellom dommarar og prosessfullmektigar, med spørsmål og utdjuping av problemstillingar for å komme til botns i saka. I den samanhengen er det grunn til å trekkje fram den rolla advokatane har. Når vi snakkar med utanlandske kollegaer i høgsterettar med skriftleg prosessform, er det få som gir uttrykk for at advokatane er til stor hjelp i sakene. I mangel av hjelp i form av innlegg frå advokatane har dei bygd opp eit høgt spesialisert utgreiingsapparat som dekkjer fagområda der vedkommande høgsterett har kompetanse til å avgjere saker. Vår erfaring i Noregs Høgsterett – eg veit at det òg er erfaringa i Storbritannia, der det altså også er ei gjennomført munnleg behandlingsform – er at det i dei fleste saker møter advokatar med innsikt og kompetanse i nettopp det fagområdet saka reiser. Gjennom kontradiktorisk og munnleg behandling får Høgsterett stort sett eit godt grunnlag for å avgjere saka.

Alternativet til god prosedyre frå advokatane måtte også for oss ha vore å byggje opp eit langt meir omfattande og spesialisert utgreiingsapparat. Det fungerer, som eg har påpeikt, i andre land. Men éi openberr svak side har eit slikt alternativ med intern utgreiing i staden for god advokatprosedyre: Det kontradiktoriske elementet, som er så viktig for ei fullstendig klargjering, blir borte eller i alle fall i stor grad svekt. Ei anna sak, som eg kjem tilbake til avslutningsvis under punkt 11, er at det er all grunn til å styrkje det juridiske sekretariatet for i større grad å få greidd ut rettslege spørsmål som ein del av ankesakene reiser. Men det bør vere eit supplement og ikkje eit alternativ til det advokatane formidlar av rettsstoff og rettsleg argumentasjon.

Den munnlege behandlinga verkar også inn på tilliten til Høgsterett. Munnleg behandling, kombinert med offentlegheit, gir partane og allmenta ei innsikt i behandlinga som ein aldri kan oppnå med skriftleg behandling. Over tid trur eg denne effekten er viktig. Også ut frå det viktige offentlegprinsippet har eg inga tru på at behandlingsforma i Høgsterett blir lagd om til skriftleg behandling.

Når det gjeld rolla til advokatane, er det også grunn til å nemne ordninga med prøveadvokatar. For å ha rett til å opptre som advokat i saker for Høgsterett må advokatane ha avlagt og bestått ei prøve. Dei må ha prosedert to saker for Høgsterett som prøvesaker og fått prøva godkjent, jf. domstollova § 221. Mitt syn er at ei slik prøve er viktig og riktig. Slik kan ein få skilt ut dei som ikkje er skikka, og ikkje minst få formidla til advokatane kva som krevst av dei i saker for Høgsterett. Denne kommunikasjonen med advokatane skjer dels i samband med prøvesakene, dels gjennom den rettleiinga som er utarbeidd for saksførebuing og prosedyre i saker for Høgsterett, og også gjennom kurs i prosedyre for Høgsterett, der dommarar herifrå i høg grad bidreg som forelesarar.

### 3 Sakene. Utveljinga. Utviklingstrekk. Forsterka rett

Høgsterett er ein prejudikatdomstol. Det gir føringar for dei ankane over dommar som blir fremma til behandling i Høgsterett, og som blir avgjorde i avdelingane og unntaksvis i storkammer eller plenum. Sakene som skal fremmast, er først og fremst saker der avgjerda i Høgsterett vil vere prinsipielt viktig gjennom avklaringa av dei aktuelle rettsspørsmåla som dommen vil gi. For at ankesaka skal konsentrerast om spørsmål av prinsipiell interesse, kan Høgsterett – både i sivile saker og i straffesaker – gi eit avgrensa samtykke, slik at delar av anken blir nekta, medan resten blir tillate fremma. Det kan vere eitt av fleire rettsspørsmål eller éin av fleire påståtte saksbehandlingsfeil. Det er vidare ikkje upraktisk å avvise anken over bevisvurderinga, men tillate eitt eller fleire av dei rettslege spørsmåla.

Det kan tenkjast at ei sak reiser prinsipielle spørsmål, men at det synest klart at dommen i lagmannsretten er riktig, og at anken derfor ikkje kan føre fram. Med mindre det prinsipielle spørsmålet i eit slikt tilfelle er praktisk og viktig og det synest å vere behov for ei avgjerd i Høgsterett for å få nødvendig rettsavklaring, blir samtykke i eit slikt tilfelle normalt ikkje gitt. Ikkje minst av omsyn til partane har det klart negative sider å tilvise ankar som i praksis ikkje har utsikt til å føre fram. Det som da av og til blir gjort, er at nektinga av samtykke blir grunnitt. Det kan vere ved at ankeutvalet uttrykkeleg sluttar seg til grunngivinga til lagmannsretten. Men det kan òg vere at ankeutvalet finn at resultatet er riktig, men at grunngivinga bør vere ei anna, og gir uttrykk for det, sjå som eksempel Rt. 2011 side 1011. Grunngivinga til ankeutvalet får da vekt som «miniprejudikat». Også elles gir utvalet av og til ei grunngiving for kvifor det ikkje blir gitt samtykke. Avgjerdene i Rt. 2008 side 328 og HR-2012-01381-U gir ulike eksempel på det. Som nemnt under punkt 2 må det å nekte anke i straffesaker grunngivast der den tiltalte er frifunnen i tingretten, men domfelt i lagmannsretten. Vilåret for å nekte er da at ankeutvalet samrøystes finn det klart at anken ikkje vil føre fram.

Går vi eit par tiår tilbake, blei det ved avgjerda av om ein anke skulle fremmast, lagt vekt på kor store verdiar saka gjaldt, og saker der tvistegjenstanden var særleg stor, blei sjeldan nekta fremma.

Verdien av tvistegjenstanden kan nok i meir spesielle tilfelle framleis spele ei rolle, men tyngda ligg på den praktiske betydninga av rettsspørsmålet. Høgsterett er blitt meir enn van med saker der dei økonomiske interessene som står på spel, er svært store, og det gjer i seg sjølv normalt lite inntrykk når tilvisingsspørsmålet skal avgjerast. At verdien av tvistegjenstanden er nokså bagatellmessig, er heller ikkje eit avgjerande argument for å nekte ei sak fremma dersom ein høgsterettsdom kan gi ei rettsavklaring som har reell praktisk betydning, sjå som eksempel «støvlettdommen» i Rt. 2006 side 179. Ei sak skal elles ikkje behandlast etter reglane for småkravsprosess dersom tvisten reiser eit praktisk rettsspørsmål der ei rettsavklaring gjennom eit prejudikat frå Høgsterett er viktig, sjå tvistelova § 10-1 tredje ledd bokstav d.

Høgsterett har som ambisjon å spele ei rolle som rettsavklarar og rettsutviklar på dei rettsområda der det er behov for det – uansett rettsfelt. Det avgjerande for om ein anke skal fremmast, er det praktiske behovet for avklaring og om den konkrete saka gjer det mogleg.

Enkelte saker kan, dersom bevisføringa og bevisvurderinga gir eit bestemt faktum, reise prinsipielle rettslege spørsmål. Jo meir omfattande bevisføringa her vil bli, desto meir taler det mot å gi samtykke. Det same er tilfellet for saker der bevismaterialet tilseier at det bør vere direkte bevisføring. Eksempel på slike sakstypar er saker om barnefordeling og barnevern. I slike saker oppstår det også sjeldan prinsipielle rettsspørsmål, tyngda ligg gjerne på den reinte konkrete vurderinga.

Ikkje sjeldan utløyser ny lovgiving eit behov for rettsavklaring, sjå som eksempel storkammeravgjerda i Rt. 2009 side 1412 om betydninga av lovgivarfråsegner i forarbeida til straffelova av 2005 om heva straffenivå for visse typar brotsverk. Men det er slett ikkje berre ny lovgiving som byr på uløyste rettsspørsmål. Det kan òg vere rettsfelt der det ser ut til å bli ei rettsutvikling over ein svært lang tidsperiode. Tidlegare tvistemålslov § 54 og noverande tvistelov §§ 1-3 til 1-5 om rettsleg interesse og søksmålskompetanse gir eksempel på det.

I ikkje så liten grad er samfunnsforholda reflekterte i dei sakene som blir fremma til behandling. Det er ikkje tilfeldig at tyngda av høgsterettsdommar i saker i konkurs- og insolvensrett er frå økonomisk vanskelege tider. Høgsterettsdommar om rettar i utmark var langt vanlegare i ei tid da jord- og skogbruk var viktigare næringar enn no. I dag er saker om fiske, oppdrett og olje viktige og relativt hyppige i saksporteføljen til Høgsterett – dels den offentlegrettslege sida ved næringane, som skatt og kvotar, dels privatrettslege spørsmål. Breidda i praksisen i Høgsterett er i dag større enn på lenge. Det er nok slik at rettsvistar på ein del rettsfelt framleis regulært går som valdgiftssaker, men det

gjeld ikkje like unntaksfritt som tidlegare, for eksempel i entrepriseforhold. Vi ser også at reine forretningsjuridiske forhold kjem inn som eit viktig juridisk bakteppe mellom anna i mange skattesaker, for eksempel innanfor oljeskattlegging.

I periodar har det vore relativt få forvaltningssaker. Det har endra seg ein del. Det er mange og tunge skatte- og avgiftssaker. Også utlendingsretten har hatt ein stor auke i talet på saker. Trygdesaker har Høgsterett hatt ein del av dei siste åra. Det har òg vore ein auke i ein del andre typar forvaltningssaker, mellom anna plan- og bygningssaker. Med tanke på mengda av forvaltningsvedtak er det likevel relativt få som kjem for domstolane, og sjølvstundt enda færre som blir anka til Høgsterett.

Forholdet mellom tilviste sivile saker og tilviste straffesaker varierer noko frå år til år, men i gjennomsnitt blir det no behandla omtrent like mange straffesaker som sivile saker i avdelingane. Forholdstalet mellom tilviste straffesaker og tilviste sivile saker betyr etter mi meining lite. Både i straffesaker og i sivile saker blir det heller tilvist for mange enn for få ankar over dommar. Nokre av avgjerdene i Høgsterett gir marginal rettleiing for rettslivet. Det fører til eit unødig stort arbeidspress for avdelingane med den konsekvensen at Høgsterett ikkje får tid og ro nok til dei viktige sakene. Det er no større bevisstheit i Høgsterett om at ein ikkje bør gi samtykke til å fremme saker der avgjerda har ei meir marginal prinsipiell interesse.

