

## Høyesteretts mandat

Av professor dr. juris Anne Robberstad

Høyesteretts egenproduserte motto «rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling» analyseres i lys av endringer i tvistemålsloven, straffeprosessloven og tvisteloven. En gjennomgang av forarbeider til menneskerettsloven og grunnlovsreformen i 2014 viser at det ikke er grunnlag for en påstand om at Stortinget har lagt hovedansvaret for gjennomføringen av våre menneskerettslige forpliktelser til domstolene, slik Anine Kierulf hevdet i Lov og Rett nr 3 for 2016.

ANNE ROBBERSTAD er professor ved Institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, hvor hun er ansvarlig for faget sivilprosess. Hun er cand.jur. fra 1976 og dr. juris fra Universitetet i Oslo 1999 med avhandlingen *Mellom tvekamp og inkvisisjon*. Hun har også skrevet *Rettskraft* (2006), *Bistandsadvokaten* (2014) og *Sivilprosess* (2015).

### 1 Innledning

Hvem har sagt at Grunnloven er irrelevant som rettskilde? Anine Kierulf synes å mene at jeg har hevdet dette, siden hun bruker utsagnet som tittel på sitt innlegg i Lov og Rett nr. 3/2016.<sup>1</sup> Bakgrunnen er min artikkel «Viljen til å skape lov og Grunnlov» i nr. 1/2016, der jeg blant annet kritiserte den måten det vises til Grunnloven i en rekke høyesterettsavgjørelser etter grunnlovsreformen i mai 2014. Typisk for denne trenden er korte henvisninger til grunnlovsbestemmelser som ikke forklares og som hverken er nødvendige eller opplysende for det konkrete spørsmålet. Som eksempler brukte jeg Rt. 2014 s. 1105 (Acta), Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 42, Rt. 2015 s. 506 (Rett til anke) og Rt. 2015 s. 1103.

Denne måten å bruke Grunnloven på har ingen fellestrekk med tidligere rettspraksis om blant andre Grl. §§ 96, 97 og 105, som Kierulf trekker frem avslutningsvis. Når den konkrete saken krever det, må domstolene selvfølgelig gå inn i en grundig fortolkning av hva som følger av en grunnlovsbestemmelse. I de ovennevnte avgjørelsene er det det motsatte som skjer: det forelå ikke behov for å trekke inn Grunnloven, og det foretas ingen fortolkning av vedkommende bestemmelse.

Som eksempler på en bedre tilnærming til Grunnloven kunne jeg ha trukket frem Rt. 2015 s. 81 (Advokatsamtaler) avsnitt 26-28 og Rt. 2015 s. 155 (Rwanda) avsnitt 37-67. Her er henvisning til de nye Grl. §§ 102 og 104 knyttet til de tilsvarende bestemmelsene i EMK og barnekonvensjonen, som undergis en fortolkning.

Kierulf går ikke inn i noen av de konkrete sakene jeg analyserer i «Viljen til å skape lov og Grunnlov». Hennes bidrag er dermed ikke egnet som grunnlag for en diskusjon om disse avgjørelsene og hvilke slutninger som kan trekkes av dem. Høyesteretts virksomhet bør granskes gjennom en nitid analyse av de enkelte avgjørelsene domstolen tar. Konkret rettsvitenskapelig kritikk kan ikke tilbakevises med at «det treffes så mange avgjørelser hvert år».<sup>2</sup> Blir en rettsvitenskapelig forsker dermed avskåret fra å påpeke feil og mangler?

### 2 Høyesteretts stilling

Juristens oppgave er å beskrive hvordan folk, her dommere i Høyesterett, bør opptre. En Høyesterett som opptrer ekspansjonistisk, er ikke i samsvar med samfunnets forventninger til domstolene. Det gir større mening å diskutere hva som er Høyesteretts mandat eller oppdrag, enn hva som er domstolens «rolle» eller «virke» i dag, slik Kierulf gjør.

<sup>1</sup> Anine Kierulf, «Grunnloven som irrelevant rettskilde» i *Lov og Rett* 2016 s. 185-189.

