

Anne Robberstad:

### **Er Høyesteretts dommer bindende?**

Artikkelen er en noe bearbeidet versjon av forfatterens første prøveforelesning for den juridiske doktorgrad, holdt den 9. april 1999 i Oslo. Notene er påført etterpå. Forfatteren disputerte over avhandlingen "Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling." (Universitetsforlaget 1999, Oslo) Forfatteren er cand.jur. fra 1976, dr. juris fra 1999, og arbeider nå som advokat hos Kommuneadvokaten i Oslo.

I denne versjonen er noen av notene ufullstendige.

## **1. Innledning**

Egentlig hadde jeg tenkt å kalle forelesningen "Min mening om begrepet gjeldende rett", men det blir så abstrakt. "Er Høyesteretts dommer bindende?" er en mer konkret og praktisk problemstilling.

De to formuleringene er ikke sammenfallende, men har mye til felles. Et praktisk viktig utslag av hvordan en stiller seg til begrepet "gjeldende rett", er nettopp holdningen til hvilken vekt høyesterettsdommer skal tillegges i juridisk argumentasjon. Noen vil si at dette er to vidt forskjellige temaer. Men ser en etter, kan det finnes interessante sammenhenger mellom hvordan den enkelte forfatter definerer "gjeldende rett" og hvordan hun eller han forholder seg til Høyesteretts dommer. Den logiske sammenhengen vil være at jo mer åpent en definerer "gjeldende rett", jo mindre vil en føle seg bundet av Høyesteretts praksis. Men logikken må av og til vike for pragmatiske hensyn, som det å unngå prosesser.

Jeg bruker "dom" i vid forstand, slik at det omfatter alle dommer og kjennelser.<sup>1</sup> Både kjennelser av Høyesterett i plenum eller avdeling og kjennelser av kjæremålsutvalget.

Slik jeg her bruker ordet "bindende", betyr det "forpliktende".

Hvis jeg skulle uttrykt meg i gjengse termer som relevans og vekt, ville jeg si: At dommen er et relevant argument av en viss vekt, er alle enige om. Om ikke annet har dommen vekt som et faktisk fenomen, den er der. Hvor stor vekt, er egentlig ikke mitt tema. Derimot om

---

<sup>1</sup> Slik også Fleischer i Rettskilder 1995,160.

dommen nærmest automatisk skal ha så overordentlig stor vekt at den blir *avgjørende*, i de fleste tilfelle.

Av og til brukes uttrykket "vil være retningsgivende for" i stedet for forpliktende, men det er bare en annen måte å si det samme på. Eksempelvis sa dommer Sinding-Larsen i Skjelsvik-dommen som gjaldt regulering av festeavgift, om en plenumsdom avsagt tidligere samme dag at "utfallet av Røstad-saken ... vil være retningsgivende for senere saker".<sup>2</sup>

I "bindende" kan man også legge at dommene er "riktige". Noen mener at det Høyesterett gjør, per definisjon er det riktige. Eller som kona sa det i den danske versjonen av eventyret om Gudbrand i lia: Det fatter gjør, er alltid det beste.

Mitt formål er ikke å kartlegge om noen, for eksempel domstoler, faktisk oppfatter seg bundet, men om de *bør* gjøre det. Hensikten er å fremsette normative, ikke deskriptive uttalelser. Jeg nevner dette, fordi Torstein Eckhoffs lærebok i rettskildelære, med sin ytre sett deskriptive form, har skapt forvirring om hva som er det ene og hva som er det andre.

Når det gjelder hva som eventuelt er bindende, og for hvem, må vi se på innholdet i dommene:

For det første har vi avgjørelser av faktum - bevisresultatet. Dette er selvfølgelig ikke bindende, i betydningen materiell sannhet for andre.

Dernest har vi avgjørelsen av det konkrete rettsforhold mellom partene som er tvistegjenstand. Denne er bindende for partene ifølge rettskraftlæren.

Vi har dommer som fastslår selvsagte rettssetninger, som "alle" jurister er enige om, fordi konstellasjonen av rettskildedefaktorer er så klar og tvingende. Det vil si resultater som enhver skolert rettsanvender ville komme til.

Det interessante er at Høyesterett av og til tiltar seg en frihet som andre rettsanvendere ikke tør, ved å lande på resultater som står i strid med det rettskildene og "vanlig metode" tilsier.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Om Sinding-Larsen i Skjelsvik-dommen, se note 55.

<sup>3</sup> Slik gikk det i Rt 1979.1079 om sinnssykes ankerett.

Jeg skal ikke gå inn på disse opplagte sakene, for det jeg har i tankene videre er saker hvor Høyesterett tar stilling til tvilsomme rettsspørsmål eller såkalte "rettstomme rom".

For *hvem* gjelder spørsmålet her? For *andre* enn sakens parter. Det er lett å glemme sakens parter, når en tenker på betydningen av Høyesteretts dommer. Men sakens parter er viktige. De er jo de som har betalt de hundre eller flere hundre tusen kronene hver advokat får for å føre saken. Og det er deres liv eller problemer saken gjelder. Vi kan konstatere at dommen får stor betydning for dem som har "rett" til den, selv om den ikke tillegges noen virkning forøvrig. Høyesteretts fornemme tid har ikke vært bortkastet.

Men i det følgende ser vi bort fra sakens parter. Om virkningen for andre har det dannet seg den teori, som kalles *prejudikatlæren*.

Det er flere måter å definere ordet "prejudikat" på. Noen sier "mønster", andre "en tidligere dom".<sup>4</sup> Og det er mange oppfatninger om prejudikatlærens nærmere utforming.<sup>5</sup> Her vil jeg si at et prejudikat er en uttalt *rettsoppfatning* i en dom.<sup>6</sup>

De ulike prejudikatlærers felles fundament er at prejudikatet er mer eller mindre bindende for senere rettsanvendere. Argumentet "Saksforholdet er forskjellig fra det som forelå i dom X.", som brukes til å "komme unna" en tidligere dom, bygger nettopp på den premiss at hvis det hadde vært helt likt, ville dom X blitt avgjørende. Prejudikatlærene forutsetter altså et bekreftende svar på det spørsmålet jeg har stilt i overskriften. Det er denne forutsetning jeg her vil se nærmere på.

---

<sup>4</sup> Se f eks Eckhoff Rettskildelære 1993,134: et mønster og Fleischer Rettskilder 1995,160: en tidligere dom.