Eitt utviklingstrekk er påtakeleg. Høgsterett behandlar no langt fleire saker med forsterka rett, det vil seie med meir enn fem dommarar, enn det som var tilfellet tidlegare. Det har delvis samanheng med at det frå 2008 blei opna for at Høgsterett kan setjast i storkammer med 11 dommarar, men det har òg vore behandla mange saker i plenum. I perioden 2008–2014 blei 13 saker behandla i storkammer og 9 i plenum. Stort sett har sakene som har vore behandla i forsterka rett, dreidd seg om spørsmål om Grunnlova eller dei inkorporerte menneskerettskonvensjonane tilseier at anna norsk lovgiving må vike eller tolkast innskrenkande. Plenum blir vanlegvis – i tråd med føresetnader i forarbeida til reglane i domstollova §§ 5 og 6 – valt når det er spørsmål om grunnlovsstrid og storkammer i andre særeigne saker, for eksempel der det ut frå dei grunnleggjande menneskerettskonvensjonane er spørsmål om å setje til side eller modifisere andre lovreglar på praktisk viktige rettsfelt.

Innføringa av storkammer er ein konsekvens av den grunntanken i tvistelova at det bør vere proporsjonalitet mellom behandlinga av ei sak og betydninga av saka. Somme saker er så viktige at dei bør avgjerast av ein tyngre samansett rett enn ei vanleg avdeling. Plenum er særleg ressurskrevjande, mellom anna ved at det er vanskeleg å få teke hand om sakene i ankeutvalet i den tida arbeidet med plenumssaka er særleg intenst. Vurderinga av om ei sak skal gå i forsterka rett, kan

vere vanskeleg. Det er eit viktig moment at mange saker i forsterka rett kan svekkje tyngda av ordinære avdelingsavgjerder, og det er lite ønskjeleg.

Eg har tidlegare under dette punktet konsentrert framstillinga om ankar over dommar. Men som eg var inne på under punkt 2, er siling og konsentrasjon om det som har prinsipiell betydning, også viktig ved behandlinga av ankar over orskurdar og vedtak. Sjølv om det er eit utgangspunkt at desse ankane skal realitetsbehandlast av ankeutvalet, gir tvistelova § 30-5 høve til å nekte fremma slike ankar som ikkje har prinsipiell betydning. Det er eit klart utviklingstrekk at denne nektingsheimelen blir brukt i stadig større utstrekning. Heilt vesentleg er òg den enklare behandlinga som ligg i at ein kan seie såkalla forenkla orskurdar. Eg minner òg om at det er mogleg å tilvise særleg viktige ankar over orskurdar og vedtak til avdeling, og til heilt unntaksvis å setje forsterka rett også her. Samla gir dette høve til proporsjonalitet i behandlinga i Høgsterett også av ankar over orskurdar og vedtak. Dei viktige sakene kan få ei grundig og omfattande behandling. Dei lite prinsipielle sakene kan avgjerast langt meir summarisk.

#### 4 Høgsterett som forfatningsorgan og kontrollorgan

Grunnlova deler statsmakta i ei utøvande, ei lovgivande og ei dømmende makt. Kapittel D i Grunnlova gir føresegnar «Om den dømmende Magt». Det er ei svært sparsam regulering. Av dei fem føresegnene i kapittelet gjeld to Riksretten og tre Høgsterett. Den viktigaste føresegna er utan tvil § 88, om at Høgsterett dømmar i siste instans. Det følgjer av denne føresegna at den øvste domsmakta i Noreg ikkje kan delast på fleire domstolar, og at det er viktige avgrensingar når det gjeld kva typar rettsspørsmål som med endeleg verknad kan leggjast til dei lågare domstolane utan at dei kan overprøvast i Høgsterett, sjå her Rt. 2009 side 1118, særleg avsnitta 71–73.

Fram til grunnlovsrevisjonen i mai 2014, jf. no Grunnlova § 95, hadde sjølvstendet for Høgsterett og domstolane inga uttrykkjeleg og direkte forankring i Grunnlova. Eit indirekte grunnlovsværn for sjølvstendet var det nok, mellom anna gjennom tredelinga av makta og ei eiga dømmende makt. I seg sjølv måtte det vere avgjerande for at delar av denne dømmende makta ikkje kunne leggjast til den utøvande eller lovgivande makta, og at dei ikkje kunne gripe inn i behandling og avgjerder i enkeltsaker i domstolane. Men den konstitusjonelle forankringa for sjølvstendet går no tydeleg fram av Grunnlova § 95, sjå nedanfor under punkt 8. Grunnlovsværnet for sjølvstendet blir elles supplert av værn gjennom grunnleggjande menneskerettskonvensjonar som Den europeiske menneskerettskonvensjonen, spesielt artikkel 6 nr. 1, og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettar, spesielt artikkel 14 nr. 1.



Somme sider ved den materielle kompetansen hos domstolane i den dømmende verksemda har ei sedvanerettsleg konstitusjonell forankring. Det gjeld utøvinga av kontrollfunksjonane – kontrollen med at forvaltningsvedtak er gyldige, og kontrollen med at lover er i samsvar med Grunnlova.

#### 5 Utøvinga av kontrollfunksjonane. Internasjonaliseringa

Den kontrollen domstolane – og i viktige saker i praksis Høgsterett – utøver overfor dei andre statsmaktene, er i eit lengre perspektiv avgjerande for rettsstaten. Overfor Stortinget gjeld kontrollen at dei lovene som blir gitt, er haldne innanfor den ramma som følgjer av Grunnlova, at lovgivinga ikkje krenkjer dei grunnleggjande menneskerettskonvensjonane som er inkorporerte ved lov, og som skal ha forrang framfor andre lovreglar, og at lovgivinga ikkje strir mot forplikingane våre etter EØS-avtalen. Overfor den utøvande makta gjeld kontrollen at forvaltningsvedtak er gyldige. Eg startar med den siste – som praktisk sett er den viktigaste kontrollfunksjonen.

#### *Domstolskontrollen med forvaltningsvedtak*

Det er sikker rett at domstolane kan prøve avgjerdene i forvaltninga. Som eg har påpeikt, har denne, domstolsskapte, kontrollen ei konstitusjonell forankring. Det er i prinsippet ein gyldigheitskontroll – ein lovlegheitskontroll – som blir utført. Domstolane kan kjenne vedtaket ugyldig, slik at det ikkje får verknader etter innhaldet, for eksempel ved at pålegget det inneber, ikkje lenger kan handhevast. Domstolane kan derimot ikkje setje seg i forvaltninga sin stad og gjere eit nytt vedtak. Men avgjerda i retten kan etter omstenda gi forvaltninga ei plikt til det, og forvaltninga må da rette seg etter det rettslege synet domstolen har lagt til grunn for avgjerda si.

Ved prøvinga av om ei avgjerd er gyldig, kan domstolane prøve om det er feil ved saksbehandlinga eller ved det faktiske grunnlaget for avgjerda, og om det rettslege grunnlaget – og også den konkrete rettsbruken – er korrekt. Somme gonger byggjer den konkrete rettsbruken på eit utprega fagleg skjønns der det er forvaltninga og ikkje domstolane som har fagkunnskapen. I så fall vil domstolane vere tilbakehaldne med å setje til side den konkrete rettsbruken, og prøvingsintensiteten blir låg.

Forvaltningslovgivinga gir ofte forvaltninga eit spelarom – eit fritt skjønns – med omsyn til om dei skal gi rettar eller påleggje plikter, og for andre sider ved innhaldet i vedtaket. Utgangspunktet er at forvaltninga «står fritt», med andre ord at utøvinga av dette skjønnet – denne retten til å velje – ikkje kan overprøvast av domstolane. Men det er berre eit utgangspunkt. Domstolane kan prøve om det er teke utanforliggjande omsyn i skjønnet, om det ligg føre forskjellsbehandling samanlikna med praksis elles, og om skjønnet er i høg grad urimeleg.

Ikkje sjeldan kan det vere tvil om for eksempel vurderinga av eit vilkår for inngrep høyrer til det frie skjønnnet eller til rettsbruken. I seinare praksis er det nok ein tendens til at dersom omsynet til rettstryggleiken taler tungt for prøving frå domstolane si side, vil ein sjå på den aktuelle vurderinga som ein del av rettsbruken. Jo sterkare vurderinga er knytt til det spesialfaglege, desto lettare vil ho bli rekna for å høyre til det frie skjønnnet.

Talet på forvaltningssaker i Høgsterett har auka, sjå over under punkt 3. Praktisk sett er domstolskontrollen med forvaltningsvedtak viktig, sjølv om sakstilfanget frå ein del forvaltningsområde for domstolane – og ikkje minst Høgsterett – er avgrensa.

Som nemnt har kontrollen domstolane utøver overfor forvaltninga, ei konstitusjonell forankring. Prøvinga av forvaltningsvedtak kan nok, i alle fall for sakleg avgrensa forvaltningsfelt, vere underlagd avgrensingar i prøvingsomfanget ut over det som elles følgjer av ein vel etablert praksis. Meir allmenne avgrensingar i prøvingskompetansen til domstolane her vil derimot neppe kunne gjennomførast utan forankring i ei ny grunnlovsføresegn.

### *Grunnlovskontrollen*

Domstolane har rett og plikt til å prøve om ei lov trør Grunnlova for nær når spørsmål om det oppstår i saker som er til behandling. Denne retten og plikta er ein del av forfatninga vår. Ved grunnlovskonflikt må lova anten tolkast innskrenkande eller setjast til side, slik at det ikkje lenger er motstrid.

Grunnlovskontrollen er avgrensa til grunnlovsspørsmål som oppstår i enkeltsaker, og er ikkje ein abstrakt kontroll av den typen som blir utøvd av mange reine konstitusjonsdomstolar. Men prejudikateffekten av avgjerdene fører til at dei får generell verknad. Grunnlovssynet vil bli lagt til grunn i andre saker. Det fører til at Høgsterett har det endelege ordet når grensene for Grunnlova skal fastsetjast. Dersom Stortinget skal få gjennomslag for ei grunnlovsforståing som avvik frå den som er lagd til grunn av Høgsterett, må Stortinget endre Grunnlova.