<sup>2</sup> Det hjelper heller ikke å erstatte rettsvitenskapelig analyse med luftige henvisninger til Kant og Kelsen med flere, slik Kierulf gjør *ibid* s. 185.

Det må være Grunnloven og lovgivningen som avgjør hvilket mandat Høyesterett skal ha, ikke dommerne selv. Grunnloven § 88 om at Høyesterett dømmer i siste instans ble ikke endret i 2014, annet enn språklig.

Etter vår forfatning har Høyesterett ingen formell kompetanse til å skape ny rett. Domstolenes oppgave er å avgjøre konkrete rettsaker, om nødvendig ved hjelp av overordnede normer som lovgiver har bundet seg til, som for eksempel EMK eller Grunnloven.

Jf. Johs. Andenæs *Statsforfatningen i Norge* 1998 s. 166: «[Domstolene] har bare å avgjøre de enkelttilfelle de får seg forelagt på grunnlag av gjeldende rett.» Eivind Smith sier det slik i *Konstitusjonelt demokrati*, 2015 s. 287: «Utgangspunktet om å dømme i samsvar med bestemte typer politiske vedtak betyr selvsagt ikke at vedtakenes tekst kan anvendes uten tolkning. [...] Men i et konstitusjonelt demokrati må oppgaven med å sette generelle rettsregler ut i livet, ikke selv å skape dem, fastholdes som et hovedelement i den dømmende makt.» Se også Anne Robberstad, «Er Høyesteretts dommer bindende?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2000 s. 504-524 om Aschehougs, Castbergs og Hiorthøys syn på Høyesteretts stilling og den senere utglidning representert ved Carsten Smith.

Rent faktisk har Høyesterett en maktstilling som går ut over dette, i det de øvrige domstoler som regel vil følge Høyesteretts rettsoppfatning, av hensyn til den almene sikkerhetsfølelsen.<sup>3</sup> Høyesteretts faktiske makt beror også på den utbredte respekten for høyesterettsavgjørelser, hva enten de er velbegrunnet eller ikke.

Høyesteretts faktiske stilling har resultert i at domstolen har maktet å skape en egen definisjon av hva som er dens hovedoppgave, gjennom frasen «rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling».

### **3 «Rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling» – et vellykket rettspolitisk kupp?**

#### **3.1 Høyesteretts motto**

Dette er historien om hvordan en setning formulert av Carsten Smith ble Høyesteretts motto, et motto som senere ble anerkjent i forarbeidene til tvisteloven av 2005.

I boken *Høyesteretts historie 1965-2015* skriver Jørn Øyrehagen Sunde at trekløveret «rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling» stammer fra en artikkel av Carsten Smith i TfR 1993.<sup>4</sup> Sunde beskriver reaksjonene på daværende professor Carsten Smiths foredrag på dommermøtet i 1974 og stridende synspunkter frem til årsmeldingen for Høyesterett for 2014, der justitiarius Tore Schei skrev at Høyesteretts hovedoppgave er «å bidra til rettsavklaring og rettsutvikling innenfor de rammene som følger av Grunnlov og lov».<sup>5</sup> På Høyesteretts hjemmeside presenterer domstolen seg slik i dag: «Høyesterett skal arbeide for rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling.»<sup>6</sup> Det er nærliggende å se dette som Høyesteretts egen oppfatning av sitt mandat, uttrykt i kortform. En merker seg at henvisningen til rammene rettsutviklingen skal skje innenfor, ikke er med her.

Lengre nede på hjemmesiden, under lenkene Om Høyesterett, Virksomheten, står det:

«Som landets øverste domstol skal Høyesterett sørge for rettsenhet og bidra til avklaring der rettstilstanden kan være uklar. Høyesterett har også et ansvar for rettsutviklingen, innenfor lovgivningens rammer, der nye samfunnsproblemer krever det. Saker som reiser prinsipielle spørsmål ut over det konkrete saksforhold, vil derfor ofte slippe inn til behandling.»

<sup>3</sup> Jf. Anne Robberstad, «Er Høyesteretts dommer bindende?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2000 s. 513 og 521-524.