<sup>5</sup> Se f eks Eckhoffs USA-bok om prejudikatlæren der, Svein Eng i TfR 1997 s.21-44 om prejudikatlærens anvendelse på rettskildelære-argumenter og Eng The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law, 1994.

<sup>6</sup> Jfr Hans M. Michelsen i Aftenposten 21.1.98, som definerer prejudikat som en uttalt *rettsoppfatning* i en domstolsavgjørelse, "og folk vil i sine disposisjoner legge den til grunn".

For den videre drøftelse vil jeg presisere problemstillingen slik: Er en av Høyesterett uttalt rettsoppfatning bindende for senere rettsanvendere?

Eller som Bredo Morgenstjerne, den første advokat ved Norges Høyesterett,<sup>7</sup> formulerte problemet i 1815: Skal Høyesteretts dom bare være "Lov i den enkelte Sag", eller skal den også være "Lov i Henseende til den juridiske Qvæstion i Almindelighed", slik at høyesterettsdommer må anses som "authentiske Forklaringer over Loven"?<sup>8</sup> Selv var han ikke i tvil om at første alternativ var det riktige, dommen er bare "lov" i den enkelte sak.

Med det annet alternativ ville Lovkyndighed ikke bli en vitenskap om lovene, men en kunnskap om Høyesteretts prejudikater.<sup>9</sup> Vi ser at Morgenstjerne langt på vei har fått rett i denne spådommen: En stor del av rettsvitenskapen dreier seg nå om å studere Høyesteretts dommer.

## 2. Høyesteretts stilling

Høyesterett har etter vår forfatning ingen formell kompetanse til å skape ny rett.<sup>10</sup>

Hverken hos Aschehoug,<sup>11</sup> Castberg<sup>12</sup> eller i den mer omfattende behandlingen hos Finn Hiorthøy<sup>13</sup> har jeg funnet noe som tyder

---

<sup>7</sup> Michalsen Rettsvitenskap og rettspraksis 1995,137-138.

<sup>8</sup> Morgenstjerne Hvilken Procesmaade i Høiesteret, den skriftlige eller mundtlige, opfylder bedst Fornuftens Fordringer paa en god Retspleie? 1815,17.

<sup>9</sup> Samme sted s.18. (Se Michalsen 1995,155 om at Lasson var av motsatt oppfatning.)

<sup>10</sup> Jfr Michalsens gjennomgang av Hagerups drøftelse i Det psykologiske Grundlag for Retten i TfR 1907, Michalsen 1995,362. Cfr f eks Henriette Sinding Aasen s.157, som forutsetter at dommere har "konstitusjonelt forankret kompetanse til å skape rett".

<sup>11</sup> Aschehoug III 1885 kap 62 og 63. Tvert imot betones at dette er Stortingets oppgave, se s.301-302: mens det tilkommer den lovgivende makt å fastsette hva som i fremtiden skal være rett, er det domstolenes sak å

på at det skulle være Høyesteretts oppgave å være rettsutviklende. De to korte setningene i grunnlovens §§ 88 og 90:

"Høiesteret dømmer i sidste Instans." og

"Høiesterets Domme kunne i intet Tilfælde paaankes."

kan ikke trekkes i den retning.

Carsten Smith åpner for en annen forståelse av Høyesteretts stilling, når han i en bok som kom ut i fjor fremholder at

"Høyesteretts myndighet er fastlagt i Grunnloven ved den enkle setning at Høyesterett dømmer i siste instans. Det vil si at Høyesterett avgjør med endelig virkning hva som er riktig i forholdet mellom partene. Men *denne myndigheten har den videre virkning at Høyesteretts rettsoppfatning blir fulgt av de øvrige domstolene, og Høyesterett får derfor en avgjørende innflytelse på hva som er den gjeldende retten i landet.*"

Og senere: "Høyesteretts avgjørelser er *bindende eller iallfall retningsgivende* for de øvrige domstolene."

Videre: "Og virkningen er som for lov: Det fastlegges hvilke *rettsregler domstolene skal dømme etter.*"<sup>14</sup> (mine uthevninger)

Sitatene viser en glidning i betydningen av ordet "myndighet", fra myndighet i forhold til sakens parter og over i konsekvenser for andre tilfelle.

Jens Edvin A. Skoghøy hevdet, fire år før han ble høyesterettsdommer:

---

avgjøre hva som i et inntruffet tilfelle allerede er gjeldende rett mellom partene.

<sup>12</sup> Castberg I 1935,410-413: intet om mitt tema. Jfr Fliflet i Karnov 1 1996 s.17-18 (Rt.1980.52).

<sup>13</sup> Domstolene og forfatningsutviklingen av Finn Hiorthøy i Den dømmende makt 1967, særlig s.69-84.

<sup>14</sup> Carsten Smith "Høyesterett i dagens samfunn" i boken Norges Høyesterett 1998,95-142, her fra s.96 og s.114.

"Den domstol som dømmer i siste instans, har *myndighet til* med endelig virkning å fastsette hva som er gjeldende rett."<sup>15</sup> (min uth)  
Her hos Skoghøy har den formelle myndighet og de faktiske virkninger smeltet sammen.

Synet på Høyesteretts myndighet får betydning for synet på den rolle Høyesterett bør spille i vårt samfunn.

Carsten Smith uttalte i et foredrag i 1974:

"Mitt nåværende idealbilde av en øverste domstol er et organ som konsentrerer seg om de saker hvor den kan bidra til rettsutviklingen, og hvor den ser at det er et samfunnsbehov for en slik innsats. Til å løse konkrete saker har vi to andre instanser."<sup>16</sup>

Smith gjentar disse formuleringene i et skrift fra 1994, etter tre år som høyesterettsjustitiarius.<sup>17</sup>

Opp mot dette vil jeg stille det syn på domstolenes rolle som Carl August Fleischer har uttrykt, og mange før ham:

"Hovedoppgaven for domstolene - inklusive Høyesterett - er å avgjøre konkrete rettssaker mellom to eller flere konkrete parter."<sup>18</sup>

Det er dette som er Høyesteretts juridiske oppgave. At Høyesterett rent faktisk har en maktstilling som går ut over dette, kommer jeg tilbake til.

### **3. Forholdet til gjeldende rett-definisjoner**

Gjeldende rett omtales gjerne som "*de lege lata*": "slik loven er", i motsetning til "*de lege ferenda*": "slik loven burde lyde".<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Skoghøy Rett, politikk og moral i TfR 1994 på s.842.