Prøvingsretten blei som påpeikt etablert allereie på 1800-talet. Utviklinga av denne prøvingsretten er omfattande behandla i statsrettslitteraturen. Utøvinga av prøvingsretten har gått i bølger, med ein særleg aktiv periode mellom 1910 og 1930. Etter krigen viste Høgsterett seg svært tilbakehalden ved utøvinga av prøvingsretten, noko som så seint som i 1976 fekk professor Torstein Eckhoff til å uttale: «At domstolene har myndighet til å sette til side lover som de anser for grunnlovsstridige, er helt på det rene. Men jeg tviler på at denne myndighet noen gang vil bli brukt i nevneverdig utstrekning.» (Jussens Venner, 1976 side 27). Det skulle snart vise seg at det ikkje var grunnlag for denne utsegna. I Kløftasaka, Rt. 1976 side 1, kom Høgsterett under dissens 10–7 til at nye lovreglar som hindra ein

ekspropriert i å få erstatning for salsverdien av det som blei avstått, ved at han måtte nøye seg med bruksverdien, var i strid med Grunnlova § 105.

Sidan har spørsmålet om lover er i strid med Grunnlova, komme opp med ujamne mellomrom. I enkelte tilfelle er lover blitt sette til side eller tolka innskrenkande for å unngå konflikt. I så måte var 2010 eit spesielt år med tre politisk viktige saker der dei aktuelle lovene ikkje blei tekne i bruk fordi det ville gitt grunnlovsstrid, sjå Rt. 2010 side 143, om reiarlagskattleggingsdommen, Rt. 2010 side 535, om Opplysningsvesenets fond, og Rt. 2010 side 1445, om krigsforbrytardommen. Spørsmål om grunnlovsstrid har seinast vore oppe i Rt. 2013 side 1345. Den praktiske betydninga av grunnlovskontrollen kan auke i åra framover som følgje av utvidinga av rettskatalogen i Grunnlova ved grunnlovsrevisjonen i mai 2014.

Ved fastlegginga av det reelle innhaldet av prøvingsretten til domstolane er det viktig å sjå på det graderte grunnlovsvernet og kva det har å seie at Stortinget har gitt uttrykk for at den aktuelle lova ikkje trør Grunnlova for nær. I Kløftasaka la Høgsterett til grunn ei gradering av grunnlovsvernet med føresegner til vern om fridom eller tryggleik for enkeltmenneske som den kategorien føresegner der vernet er særleg tungt, og med grunnlovsføresegner som regulerer arbeidsmåten eller den innbyrdes kompetansen til dei andre statsmaktene, i den andre enden av skalaen. Om den siste gruppa blei det uttalt at her må domstolane i vid utstrekning respektere det synet Stortinget har.

Grunnlovsføresegner til vern om økonomiske rettar blei plasserte i ei mellomstilling. Denne tredelinga er halden fast i seinare praksis, og er eit sentralt utgangspunkt ved grunnlovskontrollen.

I Kløftasaka går Høgsterett inn på kva det betyr for grunnlovsvurderinga i domstolane at Stortinget har teke stilling til grunnlovsspørsmålet. Prinsipielt kan det seiast å vere eit anna spørsmål enn grupperinga av grunnlovsføresegnene, men reint faktisk er det ein nær samanheng, slik det òg går fram av avgjerda. For mellomgruppa grunnlovsføresegner, til vern om økonomiske rettar, blei det peikt på at «Stortingets forståelse av lovens forhold til slike grunnlovsbestemmelser må spille en betydelig rolle når domstolene skal avgjøre grunnlovsmessigheten, og domstolene må vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgiverens». Førstvoterande seier vidare at han for sin del vil «vike tilbake for å konstatere grunnlovsstrid i tilfelle hvor det foreligger rimelig tvil, og hvor Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med Grunnloven». Men han legg til at «skal prøvingsretten ha noen realitet, må domstolene benytte den der de finner det hevet over rimelig tvil at loven vil føre til resultater som er i strid med Grunnloven».

Det spelerommet for skjønn som lovgivaren skal ha her, har avteikna seg i rettspraksis, sjølv om dette nok er eit område der det er nyansar i synet. Vi kan slå fast at det at det er dissens i Høgsterett – òg der Høgsterett deler seg nær midten – ikkje i seg sjølv er nok til at Stortinget sitt syn skal slå

igjennom. Det har vore forholdet i fleire plenumsavgjerder, som i Kløftasaka, Rt. 1976 side 1, og i reiarlagskattleggingsdommen, Rt. 2010 side 143. Vi må òg, mellom anna ut frå desse avgjerdene, leggje til grunn at det ikkje er tilstrekkeleg for at domstolane skal følgje grunnlovssynet til Stortinget, at Stortinget har fått greidd ut grunnlovsspørsmålet.

Dersom det skal ha noko å seie kva syn Stortinget har, blir det stilt kvalitetskrav til vurderinga, jf. utsegna i Kløftadommen om at «Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med Grunnloven». Kvalitetskravet til Stortinget si vurdering var framme i tomtefestesakene frå 2007, sjå Rt. 2007 side 1281, særleg avsnitt 76, og Rt. 2007 side 1308, særleg avsnitt 42. Der blei det, som vilkår for å tillegge grunnlovssynet til Stortinget vekt, peikt på at vesentlege konsekvensar av ei lov som framstår som problematisk i forhold til Grunnlova, må vere overskoda og det grunnlovsmessige vurdert under lovførebuinga. Dersom det ikkje går fram, kan generelle utsegner om at forholdet til Grunnlova er vurdert, ikkje tilleggjast vekt. Den aktuelle lovføresegna hadde komme seint inn under komitébehandlinga i Stortinget, og det var ikkje gjort noka grunnlovsvurdering av føresegna som tilfredsstilte kvalitetskravet.

I reiarlagskattleggingsdommen – hos fleirtalet – er det lagt til grunn at grundige utgreiingar ikkje kan tilleggjast den betydninga at grunnlovssynet til Stortinget er avgjerande når dette grunnlovssynet er tufta på eit uriktig vurderingstema. Det blir altså stilt eit kvalitetskrav som òg går på den rettslege vurderinga. Langt på veg er dette berre ein annan måte å uttrykkje reservasjonen i Kløftadommen for dei tilfella dommaren finn det heva over rimeleg tvil at lova vil føre til resultat som er i strid med Grunnlova.

Spørsmålet om kva grunnlovssynet til Stortinget har å seie, har òg vore oppe for grunnlovsføresegner som nyt det sterkaste vernet – føresegnene som skal verne om enkeltmennesket sin personlege fridom eller tryggleik. I Kjusdommen frå 1997, Rt. 1997 side 1821 – sjå side 1831, og i krigsforbrytarsaka frå 2010, Rt. 2010 side 1445 avsnitt 91, blei det lagt til grunn at eventuelle føresetnader hos lovgivaren om det grunnlovsmessige i straffeføresegner som innskrenkar yringsfridommen, og i straffeføresegner som verkar tilbake, vanskeleg kunne tilleggjast vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet.

Vi kan trygt slå fast at med den tredeling som er lagd til grunn i praksis, og med dei vilkåra som er stilte opp for å tillegge Stortinget sitt syn på grunnlovsspørsmålet avgjerande vekt, er domstolane – Høgsterett – sin kontroll med det grunnlovsmessige i lover ein praktisk realitet. Kontrollen kan gi resultat som grip sterkt inn i det politiske vedtaket lova inneber.

Prøving av om lover er grunnlovsmessige, har, som eg har påpeikt, ei konstitusjonell forankring. Dei materielle sidene ved denne kontrollen kan ikkje regulerast ved lov. Derimot kan ein ved lov gi reglar om behandlingsmåten, som samansetnaden av rettane, særlege krav til grundig behandling, mv. Materielle avgrensingar når det gjeld retten til å prøve, og også andre avgrensingar som i praksis vanskeleggjer kontrollen i stor grad, må i tilfelle fastsetjast ved grunnlovsføresegn.

#### *Kontrollen mot menneskerettskonvensjonane. Internasjonaliseringa*

Praktisk viktigare enn grunnlovskontrollen har vore den kontrollen domstolane utøver med at lovgivinga ikkje strir mot dei menneskerettskonvensjonane som er inkorporerte med forrang framfor anna lovgiving gjennom menneskerettslova av 1999. Denne kontrollen var også ein realitet før inkorporeringa ved menneskerettslova. Påverknaden frå EMK var merkbar frå starten av 1990-talet, først på straffeprosessområdet. Praksis frå Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) gjorde det mellom anna klart at retten påtalemakta hadde til å dokumentere frå politiforklaringar der den sikta ikkje hadde høve til å avhøyre vitnet, måtte avgrensast samanlikna med det som elles følgde av reglane i straffeprosesslova. Eit anna område der påverknaden frå EMD blei tydeleg, var injurieretten. I fleire avgjerder kom EMD til at norsk høgsterettspraksis der det blei tilkjent erstatning for ærekrenkjande utsegner i media, krenkte yringsfridomsføresegna i EMK artikkel 10. Høgsterett la derfor om praksisen og følgde den forståinga av konvensjonen som EMD har bygd på. Det inneber ei tolking av injurieføresegnene som avvik frå ordlyden i dei og i føresetnadene til Stortinget som lovgivar.

Den internasjonaliseringa av norsk rett som bruken av EMK i 1990-åra var opptakten til, auka og blei langt viktigare gjennom inkorporeringa av grunnleggjande menneskerettskonvensjonar ved menneskerettslova i 1999. Kontrollen er blitt meir direkte, og det er etter kvart mange eksempel på at lover er blitt sette til side eller tolka innskrenkande for å unngå konflikt med konvensjonen. Det har til dels vore på svært praktiske område som skatte- og avgiftsretten, der høvet til å gi både administrativ tilleggsskatt og ein sanksjon i form av «vanleg» straff for same forhold er blitt sterkt avgrensa.

Det er EMK som har hatt mest å seie på den måten at anna norsk lov er blitt sett til side eller tolka innskrenkande for å unngå konflikt. Men påverknaden frå dei andre inkorporerte menneskerettskonvensjonane er òg merkbar. Som eksempel kan eg vise til Rt. 2008 side 1764 og Rt. 2008 side 1783, som gjeld vedtak om å nekte ankar fremma, og krava til grunngeving i den samanhengen. Krav til grunngeving som avvik frå det som elles skulle følgje av straffeprosesslova, blei forankra i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettar (SP) artikkel 14 nr. 5, slik denne føresegna er forstått av FNs menneskerettskomité. Påverknaden frå FNs barnekonvensjon på forståinga og bruken

av anna lovgiving har òg vore viktig – mellom anna har omsynet til «barnets beste» i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 stått sentralt ved vurderinga av bruk av samfunnsstraff som alternativ til fengselsstraff for personar under 18 år, sjå Rt. 2010 side 1313. Ved grunnlovsrevisjonen 13. mai 2014 blei omsynet til «barnets beste» nedfelt i Grunnlova § 104 andre ledd. Det er neppe nokon dristig spådom at påverknaden frå dei inkorporerte menneskerettskonvensjonane på bruken og forståinga av anna lovgiving kjem til å auke i åra framover.