<sup>4</sup> Jørn Øyrehagen Sunde, *Høyesteretts historie 1965-2015*, Bergen 2015 s. 88 om Carsten Smiths «Voldgift – domstolenes konkurrent og hjelper» i *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1993 s. 477.

<sup>5</sup> Se nærmere i Sunde *Høyesteretts historie* s. 36-42 og 86-98.

<sup>6</sup> <http://www.domstol.no/hoyesterett>, per 16.3.2016.

Det har vært hevdet at prosesslovene bygger opp til at Høyesterett skal drive rettsutvikling.<sup>7</sup> For tvistelovens del kan dette sies å være riktig i den forstand at det tredelte mottoet gjentas flere ganger i forarbeidene til tvisteloven av 2005. Den som liker å tallfeste fenomener, kan finne at frasen «rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling» brukt om Høyesterett forekommer hele ti ganger i proposisjonen til tvisteloven. Det er derfor av interesse å se nærmere på denne beskrivelsen av Høyesteretts oppgaver.

### 3.2 Endringen av tvistemålsloven i 1981 og to-instansreformen av 1993

Endringen av silingskriteriet i tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr 4 i 1981 kom i stand etter initiativ fra Høyesterett selv.<sup>8</sup> I et brev til Justisdepartementet i 1979 skrev domstolen: «Hovedoppgaven for landets øverste domstol er å vareta rettsenheten og lede rettsutviklingen på områder hvor lovgivningen ikke strekker til.» Derfor måtte Høyesterett få den nødvendige tid til behandling av de saker «som har størst betydning for rettsenheten og rettsutviklingen».<sup>9</sup> Det ble redegjort for den store arbeidsbyrden, men ikke gitt noen ytterligere begrunnelse. Departementet var enig i forslaget om at anker kunne nektes fremmet når «verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre forhold gir grunn til at anken blir prøvd av Høyesterett». Regelen ble senere avløst av samtykkekravet i tvl. § 30-4.

To-instansreformen i straffeprosessen kom av to grunner, den ene var ønsket om å frafalle Norges forbehold ved tilslutning til FNs barnekonvensjon og konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), se dennes art. 14 nr. 5 om rett til overprøving av både domfellelse og straffutmåling. Den andre, og kanskje viktigste, grunnen var ønsket om å avlaste Høyesteretts og særlig kjæremålsutvalgets arbeidsbyrde med straffesakene.<sup>10</sup> To-instansutvalget viste til at Høyesteretts primære oppgave er «å lede rettsutviklingen gjennom avgjørelser med rekkevidde utenfor den enkelte sak».<sup>11</sup> Lovarbeidet resulterte i den nye § 323 i straffeprosessloven om at anke til Høyesterett krever samtykke, og, i annet punktum: «Samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken prøvd i Høyesterett.» Løsningen i tvl. § 30-4 ble altså foregrepet i straffesaker tolv år tidligere.

Vi ser at begge disse endringene var begrunnet i behovet for lettelser i Høyesteretts arbeidsbyrde. I 1979 ga Høyesterett selv en beskrivelse av sin oppgave, som departementet i alle fall delvis sluttet seg til: «Med det betydelige ansvar Høyesterett har for rettsutviklingen, er det etter departementets mening viktig at domstolen får rimelig tid til overveielser [...]»<sup>12</sup> Det var ingen nødvendig sammenheng mellom oppgavebeskrivelsen og forslaget, i det den alt for store arbeidsbyrden i seg selv hadde vært tilstrekkelig begrunnelse for å innføre strengere silingskriterier.

Sunde viser i *Høgsteretts historie* til at utviklingen har vært styrt ikke så mye av ideologiske, men av praktiske grunner, og at det alltid var mest presserende å løse restanseproblemet (s. 98 og 130). Men i sitt foredrag i 1974 koblet Carsten Smith behovet for at Høyesterett skulle konsentrere seg om prinsipielle saker (noe alle var enige i), til at Høyesterett skulle være dristig og aktiv (s. 87-88).

Hva det kunne innebære at Høyesterett skulle «lede rettsutviklingen», ble ikke nærmere forklart i forbindelse med lovendringene i 1981 og 1993. Vi går videre til den større reformen, vedtagelsen av tvisteloven i 2005.