<sup>16</sup> Smith: Domstolene og rettsutviklingen i Lov og Rett 1975 s.292-319, her fra s.303. Tilsvarende i Smith 1998,119-120.

<sup>17</sup> C. Smith Høyesteretts plass i rettssystemet i Justisdepartementets småskriftserie 1/1994 s.7.

<sup>18</sup> Fleischer Rettskilder 1995,170.

På den ene siden altså loven slik den faktisk lyder, på den annen side loven slik den *burde* bli, ifølge den som kommer med utsagnet. Sondringen går mellom hvordan loven er, kontra rettspolitisk argumentasjon om hva slags lovgivning vi *burde få*.

Per Augdahl har kritisert denne uttrykksmåten, idet, som han sier: "det ofte vil være ganske de samme betragtninger som blir avgjørende i begge tilfelle".<sup>20</sup>

Selv om det er anerkjent at rettstolkerens egne vurderinger i høy grad spiller inn i den beskrivelsen hun gir av "gjeldende rett",<sup>21</sup> anses det av mange som en utilgivelig synd å blande sammen de to plan: beskrivelsen av den retten vi har, og den vi *ikke* har, men som vi etter rettstolkerens mening burde få.

Det er lett å være enig i at prinsipielt er det stor forskjell på disse to ting. Spørsmålet er imidlertid hva det betyr at en regel "gjelder", eller at vi "har" den. *Per Augdahl* har gitt et innhold til begrepet "gjeldende rett" som ikke senere er uttrykt bedre av noen norske forfattere. De regler som gjelder er:

"de regler som - alle forhold tatt i betraktning... - for tiden har de beste *reelle* grunner for sig".<sup>22</sup>

Augdahl fremholdt at det dommere var interessert i, var hvilken løsning som er den *riktige*, ikke forutsigelser om hvilket resultat dommeren ville komme til.

---

<sup>19</sup> Språklig betydning: "om loven som gitt" og "om loven som bør gis". *De sententia ferenda* (slik dommen bør lyde) blir en avart av de lege lata, som kan være praktisk å bruke ved helt uregulerte spørsmål.

<sup>20</sup> Augdahl Rettskilder 1973,40.

<sup>21</sup> Se f eks Skoghøy Factoringpant 1990,53: rettspolitiske hensyn må tillegges vekt for løsningen de lege lata. Se også Haugli 1998,17.

<sup>22</sup> Augdahl Rettskilder 1973,27 om den juridiske forfatter, s.29 om dommeren, se også s.38. Fleischer Rettskilder 1995,51-52 forsvarer Augdahl mot Ross' kritikk av ham (Ross 1953,125).

Det sier seg jo også selv at en ikke kan stå i en domstol og prosedere på at dommeren bør velge den løsning han i morgen med stor sannsynlighet vil lande på.<sup>23</sup> Carl Jacob Arnholm poengterte dette, i sin kritikk av Ross.<sup>24</sup>

Augdahls syn på "gjeldende rett" står i skarp kontrast til den definisjon Alf Ross ga i 1953, hvoretter "gjeldende rett" er *de regler som vil bli lagt til grunn av domstolene*. Han knytter begrepet til forutsigelser om hva som vil skje dersom saken skal pådømmes av en domstol. Læren kalles derfor gjerne "Ross' prognoseteori". Hensikten med denne var å knytte utsagn om retten til objektivt målbare størrelser, slik at de kunne etterprøves, på samme måte som utsagn om faktiske forhold innen erfaringsvitenskapene. Først da ville rettsvitenskapen ifølge Ross bli virkelig vitenskap, og ikke bare en samling metafysiske postulater.<sup>25</sup>

Når kriteriet for gyldighet på denne måten knyttet til hva en domstol kommer til å gjøre, er veien kort til å si at det Høyesterett har sagt, er gjeldende rett. Med andre ord: Høyesteretts dommer uttrykker gjeldende rett. Man regner med at Høyesterett vil følge seg selv. (De forbehold som gjerne tas, som at dommen ikke må være for gammel eller at sentrale forutsetninger ikke må ha endret seg, går jeg ikke inn på.)

Torstein Eckhoffs lærebok i Rettskildelære, som erstattet Augdahls, har ingen eksplisitt definisjon av "gjeldende rett". I et mindre kjent arbeid fra 1989, sa Eckhoff at han nesten aldri brukte uttrykket "gjeldende rett", bortsett fra som motsetning til fortidig og fremtidig rett.<sup>26</sup> Men det inntrykk læreboken gir av hva som er gjeldende rett, kan minne om Ross'

---

<sup>23</sup> Slik også Fleischer Rettskilder 1995,50 ("en absurditet").

<sup>24</sup> Arnholm Fra rettens grunnproblemer i TfR 1954 s.113-177, her fra s.134.

<sup>25</sup> Ross Om ret og retfærdighed 1953,52-55. Se Augdahl 1973,27 note 15 om tilsvarende prognoseformulering hos Ussing i Retsstridighed 1949.

<sup>26</sup> I forelesningen "Alf Ross og hans rettsteori", trykt i Notater i almen rettsteori 1990 s.1-14, her fra s.10.



prognoseteori,<sup>27</sup> til tross for at Eckhoff uttrykkelig tok avstand fra denne.<sup>28</sup> Som vi skal se, mente Eckhoff at Høyesteretts dommer er bindende for alle andre enn Høyesterett selv. Jeg kommer straks tilbake til dette.

Hvis jeg selv skulle gi en definisjon av "gjeldende rett", ville den, inspirert av Augdahl, lyde noe i retning av

"den for vår tid riktige retten" eller kortere: "den riktige retten".

"Gjeldende rett" er altså "riktig rett", slik jeg har gitt uttrykk for i metodekapitlet i den avhandling som nå er under bedømmelse.<sup>29</sup> Dette har blitt kalt et "sterkt rettspolitisk" gjeldende rett - begrep, samtidig som enkelte tror at jeg med dette avskriver Høyesteretts praksis.<sup>30</sup>

"Gjeldende rett" i betydningen "retten slik den er fastsatt av Høyesterett" vil jeg kalle "gjeldende" i betydningen "som gjelder og går", det vil si som faktisk praktiseres.<sup>31</sup> Et godt uttrykk er "*fungerende rett*". Dette brukes ofte om retten slik den praktiseres av forvaltningsorganer, som f eks Trygderetten eller på sosialkontorer.<sup>32</sup> Det er ikke vanlig å bruke dette uttrykket om Høyesteretts praksis. Men jeg ser egentlig ingen grunn til å skille mellom ulike organers trinnhøyde, når det gjelder å uttrykke at de *praktiserer* en viss rettsoppfatning.