Kontrollen med at lover er i samsvar med folkerettslege reglar som er inkorporerte i norsk lov og med forrang framfor anna lovgiving, hadde fram til grunnlovsrevisjonen i mai 2014 inga spesiell konstitusjonell forankring ut over den tidlegare § 110 c i Grunnlova om at statlege styresmakter har plikt til å «respektere og sikre Menneskerettighetene». Kontrollen var eit utslag av at domstolane må sørge for at lovregelen som skal brukast, ikkje er i strid med ein trinnhøgare regel. Men Stortinget kunne ved lov fjerne trinnhøgdeforskjellen og bestemme at forrangsregelen ikkje skulle gjelde i forhold til den aktuelle lova eller meir generelt. I den nye § 92 i Grunnlova er det fastsett at «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Det er altså no slått fast i Grunnlova at menneskerettar i traktatar som Noreg er bunde av, skal respekterast og sikrast. Kontrollen med at menneskerettskonvensjonane blir etterlevde, har dermed fått ei direkte forankring i Grunnlova. Ei rekkje av dei rettane som følgjer av menneskerettskonvensjonane, blei elles tekne inn i Grunnlova ved grunnlovsrevisjonen i mai 2014. Utgangspunktet ved kontrollen av at desse rettane blir følgde, vil no vere grunnlovsføresegnene, men forståinga av dei parallelle konvensjonsføresegnene og praksis i tilknytning til dei vil vere heilt sentrale tolkingsfaktorar.

Høgsterett og dei andre domstolane kontrollerer også at EØS-rettslege forplikingar og rettar blir følgde. Norske domstolar har plikt til å utvise lojalitet overfor EØS-retten, sjå Rt. 2000 side 1811 (side 1827–28). Det er ei plikt Høgsterett i høg grad er seg bevisst. Det er også ei forrangsføresegn i EØS-lova § 2, der ei lov som tener til å oppfylle forplikingane våre etter EØS-avtalen, i tilfelle konflikt skal gå framfor andre føresegner som regulerer same forhold. Tilsvarende går forskrifter som er gitt til oppfylling av forplikingane, framfor andre forskrifter. Ved fastlegginga av EØS-rettslege forplikingar vil praksis frå EFTA-domstolen og EU-domstolen stå heilt sentralt. Eit eksempel på kontroll av EØS-rettslege forplikingar frå Høgsterett si side gir allmenngjeringsdommen i Rt. 2013 side 259. Påverknaden frå EØS-retten går i praksis langt vidare enn dei EØS-rettslege forplikingane våre skulle tilseie. Eit eksempel her gir dommen om aldersdiskriminering i Rt. 2012 side 219, sjå nedanfor under punkt 6.

Eit helt sentralt ledd i internasjonaliseringa av norsk rett er påverknaden frå dei internasjonale avgjerdsorgana. EMD er den sentrale fortolkaren av EMK. Høgsterett legg til grunn at den konvensjonsforståinga som EMD byggjer på, skal følgjast. Situasjonen er langt på veg parallell når det gjeld EØS-retten. Som eg har påpeikt, vil avgjerder frå EFTA-domstolen og EU-domstolen stå heilt sentralt ved fastlegginga av forpliktingane våre etter EØS-retten. Ei rekkje lover er gitt for å gjennomføre reglar gitt av EU i norsk rett. Det har da vore ein føresetnad at innhaldet i lova skal svare til det aktuelle direktivet som blir gjennomført, og gjerne òg slik at ei rettsutvikling i forståinga av direktivet skal reflekterast i den framtidige bruken av lova. I eit slikt tilfelle vil reelt sett ein praksis frå EFTA-domstolen eller EU-domstolen som innhaldsmessig avklarar direktivet på det aktuelle punktet, bli følgd av Høgsterett.

Eit eksempel på det gir dommen om aldersdiskriminering i Rt. 2012 side 219. Noreg hadde valt å implementere EUs rådsdirektiv 2000/78/EF om generelle rammevilkår om likebehandling i arbeidslivet, sjølv om Noreg ikkje var forplikta til det etter EØS-avtalen. Det blei lagt til grunn at ved prøvinga av om ein nasjonal regel er omfatta av unntaka frå diskrimineringsforbodet i direktivet, måtte norske domstolar som utgangspunkt vurdere spørsmålet på sjølvstendig grunnlag på bakgrunn av dei same rettskjeldene som ville vore aktuelle dersom spørsmålet hadde blitt lagt fram for EU-domstolen – avsnitt 45 i dommen. Ut frå dette blei avgjerda i EU-domstolen i den såkalla Priggedommen avgjerande for tolkinga av diskrimineringsforbodet i arbeidsmiljølova § 13-3, sjå Rt. 2012 side 219 avsnitt 47 flg.

Norske domstolar tek sjølvstendig sikte på å bruke EØS-rett på ein korrekt måte – i alle fall kan eg bestemt seie at Høgsterett har det som ambisjon. Ein reiskap i denne samanhengen er høvet til å be om rådgivande fråsegn frå EFTA-domstolen. Reglane her er annleis enn dei reglane som gjeld for spørsmål til EU-domstolen frå domstolane i EU-landa. Det er ei vidtgåande plikt for dei øvste domstolane i EU-landa å spørje og ei klar plikt å følgje den rettsoppfatninga som kjem til uttrykk i svaret frå EU-domstolen. Etter avtalen mellom EFTA-statane om å opprette eit Overvakingsorgan og ein Domstol kan den nasjonale domstolen be EFTA-domstolen om «en rådgivende uttalelse» når den nasjonale domstolen «finner at en uttalelse er nødvendig før den avsier sin dom» (artikkel 34). Det er altså ei rådgivande fråsegn EFTA-domstolen kan gi. Å be om ei slik fråsegn er opp til den nasjonale domstolen, og da først og fremst ut frå ei vurdering av kva eit forsvarleg rettsleg grunnlag krev her. Ei fråsegn frå EFTA-domstolen skal tilleggast vesentleg vekt – sjå nærmare Høgsteretts plenumsdom i Rt. 2000 side 1811 på side 1820. Men det følgjer også av dommen på same stad at sidan fråsegna er «rådgivende», har Høgsterett «myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for Høyesteretts avgjørelse», sjå òg Rt. 2013 side 259 avsnitt 93 og 94.

Eg har no vore inne på dei internasjonale domstolane som ved sine avgjerder og fråsegner har størst påverknad på norsk rett. Men det er òg ei rekkje andre internasjonale domstolar, komitear mv. som ved sine avgjerder og fråsegner utan tvil vil gi viktige rettskjelder i saker for norske domstolar. Også dei konvensjonane ut over EMK som er inkorporerte ved menneskerettslova, vil gjerne ha komitear etablerte gjennom konvensjonen som i alle fall har kompetanse til å gi fråsegner om forståinga av konvensjonane, men dels også kompetanse til å behandle klagar frå individ som meiner seg utsette for konvensjonskrenkingar. Nokså generelt må det kunne seiast at fråsegner og avgjerder frå desse komiteane vil ha stor vekt når norske domstolar bruker dei aktuelle konvensjonane. I Rt. 2008 side 1764 la Høgsterett i storkammer til grunn at ei konvensjonstolking som er gjord av FNs menneskerettskomité, må ha «betydelig vekt som rettskilde», sjå avsnitta 75–81. I Rt. 2009 side 1261 avsnitt 35–44 blir det drøfta kva dei generelle kommentarane frå FNs barnekomité til barnekonvensjonen betyr som rettskjelde. Det vil mellom anna vere avhengig av siktemålet med og bakgrunnen for fråsegna, jf. òg plenumsdommen i Rt. 2012 side 1985 avsnitt 136.

Det er også ei rekkje andre internasjonale domstolar, tribunal og komitear som uttaler seg om forståinga av rettskjelder som kan bli trekte inn i saker for norske domstolar. Å seie noko generelt om vekten av dei er vanskeleg. Men dersom det er komitear som er oppretta i samsvar med konvensjonane, og konvensjonane er ratifiserte av Noreg, må fråsegnene i utgangspunktet i alle fall ha ei viss vekt. I nokre tilfelle er det heilt klart at avgjerder frå internasjonale domstolar må tilleggast stor vekt. Det vil for eksempel gjelde for avgjerder i Den internasjonale straffedomstolen eller i Jugoslavia- eller Rwanda-domstolen når det gjeld kva som er omfatta av forboda mot folkemord, brotsverk mot menneskja og krigsbrotsverk.

#### 7 Høgsterett som politisk organ. Forholdet til dei andre statsmaktene

I tilknytning til utøvinga av kontrollfunksjonane til Høgsterett kan det vere grunn til å seie noko om det som har vore debattert i mykje av den tida Høgsterett har vore verksam, nemleg om Høgsterett har ein politisk funksjon. På det spørsmålet er svaret mitt eit klart ja – og med ei understreking av at slik skal og må det vere. Her skal eg berre gå inn på nokre hovudpunkt, og må elles vise til artikkelen min om temaet i Lov og Rett 2011 side 319.

Det er Stortinget som gir lover. At det er politisk verksemd – ja, kjernen i politikken – er neppe nokon ueinig i. Lovgivinga skaper rettar og set grenser for kva vi kan gjere. Men ein slik funksjon i å skape rett og plikt har også Høgsterett – sjølv om det sjølv sagt må skje innanfor ramma av lovgivinga.

Ikkje få lovføresegner har ein ordlyd som etterlèt tvil om korleis dei er å forstå. Det kan vere brukt sterkt skjønsmessige uttrykk som opnar for val frå domstolane si side, eller lovføresegna kan vere



uklar med omsyn til bruksområdet, for eksempel om føresegna i visse situasjonar skal brukast analogisk eller antitetisk. Saker blir fremma for Høgsterett nettopp for å få rettsavklaring i slike tilfelle. Fordi det rettslege synet Høgsterett legg til grunn i avgjerdene sine, skal følgjast av domstolane i andre saker der tilsvarande rettslege spørsmål oppstår, får det rettslege synet til Høgsterett allmenn verknad, langt på veg på same måte som om dette synet hadde komme til uttrykk i ei lovføresegn.

Somme gonger er den rettsavklarande og rettsskapande funksjonen så beskjeden, og kanskje også så opplagd, at han ikkje er lett å få auge på. Andre gonger er han tydeleg, som for eksempel i løgndetektordommen i Rt. 1996 side 1114, der det blei etablert eit forbod mot å bruke løgndetektortest som bevismiddel i straffesaker.