<sup>7</sup> Slik Kierulf *op. cit.* s. 186.

<sup>8</sup> Lov av 22. mai 1981 nr 24 om endringer i rettergangslovgivningen m.m. Lignende regel var vedtatt allerede i 1960, men den var begrenset til «særlige tilfelle» og nevnte dessuten også betydningen for partene.

<sup>9</sup> Hele brevet er referert i Ot. prp. nr. 41 (1980-81) s. 4-6. Jf. Sunde *op. cit.* s. 89 og 127-128.

<sup>10</sup> NOU 1992: 28 To-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker, s. 24 og 35-42.

<sup>11</sup> *Ibid* s. 44, jf. Sunde *op. cit.* s. 92 og 125-127.

<sup>12</sup> Ot. prp. nr. 41 (1980-81) s. 7, som det ble referert til i NOU 2001: 32 *Rett på sak* bind A s. 363.

### 3.3 Tvisteloven

#### 3.3.1 Tvistemålsutvalgets utredning

Av forarbeider til tvisteloven har vi først Tvistemålsutvalgets utredning, et utvalg som var ledet av høyesterettsdommer Tore Schei.<sup>13</sup> Utredningen har et eget kapittel, 13, om anke til Høyesterett. Her heter det at Høyesteretts hovedoppgave er å bidra til å skape rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling. Det vises til uttalelser i tidligere proposisjoner som støtter opp under dette standpunktet.<sup>14</sup> Ikke noe sted i utredningen går en inn på hva «rettsutvikling» kan bestå i eller typisk handler om. Ett sted angis som motsetning (til rettsavklaring og rettsutvikling) «saker hvor betydningen av saken utelukkende ligger på det konkrete plan».<sup>15</sup> Hele veien handler det om å innrette reglene slik at Høyesterett får behandle saker der rettsanvendelsen får betydning ut over den enkelte sak, slik silingskriteriet fra 1981 i tvistemålsloven § 373 ga anvisning på. Høyesterett bør kunne få «konsentrere seg om de prinsipielle rettsspørsmålene».<sup>16</sup>

#### 3.3.2 Regjeringens proposisjon til tvistelov

I proposisjonen til tvisteloven blir Tvistemålsutvalget referert slik: «Utvalget legger til grunn at hovedoppgaven for Høyesterett må være rettsavklaring og i noen grad rettsutvikling.»<sup>17</sup> Allerede her merker vi en nedtoning av rettsutvikling som hovedoppgave. Departementet sier seg enig i at Høyesterett i hovedsak skal ha ansvar for rettsavklaring og «i noen grad» rettsutvikling.<sup>18</sup> I avsnittet om Høyesteretts oppgaver blir dette ytterligere presisert:<sup>19</sup>

«Departementet er enig i at Høyesteretts hovedoppgave er å bidra til rettsenhet, rettsavklaring og i noen grad rettsutvikling i samspill med de lovgivende myndigheter. [...] Rettsutviklingen gjennom Høyesteretts praksis må skje i samspill med de lovgivende myndigheter og med en vekt på spørsmål der Stortinget har overlatt den videre rettsutvikling til domstolene.»

I sammendraget foran i proposisjonen sies det om domstoler generelt:<sup>20</sup>

«Departementet vektlegger domstolenes sentrale funksjon som tvisteløser, men framhever blant annet domstolenes rolle i rettsutviklingen ved at domstolene innenfor alle livs- og samfunnsområder får anledning til å foreta den ønskede utfylling og videreutvikling av lovreglene som ikke skjer gjennom endringer av lov- og forskriftsverk.»

Det er her ingen tvil om hvem som har det overordnede ansvaret for rettsutviklingen, det er Storting og regjering, gjennom å gi lover og forskrifter.

På enkelte detaljområder overlates utviklingen av sivilprosessen til rettspraksis, som for eksempel rettskraftvirkningen av utleverings- eller fravikelsesdommer.<sup>21</sup> Dette må sies å være et teknisk-juridisk spørsmål av liten praktisk interesse.<sup>22</sup>

<sup>13</sup> Daværende førsteamanuensis Arnfinn Bårdsen var også medlem av dette utvalget.