---

<sup>27</sup> Jfr Henriette Sinding Aasens kritikk av Eckhoffs lærebok, Aasen 1998,86-87 og Doublet og Bernt Retten og vitenskapen 1993,184.

<sup>28</sup> Notater i almen rettsteori 1990 s.3 og 9-10.

<sup>29</sup> A. Robberstad 1999,42.

<sup>30</sup> Doktorkomiteen s. 3 og 2, stillingskomiteen s. 9 (mer normativ enn vanlig), 10, Johnsen s. 26: "Hun har åpent distansert seg fra domstolenes rettskildebruk. Hennes nytolkninger fremstår mer som endringsforslag enn som *realistiske* veiledninger for domstolene." (min uthevning)

<sup>31</sup> A. Robberstad 1999,42. Sml Marit Halvorsens bruk av de lege lata om riktig rett, 1996,III-V.

<sup>32</sup> Se f eks Holgersen 1992,38, Brækhus Mor kan ikke bli syk 1996,21, Haugli 1998,18 (fylkesnemnda) og Aasen 1998,xx.

Jeg har kanskje *språket* mot meg, når jeg insisterer på at gjeldende rett ikke er den retten som gjelder i betydningen "gjelder og går". "Gjelder" assosieres lett med noe faktisk, i motsetning til uttrykket "gyldig rett", som vi kanskje heller burde brukt. Tenk også på uttrykket "rettstilstand", som viser på noe faktisk.<sup>33</sup> Men det å forstå gjeldende rett som riktig rett, har etter mitt syn lange tradisjoner innen rettsvitenskapen.

Og min holdning til Høyesteretts praksis er ikke mindre ærbødig enn Bernhard Getz sin holdning, når han om rettsoppfatningen i en dom fra 1865 slo fast at "denne paastand er blottet for hold".<sup>34</sup>

Høyesteretts dommer må underkastes samme prøve som enhver annen påstand om gjeldende rett. Og at gale dommer skal kalles "gjeldende rett", skurrer i mine ører. Jeg synes det er en dårlig måte å definere på.

#### **4. Oppfatninger blant jurister om Høyesteretts dommer**

Som disposisjonen viser, har jeg bare tenkt å snakke om *juristers* oppfatning om Høyesteretts dommer. Nå er jurister en veldig liten gruppe av befolkningen, takk og pris. Det hadde kanskje vært mer interessant å snakke om *resten av* befolkningens forhold til Høyesteretts dommer. Men jeg nøyer meg med å minne om at folk flest har sin oppfatning om dommene, og at disse oppfatningene klart nok er viktigere enn hva jurister mener, samfunnsmessig sett. Viktigere både for hvordan folk innretter seg og for den fremtidige rettsutviklingen i form av lovgivning. Som eksempel kan nevnes den kryptiske grensen Høyesterett trakk opp i 1989 mellom hva slags dagligvarer bensinstasjoner kunne og ikke kunne selge [Rt 1989.309]. Vi vet hvordan *det* gikk: vi fikk Brustad-bua.

---

<sup>33</sup> Se f eks Aarum 1994,365-366 petit, hvor "rettstilstand" og "ikke korrekt" brukes om en og samme oppfatning i Rt 1993.987.

<sup>34</sup> Gjengitt i A. Robberstad 1999,86, note 67.

#### 4.1 Rettsvitenskapen

Navlebeskuende som vi ofte er, vil jeg begynne med å snakke om *rettsvitenskapens* forhold til Høyesteretts dommer. Dette til tross for at jeg tror *andre* juristers forhold til dem er viktigere for deres virkning på samfunnet enn universitetsjuristenes.

Og selv om det kanskje er uhøflig mot den svenske majoritet i bedømmelseskomiteen, skal jeg vesentlig holde meg til *norsk* rettsvitenskap.

#### Gammel oppfatning

I første halvdel av forrige århundre skilte man klart mellom "den riktige" tolkningen av loven og den tolkningen "som gjelder i praksis".<sup>35</sup> (Dette gjaldt også de som la stor vekt på prejudikatvirkningen.<sup>36</sup>) Peder Carl Lasson brukte uttrykkene "de in praxi herskende Meninger" kontra "hvad man efter rigtig Fortolkning i Almindelighed erkjender at være Lovgivers udtrykte Villie".<sup>37</sup>

Man hadde, som Dag Michalsen har uttrykt det, et *todelt* eller *dobbelt* gjeldende rett - begrep".<sup>38</sup> I annen halvdel av århundret blir begrepet ett: gjeldende rett blir forstått som de tolkningsresultater Høyesterett har kommet fram til.<sup>39</sup>

Det var ikke full enighet om dette. Og i Danmark hevdet Goos i 1889 at praksis ikke var en rettskilde, selv om man "fuldt [maa] anerkjende dens store, *faktiske* Betydning". Skillet mellom rettspraksis og den *riktige* rettsoppfatningen, den som "efter de bestaaende Retsnormer burde hævdes", var intakt hos Goos. Om det å kalle rettspraksis en rettskilde, sa Goos:

---

<sup>35</sup> Michalsen Rettsvitenskap og rettspraksis 1995,153 om P. C. Lasson i 1829.

<sup>36</sup> Som Lasson, se Michalsen op. cit. s.155-157 og 208.

<sup>37</sup> Gjengitt fra Michalsen op. cit. s.153.

<sup>38</sup> Michalsen op. cit. s.6 og 278-279.

<sup>39</sup> Jfr Michalsens (op. cit.) oppsummering av hele perioden s. 381, og f eks s. 312 om L. M. B. Aubert i 1864. Cfr om Hagerup s.368-379.

"Denne Teori er saa meget mere uholdbar, som den indenfor sin egen Kreds vilde fastslaa Uforanderlighedens Lov."<sup>40</sup>

### **Nyere oppfatning**

Min og senere generasjoner har studert under det Eckhoffske regime og er preget av det. Vi kjenner knapt Per Augdahls lærebok i rettskildelære, som i dag er svært vanskelig å få tak i.

(Som en kuriositet kan nevnes at da jeg bestilte boken, kunne den ikke skaffes på Juridisk fakultet i Oslo, men vi fikk lånt den inn fra Distriktshøgskolen i Telemark.)