Høgsterett står ikkje fritt i tolkingsval og rettsutvikling. Særleg forarbeida til dei aktuelle lovføresegnene kan gi klare føringar i retning av den konkrete løysinga, eller dei kan gi meir generell rettleiing gjennom formålet med og tanken bak lova eller lovføresegna. Men det kan òg vere eit vidare spelerom for Høgsterett som rettsbrukar der reelle omsyn og verdival kjem sentralt inn. Jo sterkare slike element inngår i rettsbruken, desto tydelegare blir likskapen med dei politiske vala lovgivaren gjer når lovreglar blir utforma.

Verknadene av ein del av avgjerdene i Høgsterett har også ein klar politisk dimensjon. Det er særleg tydeleg i saker som gjeld kontrollen med dei andre statsmaktene – kontrollen med at lover er i samsvar med Grunnlova, dei inkorporerte menneskerettane og forpliktingane etter EØS-avtalen. Det politiske elementet kan òg vere til stades når forvaltningsvedtak skal prøvast. Kontrollen av dei andre forfatningsorgana fører til at viktige sider ved maktutøvinga deira blir overprøvde, og at politiske vedtak kan bli sette til side. Domstolane – og i prinsipielle saker i praksis Høgsterett – kan altså, innanfor dei rettslege rammene for kontrollen, gripe inn i politiske vedtak.

Det kan verke dramatisk når ei lov blir sett til side som grunnlovsstridig. Da blir det klart at Høgsterett gjennom grunnlovskontrollen er overordna Stortinget. Dramatikken blir spesielt tydeleg når lova som blir sett til side, er blitt til etter hard politisk strid og Stortinget har delt seg nær midten, og vi også får ei avgjerd i Høgsterett under sterk dissens. Avgjerder som det er nærliggjande å peike på i ein slik samanheng, er mellom andre reiarlagskattleggingsdommen, Rt. 2010 side 143 og eit godt stykke på veg også dommen seinare i 2010 om tomtefeste under Opplysningsvesenets fond, Rt. 2010 side 535.

Men sjølv om Høgsterett har ein politisk funksjon, er det klare forskjellar mellom denne funksjonen og den politiske rolla Stortinget og regjeringa har – først og fremst i omfang og i dei rettslege rammene. Derfor er det nokså meningslaust å trekkje slutningar frå merkelappen «politisk» om

Høgsterett utan å analysere nærmare dei funksjonane Høgsterett har. Vidare er det grunn til å streke under at det at Høgsterett har ein politisk funksjon, ikkje på nokon måte inneber at Høgsterett overskrid dei forfatningsmessige grensene for verksemda si og illegitimt trer inn på lovgivaren sitt område. Det gjer ikkje Høgsterett, og det er i det heile ikkje noko illegitimt i det som kan karakteriserast som «politisk» ved den dømmende verksemda til Høgsterett. Denne verksemda skjer innanfor den maktutøvinga Grunnlova og lovene legg til domstolane. Og det må strekast under: Det er inga side ved verksemda til Høgsterett det er grunnlag for å karakterisere som partipolitisk.

At Høgsterett har ein politisk funksjon, inneber at Høgsterett kan oppfattast som ein «konkurrent» til dei «eigentlege» politiske forfatningsorgana våre – Stortinget og regjeringa. Det ligg nær å spørje om dei politiske sidene ved oppgåvene til Høgsterett gir grunnlag for konflikhtar mellom Høgsterett og regjering og storting. I det store og heile må svaret på det bli nei. Generelt er det i dei politiske miljøa forståing for dei oppgåvene domstolane og særleg Høgsterett har, og at desse oppgåvene kan og vil føre med seg at avgjerdene i Høgsterett i enkelte tilfelle grip inn i politiske vedtak.

Men frå tid til anna oppstår det spenningar i forholdet mellom Høgsterett og dei to andre statsmaktene – også med utgangspunkt i kontrolloppgåvene til Høgsterett. Det var merkbart etter plenumsdommane i 2010, spesielt etter reiarlagskattleggingsdommen, Rt. 2010 side 143. Men også dei to andre dommane – dommen om Opplysningsvesenets fond, Rt. 2010 side 535, og krigsforbrytarsaka, Rt. 2010 side 1445 – streka under den avgjerande rolla Høgsterett har i grunnlovsfortolkinga, på ein måte som det for enkelte nok var vanskeleg å akseptere.

Også lovtolking og regelbruk i saker som ikkje gjeld kontrolloppgåvene, skaper frå tid til anna spenning i forholdet til regjering og storting. Dei klaraste eksempla på det har vi hatt ved straffutmåling på enkelte rettsfelt. Spenningane har i stor utstrekning komme av misnøye hos politikarar med at Høgsterett ikkje har teke «politiske signal» – gitt for eksempel i budsjettproposisjonar – om at straffenivået må opp for visse typar brotsverk. Høgsterett har konsekvent teke det standpunktet at dersom politiske standpunkt om straffutmåling skal ha vekt, må Stortinget gi uttrykk for det som lovgivar – sjå nærmare om dette spørsmålet i Magnus Matningsdal, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvitenskap 2010 side 251. Men dersom Stortinget i samanheng med lovarbeid har gitt til kjenne eit syn på straffenivået, har Høgsterett lagt til grunn at dette synet skal følgjast lojalt, sjå Rt. 2009 side 1412 avsnitt 22 – sjå nærmare nedanfor under punkt 8.

Det har særleg vore reist spørsmål om den politiske funksjonen utøvinga av kontrollen med lovgivinga opp mot Grunnlova inneber, bør få konsekvensar for utnemninga og utveljinga av dommarar til Høgsterett. Dette kjem eg tilbake til nedanfor under punkt 8.

## 8 Høgsterett skal vere uavhengig

Domstolane – og sjølvstøtt Høgsterett – skal vere uavhengige i den dømmende verksemda. Innblanding og forsøk på å påverke utfallet av konkrete saker, for eksempel frå politiske organ eller miljø, skal ikkje skje. I saker der det offentlege er part, opptretr som partshjelpar etter tvistelova § 15-7 første ledd bokstav b eller opptretr etter tvistelova § 30-13 i saker om Grunnlova eller internasjonale forpliktingar, kan sjølvstøtt det offentlege gjere sitt syn gjeldande og i den forstand prøve å påverke utfallet av saka. Men det blir innanfor rammene av prosesslovgivinga, og dette synet skal da gjerast gjeldande av prosessfullmektigen og slik at motparten har høve til kontradiksjon. Det offentlege sitt syn skal ikkje målberast for eksempel av vedkommande statsråd gjennom media. For politikarar i ansvarlege posisjonar er det tradisjon at dette blir følgt. Noko heilt anna er det at det kan bli retta kritikk mot domstolane etter at den endelege avgjerda er teken. Det set ikkje sjølvstøttet til domstolane i fare, og det er i utgangspunktet sjølvstøtt at politikarar må kunne rette kritikk mot avgjerder som er endelege.

At domstolane og dommarane skal vere uavhengige – og upartiske – har no, etter grunnlovsrevisjonen i mai 2014, ei direkte forankring i Grunnlova § 95, sjå under punkt 4. Paragraf 95 er dels ei rettsføresegn for partar til å få saka si behandla av ein uavhengig og upartisk domstol, jf. EMK artikkel 6. nr. 1 og SP artikkel 14. nr. 1. Dels er paragrafen eit pålegg til statsmaktene om å sikre at domstolane er uavhengige og upartiske. Pålegget gir mellom anna føringar for utforming av regelverk, tildeling av ressursar og praktisk tilrettelegging for den dømmende verksemda.

Det er først og fremst i behandlinga av enkeltsaker det er avgjerande at domstolane er uavhengige. At domstolane ikkje kan vere institusjonelt uavhengige av dei andre statsmaktene, er sjølvstøtt. Tvert imot må og skal domstolane i stor grad vere institusjonelt avhengige av Stortinget og regjeringa. Det er Stortinget som etter Grunnlova har myndigheit til å vedta lover. Regjeringa fremmar forslag til lovgiving, og regjeringa og også andre forvaltningsorgan vil ofte ha delegert myndigheit til å gi supplerande reglar.

Også gjennom forarbeida til lovene kan Stortinget påverke dei materielle reglane som domstolane må byggje på. Som eksempel kan eg vise til storkammeravgjerda i Rt. 2009 side 1412. Ved lov 19. juni 2009 nr. 74 blei det gitt reglar til den spesielle delen i straffelova av 2005. I forarbeida her, mellom anna til ulike typar alvorlege integritetskrenkingar, blei det gitt uttrykk for at straffenivået måtte betydeleg opp. Dels var det gjort med generelle fråsegner som at straffenivået for «de mest integritetskrenkende handlingene» skulle opp med ein tredjedel. Dels var det gjort ved å vise til avgjorde saker, og da slik at det blei opplyst kva straff som blei utmålt i dommen, og kva straff det ville vore korrekt å utmåle etter straffelova av 2005. Høgsterett uttalte i den nemnde dommen

avsnitt 22: «Ved å gå frem på denne måten har lovgiverne gått langt i å gi til dels detaljerte retningslinjer for straffutmålingen i lovforarbeidene. Det er ingen tvil om at når straffeloven av 2005 trer i kraft, så plikter domstolene å legge til grunn et straffenivå slik det er kommet til uttrykk i lovens forarbeider.» Når eit slikt høgare straffenivå ikkje blei lagt til grunn i den aktuelle saka, var det fordi den straffbare handlinga var utført før dei nye lovreglane blei vedtekne. Forbodet i Grunnlova § 97 mot at lover skal ha tilbakeverkande kraft, var da til hinder for å ta i bruk det nye og høgare straffenivået. Men sjølve prinsippet, at utsegner i forarbeida som må reknast som uttrykk for vilje frå lovgivaren, skal ha ein heilt sentral plass ved bruken av lova, blei det ikkje stilt spørsmål ved – tvert imot. Utsegnene i forarbeida har da også vore følgde i ei rekkje saker.

Dette rettslege rammeverket, ved lover, forarbeid til lover og forskrifter, må domstolane følgje i den dømmende verksemda si, med mindre det unntaksvis er grunnlag for å setje til side eller tolke reglane innskrenkande for å unngå strid med ein trinnhøgare regel. Men det at domstolane må dømme innanfor lovgivinga, er ein viktig del av rettsstaten og ingen trussel mot den uavhengige rolla domstolane må og skal ha.