<sup>14</sup> NOU 2001: 32 *Rett på sak* bind A s. 363, se også s. 358, 359 og 364-376.

<sup>15</sup> *Ibid* s. 364.

<sup>16</sup> *Ibid* s. 368.

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 45. Setningen gjenfinnes i NOU 2001:32 *Rett på sak* bind A s. 234, i et avsnitt om tingrettenes oppgaver, men ikke i kapittel 13 om Høyesterett.

<sup>18</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 46.

<sup>19</sup> *Ibid* s. 302-303. Jfr også Skoghøy, «Domstolsskapt prosessrett» i Matningsdal, Skoghøy og Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling. Festskrift til Tore Schei*, Oslo 2016, s. 85.

<sup>20</sup> *Ibid* s. 15.

<sup>21</sup> *Ibid* s. 259. Se også s. 142 om utvikling av den rettslige standarden i tvl. § 1-3 (søksmålsbetingelsene).

<sup>22</sup> Jf. Robberstad, *Rettskraft*, Bergen 2006 s. 148-151 om striden om «den bakenforliggende rettighet» blir avgjort.

### 3.3.3 Stortingets behandling av tvisteloven

Stortingets justiskomite uttalte at «Høyesterett bør i hovedsak ha ansvar for rettsavklaring og i noen grad rettsutvikling». Men en enstemmig komite ga også sitt eget bidrag: Komiteen trakk frem regjeringsadvokatens høringsuttalelse, der det var vist til maktfordelingen og til at domstolenes viktigste rolle er å avgjøre rettslige tvister ut fra gjeldende rett, og videre: «I lys av dette må domstolenes rettsutviklende virksomhet sees mer som et unntak fra den ordinære dømmende virksomhet enn som et overordnet mål i seg selv.»<sup>23</sup> Storkomiteen var altså tindrende klar på at tvisteloven ikke skulle innebære noen endring i maktfordelingen mellom den lovgivende og den dømmende makt.

### 3.3.4 Tvistelovens ordlyd

Viktigere enn forarbeider er som regel lovens ord. Tvisteloven sier om lovens formål i første ledd i § 1-1:

«Loven skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av retts tvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler. Loven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene.»

Her er flere trekk iøynefallende: Domstolene er omtalt under ett, det skilles for eksempel ikke mellom Høyesterett og tingrettene. Og bare ett av de tre elementene i Høyesteretts motto er uttrykkelig nevnt, rettsavklaringen. Rettsenheten kan lett tolkes inn i disse formuleringene, det er hverken tillitskapende eller rettferdig hvis ulike domstoler avgjør lignende saker ulikt, og samfunnets behov for respekt for reglene blir heller ikke imøtekommet da. At domstolenes oppgave skulle være å bedrive rettsutvikling, finner vi imidlertid ikke spor av i denne formålsformuleringen.

Allikevel kan vi nok, ut fra forarbeidene, si at domstolene, og i særlig grad Høyesterett, har fått et begrenset mandat til å drive en viss grad av rettsutvikling. Under ledelse av Carsten Smith og Tore Schei har Høyesterett drevet igjennom sin egen definisjon av virksomheten: «rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling». Men innholdet i «rettsutvikling» er i lovgiverens øyne et helt annet enn det Carsten Smith så for seg i 1974.<sup>24</sup> Hovedvekten skal legges på spørsmål der Stortinget uttrykkelig har overlatt utviklingen til domstolene. Så kuppet kan sies å være vellykket i navnet, men ikke i gavnet.

«Domstolenes rettsskapende virksomhet» er et kjent og kjært tema til eksamen i rettsstudiet, Torstein Eckhoffs kapittel med samme navn i hans *Rettskildelære* har vært pensum i 45 år.<sup>25</sup> Ikke minst på privatrettens område har domstolene vært tvunget til å skape ny rett, fordi den konkrete saken ellers ikke kunne løses. Det har også hendt at domstolene har gått på tvers av lovgivers uttrykte vilje, som i Rt. 1979 s. 1079 (Sinnssykes ankerett). Men de fem avgjørelsene jeg kritiserte, kan ikke legitimeres ved en henvisning til at Høyesterett må drive rettsutvikling. Feltet var spekket med rettskilder, til dels med ferske uttalelser i forarbeider.