Mitt formål her er ikke å bidra til den moderne "Eckhoffologien", men å gjengi synspunktene i den lærebok som har preget jusstudiet de siste 25 år.

Torstein Eckhoff skrev i boken Rettskildelære fra 1971:

"..Høyesteretts prejudikater..[blir] ansett for noe nær bindende for alle andre enn Høyesterett selv". (1971,152, som 1993,135)

og videre (s.153, som 1993,136):

"..av de forskjellige tolkingsmomenter er det ingen som har slik vekt som høyesterettsdommer. Selv om man synes at både ordlyd, forarbeider og formålsbetraktninger peker i en annen retning, *må man normalt rette seg etter det Høyesterett har sagt om lovens forståelse.*" (min uthevn.)

Det siste tyder på at Eckhoff her ikke bare beskrev en praksis, men uttrykte sitt eget standpunkt til spørsmålet.

Dette blir tydeligere i 1993,135-136, hvor det presiseres at dette ikke bare gjelder underretter og forvaltningsorganer, men også "oss andre". Men

---

<sup>40</sup> C.Goos: Forelæsninger over den almindelige Retslære, Første Del  
Kjøbenhavn 1889,140-141, vist til hos Augdahl 1973,25.

det tas et viktig forbehold: "hvis vi vil innta standpunkter som skal stå seg for domstolene" (s.136).

I hvert fall er det mitt inntrykk at studentene har oppfattet undervisningen ved Det juridiske fakultet i Oslo slik de siste femogtyve årene. Høyesteretts dommer blir sett som bindende.

Eckhoff forklarte også i 1971 at et standpunkt "kan ... bli riktig på grunn av" en høyesterettsdom, "selv om det ikke var det på forhånd".<sup>41</sup> Høyesterett gis altså makt til å *definere det riktige*.

Men rettsvitenskapens gamle tradisjon for å skille mellom det "riktige" og det "gjeldende" er fortsatt levende. Det forekommer ikke sjelden at Høyesteretts standpunkt karakteriseres som "ikke riktig".<sup>42</sup> Også Ross var forøvrig enig i at en dom kunne karakteriseres som "uriktig", men med det mente han bare at det var sannsynlig at domstolene i fremtiden ikke ville følge den.<sup>43</sup>

Hva juridiske forfattere mener *i dag* når de sier at noe er "uriktig", er jeg usikker på. Mener de at en uriktig rettssetning gjelder, fordi det er Høyesterett som har uttalt den?

### **Oppfatningen blant de ferske doktorandene**

Jeg har gått gjennom metodekapitlene i et antall norske doktoravhandlinger fra 1990-tallet. Jeg tror ikke det er tilfeldig at *de fleste* av dem jeg fant mest innholdsrike, er produsert i Bergen eller Tromsø. Og tilfeldigvis (?) av kvinner. Av og til av folk som er fra Østlandet, så det er ikke snakk om vestnorske eller nordnorske gener, snarere om miljø og klima i de to byene. Det er liten tradisjon i Oslo-miljøet for å diskutere metodespørsmål på bredere basis.

---

<sup>41</sup> Eckhoff Rettskildelære 1971,154. Setningen er sløffet i 1993-utgaven.

<sup>42</sup> Se som eksempel Skoghøy Forholdet mellom internasjonale menneskerettigheter og norsk rett 1998,115, gjengitt i A. Robberstad 1999,42, petit.

<sup>43</sup> Ross Om ret og retfærdighed 1953,64.

I Gudrun Holgersens avhandling om ytelser under attføring fra 1992 sier forfatteren at hun vil gi de svar hun mener er "rettslig korrekte". Hun gjengir Lotta Westerhälls uttalelse om at å "fastställa gällande rätt" er å "ange den rätta lösningen". Holgersen problematiserer forholdet mellom "gjeldende rett" og "fungerende rett". Hun vil ikke bruke begrepet "gjeldende rett" i sin egen fremstilling, hun foretrekker uttrykket "rettslig korrekte løsninger". Og hun tar avstand fra at rettsforskeren bør tenke seg inn i en dommerposisjon.<sup>44</sup>

Hege Brækhus sin avhandling fra 1996, *Mor kan ikke bli syk*, definerer "gjeldende rett" som "*juridisk sett riktige løsninger*".<sup>45</sup>

Felles for disse to er at de skriver på et område hvor Trygderetten hersker, det foreligger svært få domstolsavgjørelser. Det er nok lettere å si at *Trygderetten* ikke fastlegger gjeldende rett,<sup>46</sup> enn at Høyesterett ikke gjør det.

Marit Halvorsen tar et skritt videre, når hun (i 1996) helt generelt går opp grensen mellom "gjeldende rett" og "de lege lata". Hun definerer gjeldende rett empirisk, som "det som er bestemt å skulle gjelde", mens de lege lata står for det riktige. Ut fra hennes definisjon kan en høyesterettsdom være gal og dermed ikke i samsvar med de lege lata, mens den allikevel er såkalt "gjeldende rett".

Trude Hauglis *Samværsrett i barnevernssaker* (fra 1998) definerer "gjeldende rett", som Brækhus, som "de riktige juridiske løsninger". Men hun synes å forutsette at Høyesteretts dommer automatisk uttrykker "gjeldende rett".<sup>47</sup>

Henriette Sinding Aasens avhandling, også fra i fjor, om Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, har en fyldig og tankevekkende behandling av

---

<sup>44</sup> Holgersen *Tilbake til arbeid?* 1992,24, 36 og 38-46.

<sup>45</sup> Brækhus 1996,24.

<sup>46</sup> Jfr Holgersen s.47 om at Trygderettens praksis ikke er bindende.

<sup>47</sup> Haugli 1998,16 og 29.

grunnlagsspørsmålene. Men hun lander på det tradisjonelle standpunkt i synet på Høyesteretts dommer som uttrykk for gjeldende rett.<sup>48</sup>

"De ferske" er, slik jeg ser det, på vei mot en løsrivelse av begrepet "gjeldende rett" fra Høyesteretts praksis. Men det er et stykke igjen å gå før rettsvitenskapen stiller seg så fritt til Høyesteretts dommer som Høyesterett selv gjør.

#### **4.2 Høyesterett selv**

Høyesteretts forhold til egne avgjørelser er til en viss grad lovregulert, i den såkalte plenumsloven av 1926.<sup>49</sup> Denne bygger på at ikke bare Høyesterett i plenum, men også den enkelte avdeling, kan fravike de rettsoppfatninger Høyesterett tidligere har uttalt (§ 1).<sup>50</sup> Høyesterett står altså fritt til å fravike sine tidligere dommer.