Men andre sider ved maktutøvinga frå Stortinget og regjeringa si side overfor Høgsterett reiser spørsmål om ikkje Høgsterett i nokon grad må vere institusjonelt uavhengig. Stortinget har etter Grunnlova den løyvande myndigheita. Det er Stortinget som, etter forslag frå regjeringa, fastset kva midlar som skal stillast til disposisjon for domstolane. I utgangspunktet skaper ikkje det noko problem for den uavhengige rolla domstolane har. Budsjett gir ikkje føringar for løysinga av enkeltsaker. Det er likevel klart at dei ressursane som blir stilte til disposisjon for domstolane, påverkar i kor stor grad domstolane er i stand til å løyse oppgåvene sine. Domstolane kan ikkje krevje å vere upåverka av budsjettsituasjonen. Men det er viktig at Stortinget er seg bevisst spørsmålet om rettstryggleik, både når det gjeld sivile saker og straffesaker, slik at saker kan behandlast og avgjerast på ein god og rask måte. Dette er ei side ved tilliten til domstolane som er viktig i ein rettsstat som vår. Vidare er det nødvendig at Stortinget ved tildelinga av ressursar til domstolane tek omsyn til at domstolane har kontrolloppgåver overfor dei to andre statsmaktene. Det vil for eksempel bryte med dei omsyna som ligg bak kontrollen med forvaltninga, om ressursane til domstolane blir slik at dei som får eit vedtak av eit offentleg myndigheitsorgan mot seg, ikkje kan få prøvd gyldigheita av det innan rimeleg tid.

Høgsterett har sitt eige budsjettkapittel. Det er naturleg av fleire grunnar, mellom anna er oppgåvene delvis andre enn for dei andre domstolane, jf. her ansvaret Høgsterett har for rettsavklaring og rettsutvikling, den særlege stillinga Høgsterett har som kontrollør overfor dei andre statsmaktene, og plasseringa Grunnlova gir Høgsterett som forfatningsorgan.

Det er Stortinget som fastset lønna for dommarane i Høgsterett, utan at lønnsfastsetjinga er forankra i behandling i eit uavhengig utval på førehand. Etter mi meining er det grunn til å stille spørsmål om dette prinsipielt er ei god ordning med tanke på å sikre at Høgsterett skal vere uavhengig. Høgsterett har, som eg har vore inne på, viktige kontrolloppgåver overfor Stortinget, kontrolloppgåver som kan medføre at lovgiving det står ein sterk politisk lovgivarvilje bak, kan bli sett til side. Også kontrollen med forvaltningsvedtak kan etter omstenda bli oppfatta å ha ei side mot Stortinget, eller i alle fall mot den delen av Stortinget som utgjør det parlamentariske grunnlaget for regjeringa. Det kan vere situasjonen der vedtaket som blir prøvd, er gjort etter drøftingar i regjeringa. At den kontrollerte etter eige skjønn fastset lønna til kontrolløren, vil i dei fleste andre samanhengar bli sett på som uhaldbart. Eg har ingen grunn til å tru at lønnsfastsetjinga har vore påverka av at Høgsterett utøver kontroll med lovgivinga til Stortinget, eller at Høgsterett har late seg påverke av det i avgjerdene sine, men eg kan ikkje sjå at det er urimeleg om problemstillinga blir reist. Etter mi meining bør dette løysast ved at det – slik som ved Stortinget si eiga lønnsfastsetjing – blir oppnemnt eit rådgivande utval med ein uavhengig og kompetent samansetnad for å gi Stortinget råd om lønnsfastsetjinga for dommarane i Høgsterett, også med tanke på å få fastsett lønna slik at rekrutteringa av dommarar kan skje på eit tilstrekkeleg breitt og fagleg fullgodt grunnlag.

Det har vore reist spørsmål om Stortinget bør delta i utnemningsprosessen for dommarar i Høgsterett, ved høyringar av aktuelle kandidatar og også ved godkjenning av den som skal utnemnast. Dette har delvis vore grunnlagt i synspunkt om at Høgsterett driv politikk. Eg har under punkt 7 vore inne på at Høgsterett har ein politisk funksjon. Eg kan ikkje ut frå det som er grunnlaget for denne politiske funksjonen, sjå at Stortinget bør godkjenne utnemninga av nye dommarar til Høgsterett. Da kan vi risikere at vi får partipolitiske utnemningar i den forstand at Stortinget deler seg etter partilinjer ved avrøystinga. Dommarane i Høgsterett kan da oppfattast å ha partipolitisk tilhøyrsløse og ikkje vere fullt ut uavhengige. I det lange løp kan det øydeleggje den tilliten Høgsterett og domstolane i dag nyt som uavhengige og objektive konfliktløysarar.

Høyringar i Stortinget av aktuelle kandidatar er etter mi meining heller ingen god idé. Det kan ha negative konsekvensar for rekrutteringa og dermed for kvaliteten på dommarsamansetnaden – noko som også har ei side mot det å vere uavhengig.

Spørsmålet om institusjonelt sjølvstende for Høgsterett oppstår òg i forhold til Domstoladministrasjonen (DA). Opprettinga av ein uavhengig domstoladministrasjon var prinsipielt viktig og riktig og i tråd med ein internasjonal trend for å styrkje den uavhengige stillinga til domstolane. Med ansvar for fellesadministrative sider ved verksemda til domstolane er det klart at DA i stor grad kan og skal påverke verksemda ved domstolane.

DA skal ikkje gripe inn i eller gi føringar for behandlinga av enkeltsaker for domstolane. Gjennom kompetansearbeid – i samarbeid med dommarane – skal det skje kompetanseoppbygging i rettsspørsmål. Det er ein både legitim og nødvendig påverknad, men ut over det skal DA ikkje involvere seg i rettsavgjerdene til domstolane. Det er ikkje akseptabelt om DA ved sine representantar eller organ argumenterer for at saker eller sakstypar som er aktuelle for domstolane, bør løysast på bestemte måtar – for eksempel at domstolane må dømmе til strengare straffer for visse kategoriar av brotsverk. Dersom nokon skal gi den typen føringar – ut over dei som blir gitt ved lovgiving – er det Høgsterett gjennom dei dommane Høgsterett seier.

Høgsterett har gjennom den særlege posisjonen og rolla dei har, administrativt hatt ein utprega grad av sjølvstende. Det er ikkje noko i dei forarbeida mv. som leia fram til opprettinga av DA, som tilseier at det skulle endrast, og stort sett har også DA lagt ei slik oppfatning til grunn. Men det er i alle fall eitt viktig unntak frå dette. DA har ønskt å ha kompetanse til å kunne overprøve nektinga av sidegjere mål for høgsterettsdommarar. Bruk av ein slik overprøvingskompetanse kunne innebære at eit sidegjere mål Høgsterett fann uakseptabelt ut frå omsynet til arbeidet i eller tilliten til Høgsterett, likevel blei tillate ved eit vedtak av eit organ utanfor Høgsterett. Det kunne skape ein uholdbar situasjon. Det forstod storting og regjering, og den endelege vedtakskompetansen er ved lov lagd til justitiarius.

Da den sentrale administrasjonen av domstolane låg under Justisdepartementet, var tilsyn med og disiplinærtiltak overfor dommarar i praksis fråverande. Det var – nettopp ut frå behovet for å vere uavhengig i forhold til den utøvande makta – svært forståeleg at departementet her viste stort atterhald. Det er no – gjennom reglane i domstollova kapittel 12 – etablert eit uavhengig tilsynsutval for klagar og disiplinærtiltak overfor dommarar. Slik det er organisert, og med dei behandlingsreglane som er gitt, synest dette rimeleg balansert også ut frå omsynet til institusjonelt sjølvstende for Høgsterett.

Innstillingsrådet for dommarar spelar ei viktig rolle også ved utnemningar av dommarar i Høgsterett. Det er vanskeleg å sjå at det er problematisk med tanke på institusjonelt sjølvstende for Høgsterett. Sjølv om Høgsterett er og bør vere involvert i utnemningsprosessen for nye dommarar, kan det ikkje vere slik at Høgsterett skal ha hand om kven som skal utnemnast. Eg kjem tilbake til sider ved utnemningsprosessen, mellom anna kva rolle Innstillingsrådet har, nedanfor under punkt 9.

Omsynet til sjølvstende for Høgsterett – i alle fall omsynet til vern mot forsøk på utilbørleg påverknad av saker til behandling – når lenger enn til vern mot innblanding frå andre myndighetsorgan. Som andre domstolar er Høgsterett utsett for forsøk på påverknad gjennom innlegg og synspunkt i ulike media. Ytringar om saker som verserer, er i utgangspunktet ein del av den alminnelege

ytringsfridommen, og bør vere det. At innlegg i media kan vere eigna til å påverke, er ikkje tvilsamt. Men det er i alle fall ei bevisstheit i domstolane, og ikkje minst i Høgsterett, om at synspunkt som er fremma utanfor sjølve prosessen, ikkje er noko det skal leggjast vekt på ved avgjerda.

## 9 Samansetnad, rekruttering og utnemningsprosess

Høgsterett er ved 200-årsjubileet breitt samansett både når det gjeld kvar dommarane kjem frå i landet, kvar dei er utdanna, kvar dei har hatt yrkeskarrieren sin, og frå kva delar av den juridiske profesjonen dei har praksis. Det er ei god fordeling mellom dommarar som hovudsakleg har bakgrunn frå privat verksemd, og dei som har det meste av praksisen sin frå offentleg verksemd. Sju av dei 20 dommarane i Høgsterett er kvinner. Ved jubileet er dommarane mellom 48 og 69 år.

Enkelte land har eit system der det blir rekruttert til dei øvste domstolane gjennom «kalling». Det inneber at utnemningsmyndigheita vender seg til den personen dei ønskjer til embetet – kanskje etter å ha innhenta råd frå domstolleiaren i den aktuelle domstolen, eventuelt frå andre. Dette blir ein lukka prosess, og det er ofte ein snever krets eller eit snevert miljø som da bestemmer dommarrekrutteringa. I europeiske land er det elles ein tendens i retning av å gå bort frå slike lukka rekrutteringsordningar. Som eksempel kan eg nemne Sverige, som no har avvikla systemet med kalling til dei høgaste dommarembeta.