At de ikke sjelden gjør det, vet vi. Noen ganger er avvikene åpne,<sup>51</sup> andre ganger prøver domstolen å skjule dem. Høyesterett har sagt mer eller mindre rett ut at de ikke føler seg bundet av kjennelsene i sitt eget kjæremålsutvalg.<sup>52</sup>

Et ferskt eksempel på at Høyesterett avviker fra sin tidligere dom har vi i tre skattedommer om ett og samme tema fra 1994, 1995 og 1998 (det vil føre for langt her å forklare realiteten):<sup>53</sup>

Skattyteren tapte i dom nr 1 og 3, men vant i dom nr. 2. I dom nr. 3 konstaterte førstvoterende at dom nr. 1 og 2 "trekker langt på vei i hver sin retning". Som begrunnelse for

---

<sup>48</sup> Aasen 1998 bl a s.97-98 og 150-151. S.98 begrunnes det med respekten for Høyesterett og behovet for "en felles intersubjektiv forståelse av retten".

<sup>49</sup> Lov av 25.6.1926 nr.2 om forandring i lovgivningen om Høiesterett.

<sup>50</sup> Slik også Michelsen i Aftenposten. Om plenumsloven, se Fleischer 1995,174-176, også i Augdahl og Eckhoff.

<sup>51</sup> Se Augdahl 1973,xx om 17 dommer med bevisste avvik.

<sup>52</sup> Se Skoghøy Utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk 1996,210 om Høyesteretts syn på egne avgjørelser.

<sup>53</sup> Rt.1994.132 (Uncle John), Rt.1995.455 (Safe Regalia) og Rt.1998.794 (BJ Services). Se omtaler i Skatterett av Zimmer og Skaar.

å fravike dom nr. 2 ble det sagt at "flertallets oppfatning i [dom nr. 2] ikke kan gis generell anvendelse". *Lagmannsretten* i sak nr. 3 hadde derimot ansett seg bundet av dom nr. 2.

Kristin Normann Aarum omtaler i *sin* doktoravhandling to selskapsdommer fra 1993, avsagt med tre måneders mellomrom.<sup>54</sup> I dom nr. 2 bemerket retten om dom nr. 1 at "Denne rettsoppfatning finner jeg ikke å kunne slutte meg til.", samtidig som dom nr. 1 hevdes å "ha skapt uklarhet om" vedkommende erstatningsspørsmål.

Høyesterett selv føler seg altså ikke bundet av sine tidligere avgjørelser, når de av en eller annen grunn ønsker å fravike dem.<sup>55</sup> Deler av rettsvitenskapen er altså mer katolsk enn paven selv.

#### 4.3 Underrettsdommere

Eckhoff-modellen er basert på at det går et grunnleggende skille mellom Høyesterett og de andre domstolene. Dette skillet er etter min mening sterkt overdrevet.<sup>56</sup>

Jeg vet ikke så mye om hvordan dommere i by-, herreds- og lagmannsrettene stiller seg til Høyesteretts dommer. Men enhver som har vært dommerfullmektig, vet at en som dommer i underretten er opptatt av å skrive en dom som ikke vil bli opphevet etter anke.

Mye taler for at underrettsdommere er svært opptatt av Høyesteretts dommer. Det er ikke dermed sagt at de har stor respekt for dem. De retter seg etter dem av tvingende nødvendighet. Dommerne vil også ha omsorg for at partene bør

---

<sup>54</sup> Rt 1993.987 og 1993.1399, se Kristin Normann Aarum 1994,366 og 159, jfr hennes hjertesukk i forordet.

<sup>55</sup> Det finne selvfølgelig også mange eksempler på at Høyesterett føler seg bundet. F eks gjelder dette ferske plenumsdommer, se Skjelsvik-dommen i Rt 1988.295, særlig Sinding-Larsen s.303: "Jeg finner ... å måtte bygge på".

<sup>56</sup> Se også Fleischer Rettskilder og juridisk metode 1998,197: "Likhhet for loven ... kan ...[ikke] brytes ved en teori om at prejudikater har forskjellig betydning i forskjellige deler av rettsapparatet".



spares for omkostningene ved ankesak i Høyesterett, hvor underrettsdommen helt sikkert vil bli endret.

Underrettene utgjør de lavere nivåer i et hierarkisk system, som kan sammenlignes med det militære kommandosystem. Høyesterett kan ikke gi forhåndsordre til de underliggende domstoler. Men muligheten for etterfølgende revisjon kan utgjøre en like effektiv disiplineringsmekanisme.

Underrettsdommere har det ikke så lett. Og hvordan er rettsvitenskapens holdning til deres dommer? Det foregår en stadig diskusjon om vekten av underrettspraksis som rettskildefaktor.<sup>57</sup> "Alle" er enige om at denne vekten må være liten,<sup>58</sup> mange vil helt avskrive underrettsdommer som kilder av vekt. Underrettsdommere må altså nøye seg med å avgjøre den enkelte sak. Den mer opphøyde oppgaven det er å fastlegge gjeldende rett er reservert for Høyesterett, ifølge vanlig oppfatning.

Etter mitt syn er dette en både urealistisk og feilaktig oppfatning av underrettens rolle. Det er i virkeligheten underrettene og advokatene som bærer det tyngste lasset når det gjelder å skape ny rett, noe jeg skal illustrere i neste punkt.

Og det er ikke grunn til å tillegge underrettene noen mindreverdige status i forhold til Høyesterett hva gjelder rettsutviklingen. I den grad domstolene kan kalles en statsmakt, omfatter statsmakten domstolorganisasjonen som helhet, ikke bare Høyesterett.<sup>59</sup> Hvorfor skulle da Høyesterett stå i en særskilt stilling med hensyn til rettsutvikling?

Hvis underrettene anså seg bundet av tidligere høyesterettsdommer, ville jussen ikke kunne utvikle seg annet enn gjennom kunstige omgørelser av den normen Høyesterett har fastsatt, jfr sitat ovenfor fra Goos.

---

<sup>57</sup> Skoghøy Factoringpant 1990,57-9 om rettspraksis. Innlegg i diskusjonen om vekten av underrettspraksis. Også i C. Smith 1975, Fleischer 1995,172-174.

<sup>58</sup> Se som illustrasjon Aarum 1994,21: *litt* vekt på lagmannsrettspraksis.

<sup>59</sup> Se påvisningen av dette hos Hiorthøy, jfr note 13 her.

Det er grunn til å tillegge underrettsdommer stor kildemessig vekt, dersom argumentasjonen og verdivalgene i dommen er gode.

Den retten som "gjelder og går" i underrettene kan godt være mer riktig, (og dermed "gjeldende",) enn en høyesterettsdom. Det er andre kriterier enn plasseringen i domstolspyramiden som må avgjøre det.

(Og uansett kan denne retten være mye viktigere for folk, fordi spørsmålet aldri kommer så langt som til Høyesterett.)

#### 4.4 Advokater

Noen vil kanskje undre seg over at jeg, som har et syn på "gjeldende rett" og Høyesteretts dommer som mange reagerer på, kan fungere som advokat. Hvordan kan jeg overhodet vinne en sak? (Og jeg vinner jo ganske mange, da.) Hvordan er dette mulig, når respekten for Høyesterett synes å mangle?

Svaret ligger i den måten advokater argumenterer sine saker på. Denne er helt uavhengig av den enkelte advokats syn på de "høyere" spørsmål som er tema for denne forelesningen.

Som Per Augdahl påpekte, er dommere interessert i å høre om hva som er den "riktige" løsningen av saken. Det er dette som er temaet for advokatenes argumentasjon.

Advokater argumenterer helt opportunistisk, det ligger i vår yrkesrolle. Hvis vi mener at en bestemt høyesterettsdom gagnar vår klient, fremhever vi at denne er riktig og et mønster som må følges. Det vil si at den er "bindende". Dommer som taler i motsatt retning, prøver vi å nøytralisere med de teknikker som prejudikatlæren gir oss: faktum er helt forskjellig, dommen er gammel, samfunnet har forandret seg. Har vi ikke andre argumenter, kan vi hevde at dommen er *gal*, f eks fordi den bygger på en ufullstendig undersøkelse av rettskildene eller på verdipremisser som er forkastelige. Argumentasjonen får da den *form* at vi [med Ross] hevder at Høyesterett nok ikke vil følge denne tidligere høyesterettsdommen, dersom saken skulle bli anket dit. Dermed er spørsmålet overlatt til den enkelte underrettsdommers dristighet.

Et godt eksempel har vi i Husmordommen fra 1975, som ga husmødrene tilbake noe av den formuen de kollektivt tapte i

1927, som Tone Sverdrup har vist oss.<sup>60</sup> Om det var lagmannsretten eller husmorens advokat som har størst ære av denne dommen, er umulig å si.

(Premissene blir ofte formulert slik at det virker som om retten selv har funnet på det som kommer fra advokaten, dette gjelder kanskje ikke minst i Høyesterett.)

Sikkert er det at lagmannsretten her ga et åpenlyst bidrag til rettsutviklingen. Riktignok med noe støtte i et obiter dictum fra Terje Wold i 1966. Men allikevel på klar kollisjonskurs med Høyesteretts tidligere praksis.<sup>61</sup> I Høyesterett ble resultatet gitt en mer omfattende begrunnelse. Men det var lagmannsretten som fant på det nye, ikke Høyesterett.

Det å argumentere mot høyesterettspraksis er en sjelden vei å gå, og oppoverbakken er tung. I de fleste saker vil advokaten argumentere med at det i tidligere høyesterettspraksis finnes tvingende argumenter for en løsning i klientens favør. Er rettsspørsmålet nytt, vil man trekke slutninger fra tidligere høyesterettspraksis om andre spørsmål.

Mitt poeng er at advokaten i de fleste tilfelle vil fremstå som nokså servil overfor Høyesteretts praksis. Dette må ikke misforstås dit hen at advokaten virkelig mener at Høyesteretts dommer er riktige eller anbefalelsesverdige. Advokaten argumenterer slik hun gjør utelukkende fordi hun tror at det lønner seg for den enkelte klient. Advokatens anliggende er å vinne *saken*, ikke den fremtidige rettsutviklingen.

Advokatenes måte å argumentere på kan ha smittet over på andre, som tror at advokatene virkelig mener det de sier. Vi får en selvforsterkende effekt.

Vi kan leve med servile advokater, selv om de kan bremse rettsutviklingen. Så lenge advokatene ikke blir de rene "åndshorer".<sup>62</sup> Men vi kan ikke leve med en servil

---

<sup>60</sup> Se om dette Sverdrup 1997,55: "en massiv eiendomsoverføring".

<sup>61</sup> Nærmere om dette Sverdrup 1997,124-128.

<sup>62</sup> Uttrykket er hentet fra Rt 1984.1160, hvor redaktøren av Aktuell Rapport, som hadde brukt det om en Kvinnefronter, hevdet at han hadde funnet på det. Det er ellers et godt uttrykk.

rettsvitenskap, som ukritisk legger til grunn det Høyesterett til enhver tid hoster opp. Vi har kanskje ikke heller en slik rettsvitenskap. Men vi skal vokte oss for tendensene.

### 5. Argumenter for og imot bindende virkning

Alle gode argumenter for å tillegge Høyesteretts dommer bindende virkning kan etter mitt syn samles under én overskrift: den Per Augdahl kalte hensynet til *sikkerhetsfølelsen* <sup>63</sup>

Når jeg sier *gode argumenter*, betyr det at jeg utelater slike som Høyesteretts status og prestisje. Det er ikke rettskildelærens oppgave å støtte opp under denne.

Inn under "sikkerhet" kan vi plassere flere stikkord:

- *forutberegnelighet*
- det at folk *innretter seg* og
- hensynet til å *unngå prosesser*.<sup>64</sup>

Bak ønsket om "sikkerhet" ligger ikke bare den irrasjonelle "rettssikkerhetsillusjonen" og ønsket om et fars-substitutt.<sup>65</sup> Det er ønskelig at retten skal være forutberegnelig og det er et faktum at folk i noen grad innretter seg etter Høyesteretts praksis.

Retten er i stadig utvikling. Fleischer har sagt det slik: så snart en dom er avsagt, utgjør den fortidens rett.<sup>66</sup>

Men rettens foranderlighet må heller ikke overdrives. Mange rettsoppfatninger i høyesterettsdommer blir stående, i hvert fall en viss tid. Det kan derfor være et godt råd å anbefale folk å innrette seg etter dem, så sparer de *den prosessen*.