Som andre embete blir dommarembete i Høgsterett utlyste når det er eit ledig. Interesserte må søkje innan den fristen som er sett. Søknader som kjem inn etter fristen, blir ikkje aksepterte. Søknaden skal sendast til Domstoladministrasjonen, som sekretariat for Innstillingsrådet for dommarar. Innstillingsrådet gir ei grunnleggjande innstilling til Justis- og beredskapsdepartementet om – i utgangspunktet – tre kvalifiserte søkjarar. Det er reglar i domstolova §§ 55 a flg. om samansetnaden av og behandlinga i Innstillingsrådet. Det er også gjort nærmare greie for behandlinga og viktige omsyn ved vurderinga av kandidatane under Innstillingsrådet på DAs heimeside, [www.domstoladministrasjonen.no](http://www.domstoladministrasjonen.no). Innstillingsrådet offentleggjer innstillinga – rangeringa av kandidatane – men ikkje grunngevinga for rangeringa. Som ledd i behandlinga blir aktuelle kandidatar intervjuet, og det blir innhenta opplysningar frå oppgitte referansar. Ved intervjuet deltek representantar for Innstillingsrådet, justitiarius og ytterlegare ein dommar frå Høgsterett – fortrinnsvis den eldste dommaren.

Etter domstolova § 55 b gir «høyesterettsjustitiarius muntlig eller skriftlig uttalelse direkte til departementet etter at Innstillingsrådet har avgitt sin innstilling». Reelt sett – og i samsvar med det som i alle fall i fleire tiår har vore praksis – er dette ei utsegn frå dommarkollegiet i Høgsterett ved justitiarius til justisministeren. Det skjer ei formell drøfting i dommarkollegiet av kva for kandidatar

som er kvalifiserte. Der fleire står ganske likt når det gjeld kvalifikasjonar, kan situasjonen vere at nettopp dette blir påpeikt, utan at det blir gjort noka rangering. Der éin, eventuelt eit par søkjarar, peiker seg særleg ut, er det naturleg å nemne det. Dersom det er ulike meiningar i dommarkollegiet, kjem det til uttrykk i fråsegna. Fråsegna fr  Høgsterett blir offentleggjort. Sidan Innstillingsrådet i si noverande form blei etablert, har det ikkje vore ueinigheit mellom Innstillingsrådet og Høgsterett om kven som bør utnemnast til dommar i Høgsterett, og regjeringa har følgt dei r da som har vore gitt.

Talet på søkjarar til ledige embete varierer ein god del. Til ei utlysing av eitt embete i 2013 melde det seg ingen søkjarar. Ved utlysing av to embete eit år seinare, våren 2014, var det 12 søkjarar – fleire av dei svært godt kvalifiserte. Grunnen til at det ikkje melde seg søkjarar ved utlysinga i 2013, er nok samansett. Men det var eit sterkt kj nnsfokus ved denne utlysinga. Det var embetet etter ein kvinneleg dommar som var ledig, og mange i det juridiske miljøet meinte det tilsa at ei kvinne ville bli utnemnd. Det kan ha halde både menn og kvinner borte fr  å s kje – menn fordi dei rekna med ikkje å nå opp, kvinner fordi dei sjølvsagt ønskjer å bli vurderte og utnemnde ut frå fagleg kompetanse og ikkje fordi dei er kvinner.

Etter mitt skjønn var det ikkje faktisk grunnlag for eit slikt kj nnsfokus. Rettsleg kan ikkje søkjarar stillast ulikt på grunn av kjønn, og i det offentlege gjeld eit ulovfesta prinsipp om at den best kvalifiserte skal tilsetjast, jf. Rt. 2014 side 402 (særleg avsnitta 51–54). For Høgsterett er det heilt avgjerande at det blir lagt til grunn. Noko anna vil over tid svekkje rekrutteringa av fagleg dyktige dommarar – både kvinnelege og mannlige.

Ved utlysinga i 2014 blei det opna for at kandidatar som hadde sterk nok grunn til det, kunne be seg fritekne for å stå på den offentlege s kjarlista. Fritak blei innvilga for seks søkjarar – alle advokatar. Sjølv om ein ikkje kan vite det sikkert, er det grunn til å tru at det verka inn på den store s kjarinteressa. Vedtaket om å opne for unntak frå offentlegheit var avgrensa til utlysinga i 2014.

Det er nok elles fleire grunnar til at det ved nokre høve har vore få søkjarar. For det første blir det stilt særlege krav til fagleg kompetanse, og mange juristar trur nok – med rette eller urette – at dei ikkje er kvalifiserte. Det er nok også ofte slik at det er kjent kven som kjem til å s kje, for eksempel om ein dyktig jurist tidlegare har søkt forgjeves og ein reknar med at ho eller han vil komme tilbake som søkjar. Høgsterett har også fått tilbakemelding frå delar av det juridiske miljøet om at det er ei forventning om at aktuelle søkjarar blir oppfordra til å s kje. Det er ei misforst ing. Enkelte kandidatar kan nok vere oppfordra av enkeltdommarar i Høgsterett til å s kje, men det er meir unntaket enn regelen. Det er i alle fall mange av dommarane i Høgsterett – truleg fleirtalet – som har søkt og fått embete utan den typen oppfordring. Slik b r og må det vere.



## 10 Daglegliv og dommarkultur

Arbeidet som dommar i Høgsterett er prega av eit utstrekt samarbeid og samvirke med dei andre dommarane. Det aller meste av arbeidet skjer i dommarpanel på fem eller tre dommarar, høvesvis i avdelingane og i ankeutvalet. Eg har tidlegare skrivne om arbeidet med domsutkast i avdelingane og med sakene i ankeutvalet. I dette arbeidet kjem dommarane tett på kvarandre. Tett fagleg samarbeid betyr mykje for kvaliteten på behandlinga og på avgjerdene.

Dommarane kjem i delar av arbeidet også nær inn på andre grupper av medarbeidarar, kanskje særleg utgreiarane i arbeidet i ankeutvalet og protokollsekretærane i avdelingane. Det er medarbeidarar med høg fagleg kompetanse, og samarbeidet med dei er fagleg viktig og utviklande også for oss dommarar. Også andre grupper av medarbeidarar kjem vi ganske tett inn på. Høgsterett er på mange måtar ein institusjon der alle er avhengige av alle dersom Høgsterett skal kunne fylle oppgåvene sine på ein fullgod måte.

Det blir i løpet av året halde ei rekkje dommarmøte der mellom anna spørsmål om høyringsfråsegner, førespurnader frå media, spørsmål frå høgsterettar i andre land, budsjett mv. blir drøfta. Somme gonger blir det kalla inn til desse møta med svært kort varsel, andre gonger kan møtetidspunktet fastsetjast i god tid og med eit førebudd grunnlagsmateriale for drøftingane. Dei fleste av desse møta blir haldne i lunsjpausane, men somme gonger blir det også halde møte etter rettstid for å unngå tidspress. Det kan for eksempel gjelde drøftingar om fråsegn frå Høgsterett til justisministeren om søkjarane til ledige dommarembete.

Vi har òg frå tid til anna internseminar der større emne blir tekne opp. Dette er dels internseminar for dommarane, dels for dommarar og utgreiarar og dels for alle medarbeidarane – avhengig mellom anna av kva tema som skal opp. I tillegg er det frå tid til anna lunsjseminar der alle i huset kan delta. Kvart år blir det mellom anna arrangert eit lunsjseminar der den norske dommaren i EMD går igjennom nyare avgjerder frå domstolen og andre sider ved utviklinga i EMD.

Kvart år, gjerne i september, reiser Høgsterett på eit to til tre dagars besøk til eit av fylka våre. Vi legg opp turane etter forslag frå fylkesmennene. Vi besøkjer og får orientering om næringsliv og forvaltning, noko som gir oss innsikt i utvikling og utfordringar i ulike delar av landet.

Høgsterett har i tillegg til det eigentlege dommararbeidet ei betydeleg utanlandsverksemd. Det nordiske samarbeidet må framhevast. Det er årlege møte mellom presidentane og minst éin dommar til frå kvar av høgsterettane og forvaltningshøgsterettane i dei nordiske landa. Sentrale faglege og administrative spørsmål blir drøfta. Det er elles ein kontinuerleg uformell kontakt mellom rettspresidentane i desse domstolane. Årleg, med unntak av dei åra det er nordiske juristmøte, blir

det arrangert seminar for dommarane i dei nordiske høgsterettane, der gjerne fem–åtte dommarar frå kvart land deltek.

Noregs Høgsterett er medlem av fleire europeiske og internasjonale foreiningar for nasjonale høgsterettar, forvaltningshøgsterettar og konstitusjonsdomstolar. Høgsterett er òg med som observatør i nettverket for høgsterettspresidentar innanfor EU og i den parallelle foreininga for forvaltningshøgsterettane i EU. I desse foreiningane er det møte, seminar og konferansar om faglege og til dels administrative tema av felles interesse. Dommarar i Høgsterett deltek i denne internasjonale kontakten.

Vi tek også imot dommarar frå andre land som ønskjer å få informasjon om norsk prosess og domstolsordning, eller som ønskjer ein diskusjon om faglege tema. I slike møte deltek gjerne justitiarius og eit par dommarar og i tillegg representantar for administrasjonen og utgreiingseininga – litt avhengig av tema. Også slik kontakt er nyttig.

I løpet av det siste tiåret har Høgsterett, som ledd i kompetanseoppbygging, besøkt Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg, dei internasjonale domstolane i Haag, EFTA-domstolen og EU-domstolen, dei fleste av dei nordiske høgsterettane og forvaltningshøgsterettane. Vi har hatt seminar med Polens konstitusjonsdomstol, Finlands høgste forvaltningsdomstol og Slovenias Høgsterett.

Samla har utanlandsverksemda vore omfattande og gitt gode bidrag til kompetanseoppbygging. Med tanke på den internasjonaliseringa av retten vi har hatt, har det vore viktig.

I tilknytning til kompetanseoppbygginga i regi av Høgsterett er det naturleg òg å trekkje fram studiepermisjonsordninga som Høgsterett har hatt sidan 1998. Vi er 20 dommarar, inkludert justitiarius, men det er til kvar tid berre 19 dommarar som deltek i den alminnelege verksemda. Det 20. embetet blir brukt til studiepermisjonar ved at éin dommar har studiepermisjon. Dette blir over tid delt likt mellom dommarane. Ein kan få permisjon i inntil seks månader, men det vanlegaste er å ta ut tre månader. Det er ein føresetnad at permisjonen blir brukt til fagleg utvikling og fordjuping. Mange har brukt permisjonstida til studieopphald mellom anna ved utanlandske høgsterettar eller universitet, til skriving av større faglege artiklar eller til delar av arbeidet med skriving av fagbøker. For den kontinuerlege faglege utviklinga i dommarkollegiet er studiepermisjonsordninga viktig.