Det å spare folk for prosesser er et praktisk og pragmatisk hensyn, ikke et prinsipielt.<sup>67</sup> Og om folk har innrettet seg, må

---

<sup>63</sup> Augdahl Rettskilder 1973,265.

<sup>64</sup> Jfr Augdahl Rettskilder 1973,264-266 og Fleischer Rettskilder og juridisk metode 1998,186.

<sup>65</sup> Frank 1935, jfr Eckhoffs gjengivelse i Eckhoff 1953,321-326. A. Robberstad 1999,359: Eckhoff om "rettssikkerhetsillusjonen".

<sup>66</sup> Fleischer Rettskilder 1995,xx, se også Ross 1953,54.

<sup>67</sup> Slik også Fleischer 1995,xx.

undersøkes konkret. Hensynet til forutberegnelighet er derimot prinsipielt.

Men hvordan står det til med forutberegneligheten, når Høyesterett selv skaper usikkerhet, som jeg viste foran? Prejudikatene er upålitelige, selv om herskende lære statuerer at Høyesteretts dommer er bindende.

I vurderingen av om Høyesteretts dommer skal anses bindende, må vi også reflektere over Høyesteretts sammensetning.

I et nylig nummer av Lov og Rett er det påvist at det ikke er noen sammenheng mellom de enkelte høyesterettsdommernes yrkesbakgrunn og deres voteringer.<sup>68</sup>

Men som *kollektiv* utgjør Høyesterett en snever elite. Den er derfor dårligere skikket enn Stortinget til å foreta viktige verdimessige avveininger. Det samlede erfaringsgrunnlaget blir for tynt. Og det kan også være for tynt, sammenlignet med en rettstolker som har særlig inngående kjennskap til vedkommende livsområde.

Høyesterett kan lett ta feil, særlig i verdivalgene. I tvilsomme tilfelle vil det å si hvordan retten er, forutsette lovgivningspolitiske vurderinger. Det vil si foreta verdivalg.<sup>69</sup> Det er åpenbart at Høyesterett, med sin sammensetning, ikke har noen opphøyd stilling når det gjelder å foreta slike verdivalg.

Avgjørelsene fortjener ikke større oppslutning enn det tilslutning til verdivalgene tilsier. Er en uenig, må avgjørelsen karakteriseres som gal, dårlig, uheldig. Etter min mening bør en altså også si at den er i strid med gjeldende rett.

Augdahls gjeldende rett-definisjon krever at løsningen skal ha de *beste* grunner for seg. Selv om en høyesterettsdom kan ha gode grunner for seg, er det ikke sikkert at den lever opp til dette høye kravet.

---

<sup>68</sup> Jan Skåre i Lov og Rett 1999 s. 67-77.

<sup>69</sup> I parentes bemerket må rettsvitenskapens fremste oppgave være nettopp å kartlegge disse verdivalgene, som av og til kamufleres av teknisk pregede betraktninger.

Sikkerhets-argumentene er ikke sterke nok til å begrunne en oppfatning om at dommene skal være *bindende*. Dommene bør etter omstendighetene tillegges større eller mindre vekt. Men argumentene *for* det må alltid vurderes konkret i den enkelte sak.

## **6. Konklusjon: Makt, ikke rett**

Hvis Høyesteretts mening i en sak er temmelig forutsigbar, vil nok ikke underrettene dømme annerledes. Selv om de har frihet til det. Hvorfor vil de ikke det?

Det spørsmål jeg har stilt i denne forelesningen, koker ned til et spørsmål om *makt*. Høyesterett har makt, selv om de ikke har rett.<sup>70</sup> Derfor vil deres avgjørelser bli fulgt av andre. Fordi Høyesterett i siste instans har makten til å få sin vilje igjennom, ved å endre domskonklusjonen.

Dette er et viktig resultat av drøftelsen: å konstatere at oppfatningen om at Høyesteretts avgjørelser er bindende, er et resultat av maktstatus, ikke av spørsmål om hva som er rett og godt. Høyesterett har makten, men ikke retten.

Hvem har da retten? Stortinget, de har et demokratisk mandat, eller enhver kvalifisert lovtolker.<sup>71</sup>

Det siste kan jo virke veldig vilkårlig. Mange mener at retten må være objektiv, i den forstand at den knyttes til en objektiv norm. På den måten blir retten ikke avhengig av den enkelte rettstolkers subjektive mening. Hvis en forkaster at Høyesteretts praksis kan utgjøre denne objektive norm, må en søke annetsteds for å finne den.

Noen mener at kravet om *intersubjektivitet*<sup>72</sup> kan oppfylles ved at en knytter an til en slags felles mening innen deler av

---

<sup>70</sup> Jfr Fleischer 1995,50 - som mitt poeng.

<sup>71</sup> Det betyr selvfølgelig ikke at alle tolkninger er like gode, hverken håndverksmessig eller verdimessig.

<sup>72</sup> Se Bernt og Doublet Retten og vitenskapen s. xx.

juriststanden, "det juridiske kommunikative fellesskap".<sup>73</sup> Siden det særlig er universitetsjuristene som ytrer seg skriftlig om gjeldende rett, innebærer dette at det blir disse som avgjør saken.

Selv om et slikt fellesskap skulle finnes (det kan en jo ofte tvile på), virker dette kriteriet enda dårligere egnet enn Høyesteretts praksis. Også dette kriteriet baserer seg på maktforhold, noe særlig Svein Eng har illustrert. Og mange universitetsjurister savner det som er domstolenes store fortrinn: inngående kjennskap til de konkrete konfliktenes.

Hans Petter Graver har fremholdt at svakhetene ved prognoseteorien ikke "blir mindre påtrengende ved å utvide auditoriet til å omfatte en mye mer diffust avgrenset gruppe mennesker."<sup>74</sup>

Vi har ikke noe sikkert kriterium for å finne den gjeldende, den riktige, retten. Vi må leve med usikkerheten. Høyesteretts dommer kan ofte se ut som forstandige løsninger av tvilsomme rettsspørsmål. Men er de *bindende*? nei.

---

<sup>73</sup> Se Bernt i *Kritisk Juss* 1995,31: "Avgjørende for resonnementets holdbarhet er mao. i siste instans ikke det grunnlag det bygger på, men den mottakelse det får i fagmiljøet." Se også Ruth Nielsen *Retskilderne* 1995,212 om rettsvitenskapelig "konsensusteori".

<sup>74</sup> Graver i *Lov og Rett* 1998 s.579-603, her fra s.600.