Dei fleste av dommarane har eit fagleg liv også utanom sjølve arbeidet i Høgsterett og den faglege verksemda og kompetanseutbygginga i regi av Høgsterett. Dommarar i Høgsterett held foredrag. Somme held forelesingar ved universiteta. Mange skriv faglege artiklar og enkelte også fagbøker. Frå tid til anna skriv dommarar her kronikkar og innlegg i media og deltek i den offentlege debatten – ofte i tilknytning til verksemda i Høgsterett. Slik fagleg prega verksemd utanom dei eigentlege

dommaroppgåvene har – ved innsikta det gir, og ved samfunnsansvaret det viser – klart positive sider både for dei enkelte dommarane og for Høgsterett som institusjon. Ideelt sett burde det kanskje vore meir av dette frå høgsterettsdommarane si side, men for dei fleste er det nok grenser for kor mykje plass det er til det ved sida av ein travel kvardag som dommar.

Svært mange av dommarane i Høgsterett har altså eit juridisk liv utanfor Høgsterett, men det er relativt få som har særleg mykje av det som kan reknast som sideverv. Høgsterett innførte med verknad frå 1. januar 1997 ei ordning med registrering av sideverv. Opplysningane i registeret var offentleg tilgjengelege. Reglane frå 1997 er no avløyste av føresegnene om sidegjere mål for dommarar i domstollova kapittel 6 A. Sidegjere mål for dommarar krev – med visse unntak – godkjenning. For Høgsterett er det justitiarius som godkjenner.

Domstollova kapittel 6 A gir få materielle reglar om kva som kan eller bør godkjennast av sideverv, og kva som ikkje kan eller bør godkjennast. I Høgsterett hadde vi ei gjennomdrøfting av dette i 2003. Det var einigheit om at dommarane ikkje kan ta på seg sideverv dersom det kan skape problem for saksavviklinga i Høgsterett. Skal det gjerast unntak, må det dreie seg om verv som betyr særleg mykje for samfunnet, og der det er viktig nettopp å ha ein dommar frå Høgsterett. Føresetnaden må da vere at dommaren får permisjon frå embetet sitt, og at det kjem ein ny dommar i hans eller hennar stad. Eit eksempel på eit slikt sideverv er vervet dommar Webster har som leiar av Advokatlovutvalet. For å kunne utføre dette arbeidet hadde ho permisjon frå Høgsterett i noko over eitt år. Fråværet blei dels kompensert ved konstitusjonar og dels ved utnemning av ein ny dommar litt før tida.

Elles er det eit overordna syn at sideverv som kan slå negativt ut for tilliten til den enkelte dommaren eller for Høgsterett som institusjon, må nektast. Utgangspunktet er at dommarar i Høgsterett ikkje kan ta på seg styreverv for private og offentlege institusjonar, men det er unntak mellom anna for institusjonar, stiftingar og foreiningar med allmennyttige formål. Ut frå betydninga for rettsvesenet er det gjort unntak for styret i Domstoladministrasjonen. Dommarar i Høgsterett skal heller ikkje delta i granskingskommisjonar, med mindre tunge og heilt spesielle samfunnsomsyn tilseier det. Heller ikkje skal dommarar her delta i offentlege kontrollorgan eller i private eller offentlege organ som gjer vedtak som kan bli bringa inn for domstolane.

Valdgift var det punktet det var noko ueinigheit om ved diskusjonen i 2003. Mitt syn var og er at dommarane i Høgsterett ikkje bør ta på seg valdgift. Det er fordi valdgift genererer svært store inntekter – så store at det kan gi inntrykk av at den eigentlege interessa hos dommaren ligg her og ikkje i å skjømte dommargjeringa i Høgsterett. At dette ikkje vil vere dekkjande for realiteten, er éin ting, at inntrykket blir skapt, kan vere nok til å svekkje tilliten. Det er no berre nokre få av

dommarane i Høgsterett som tek på seg valdgiftsoppdrag, og det er sett grenser for kor mange og kor store sakene kan vere. Oppdraga må ikkje føre til at det oppstår problem for saksavviklinga i Høgsterett, og forhandlingane må skje medan dommaren har ferie.

Eg ser at enkelte valdgiftsoppdrag kan gi nyttig fagleg innsikt. Men dersom ein ut frå eit slikt omsyn i større grad skal opne for valdgift, må det etter mitt syn ha som konsekvens at det ikkje skal ytast anna vederlag til dommaren enn dekning av reine utgifter til reise, hotellopphald mv. Berre det sikrar at det òg for allmenta blir gjort klart at det er den faglege nytten som er styrande for om dommarar tek på seg valdgift. Valdgift på slike vilkår vil også i større grad verne om den uavhengige stillinga til embetsdommarar i valdgift.

Ein kan sjølv sagt innvende at høvet til å ta på seg valdgift på slike vilkår er heilt teoretisk, og at det ikkje er nokon som vil dømme i ei valdgiftssak utan å få godtgjersle for det. Til det vil eg svare at det er lite av det dommarar gjer ved sida av det alminnelege arbeidet – som for eksempel skriving av juridiske artiklar – som kastar noko av seg økonomisk. Her er det dei faglege utfordringane som motiverer for arbeidet. Viss ikkje dei faglege utfordringane er motivasjon nok til å vere dommar i valdgift, er det jo nettopp det økonomiske aspektet ved sidevervet som er avgjerande. Og det er akkurat det som kan gi det uheldige inntrykket at dommarar tek på seg valdgift med tanke på eiga vinning og på kostnad av arbeidet i domstolen.

## 11 Veggen framover

Å seie rimeleg sikkert korleis Høgsterett kjem til å løyse oppgåvene sine ut over den heilt nære framtida, er ikkje mogleg. Den juridiske verda har endra seg mykje, særleg dei siste tiåra med internasjonaliseringa og spesialiseringa innan jussen. Det er neppe dristig å gå ut frå at tyngda av internasjonaliseringa og spesialiseringa kjem til å auke framover. Mellom anna det vil føre til at sakene for Høgsterett i aukande grad må løysast ved eit stadig meir komplisert og spesialisert rettskjeldebilete. For ein domstol med alminneleg domsmakt blir det særleg utfordrande. Dette vil – meiner eg – krevje endringar både i organisasjonen og i arbeidsmåten.

Ein måte å møte dette på kunne vere ei sakleg deling av domsmakta mellom spesialiserte avdelingar. Reelt sett ville det vere å gi opp den alminnelege kompetansen for Høgsterett og opprette spesialiserte høgsterettar med dommarar som har spisskompetanse på dei enkelte rettsfelta. Dommarane vil da vere ekspertar på fagfeltet, og det skulle borge for at dei aktuelle ankesakene blir handterte på ein god måte. Eg er skeptisk til at dette er ei god løysing – ikkje minst for dei viktige saksfelta der det offentlege er part. Det er ganske realistisk at dommarsamansetnaden da vil vere dominert av dommarar som er rekrutterte frå den aktuelle forvaltningsgreina, med dei

konsekvensane ei manglande breidd i rekrutteringa kan ha for tilliten til domstolen. Det er òg særdeles viktig at utviklinga av juridiske fagfelt blir sett i lys av rettsutviklinga på andre felt. Nettopp det er hovudargumentet for å ha dommarar og domstolar med alminneleg domsmakt. Det er eit moment som veg tungt også i ein situasjon der mange av sakene krev særleg kunnskap og innsikt.

Nødvendig spesialkompetanse bør kunne tilførast retten ved at det som eit supplement til den innsikta advokatane formidlar, blir bygd ut og tilført spesialkompetanse til det juridiske sekretariatet. Det kan kvalitetssikre at retten får eit komplett og fullgodt rettsleg materiale. Mangelen i dag på eit slikt utgreiingsapparat for avdelingane er gjennom arbeidet med ein del enkeltsaker under og etter prosedyren blitt tydeleg. Enkeltdommarar har i enkelte saker funne fram til heilt sentralt rettsleg materiale som advokatane ikkje har sett eller lagt fram. Med det ansvaret Høgsterett har for korrekt rettsbruk, er det klart at ein ikkje kan basere seg på at enkeltdommarar under saka finn fram til det materialet som måtte mangle. Det må byggjast opp eit forsvarleg system som sikrar eit fullgodt rettskjeldemateriale i alle saker. Høgsterett har i 2015 fått tre nye utgreiarstillingar. Det gjer det mogleg å starte opp dette arbeidet.

Det er òg behov for at dommarar som skriv større vota i kompliserte og vanskelege saker, under domsskrivinga skal kunne bruke utgreiarar til å utarbeide notat mellom anna om kompliserte juridiske problemstillingar som er viktige når avgjerda skal utformast, eller lage utkast til saksframstilling og referat av påstandar. Det kan lette arbeidstrykket for den som skriv, og gi nyttige bidrag til kvaliteten på dommane.

Ikkje minst i kompliserte saker som krev spesialkunnskap, er det viktig at dommarane får meir tid til å førebu seg til ankeforhandlinga og til å arbeide med saka etter prosedyren. Som eg har vore inne på under punkt 3, blir det gitt samtykke til å behandle ein del saker der dei prinsipielle sidene ved dei er nokså marginale. Ved å skjere dei bort, og òg ved å ta ut eit rasjonaliseringspotensial i arbeidet til ankeutvalet, bør det kunne frigjerast så mykje arbeidsressursar at Høgsterett får den tida som er nødvendig for på best mogleg måte å kunne behandle dei sakene det bør leggjast eit stort arbeid i. Under slike føresetnader, og med føresetnaden om utbygging av det juridiske utgreiarapparatet som eg har nemnt, er eg ikkje i tvil om at det òg i ei tid da kravet til spesialkunnskap aukar, er riktig å behalde Høgsterett som det han er – ein høgsterett med ein alminneleg og generell domskompetanse.

Ei slik organisasjonsutvikling, som altså mellom anna må innebere ei vesentleg styrking av det juridiske sekretariatet, utfordrar storting og regjering til å gi Høgsterett tilstrekkeleg økonomisk handlingsrom til å kunne gjere dette. Stortinget og regjeringa har elles sjølve sett verdien av å byggje opp eit kvalifisert hjelpe- og utgreiingsapparat for verksemda si. Berre gjennom kvalitetsmessig gode

avgjerder kan Høgsterett behalde den tilliten domstolen har i dag, og vere det fundamentet for rettsstaten som Høgsterett skal vere.

Dersom Høgsterett får eit slikt handlingsrom og det også elles blir lagt til rette for at Høgsterett framover kan rekruttere dommarar blant dei beste juristane i dei ulike delane av den juridiske profesjonen, er det grunn til optimisme for framtida til Høgsterett. Det er viktig for kvaliteten på det rettssamfunnet vi ønskjer at Noreg skal vere.