## 4 Hvem har hovedansvaret for gjennomføringen av våre menneskerettslige forpliktelser?

### 4.1 Menneskerettsloven

<sup>23</sup> Innst. O. nr. 110 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) s. 9-10.

<sup>24</sup> Foredraget «Domstolene og rettsutviklingen» ble trykt i *Lov og Rett* 1975 s. 292 flg. og i Carsten Smith, *Statsliv og rettsteori*, Oslo 1978, s. 328-355. Sist nevnte sted heter det s. 352: «[...] det betyr videre at den viktigste oppgave i Høyesterett ikke bør være analyse av rettskilder, men formulering av rettspolitiske standpunkter.»

<sup>25</sup> Se nå Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave 2001.

Er menneskerettighetene et felt der Stortinget har overlatt rettsutviklingen til domstolene? Kierulf hevder at Stortinget har lagt hovedansvaret for gjennomføringen av våre menneskerettslige forpliktelser til domstolene, via menneskerettsloven i 1999 og vedtagelsen av grunnlovsreformen i 2014.<sup>26</sup> Påstanden fremsettes uten noe forsøk på belegg ved henvisning til kilder.

Menneskerettsloven (nr. 30/1999) ble forberedt av et utvalg ledet først av professor Carsten Smith og deretter av daværende advokat Erik Møse. Utvalget fremholdt at norske lovgivende myndigheter søker å sikre at lovene til enhver tid er i samsvar med menneskerettskonvensjonene og at det er viktig at lovgiver fortsetter med å sørge for dette.<sup>27</sup> I et avsnitt om forholdet mellom lovgiver og domstoler stilte utvalget spørsmålet, under henvisning til en dansk debatt (min utheving):<sup>28</sup>

«Dersom reformen innebærer at domstolene oftere vil bli stilt overfor spørsmålet om en lov er i samsvar med en konvensjonsbestemmelse, kan det spørres om dette vil innebære en maktforskyvning fra lovgiver til domstolene, slik at det i større grad enn vi er vant til blir domstolene, og ikke lovgiver, som foretar de politiske avveiningene i vårt samfunn. Mange av konvensjonsbestemmelsene er skjønnsmessige og gir rom for avveininger.»

Utvalget besvarte dette ved å si at det er liten grunn til å tro at innarbeidelse av menneskerettskonvensjoner vil forrykke balansen mellom lovgiver og domstoler «så lenge domstolene ikke er mer villige til å sette seg utover lovgivers vurdering av en lovs konvensjonsmessighet enn de i dag er når det gjelder en lovs grunnlovsmessighet [...]».<sup>29</sup> Selv om konklusjonen altså er noe åpen, er det intet grunnlag for å ta utvalgets utredning til inntekt for at hovedansvaret for gjennomføring av menneskerettslige forpliktelser heretter bør legges til domstolene. Noe slikt grunnlag finnes heller ikke i proposisjonen til menneskerettsloven.<sup>30</sup>

#### 4.2 Grunnlovsreformen i 2014

Det såkalte Lønning-utvalgets rapport har generelle drøftelser av demokrati, domstolskontroll og rettsliggjøring, herunder Maktutredningens syn på grunnlovsfesting av en omfattende rettighetskatalog.<sup>31</sup> Utvalget fremholdt (s. 56):

«De sentrale menneskerettighetene, som skranke for den lovgivende og den utøvende makt, og domstolenes bidrag til å sikre disse rettighetene, er nødvendige elementer i enhver rettsstat.»

Jeg oppfatter denne setningen som at det primære ansvaret for å sikre menneskerettighetene ligger hos Storting og regjering, selv om domstolene også skal gi sitt bidrag. I kapitlet om håndheving og kontroll skilles det mellom forhåndskontroll og etterhåndskontroll, den siste utøves av forvaltningen, Sivilombudsmannen og domstolene. Utvalget mener at det bør «tilrettelegges for at Stortinget gis en bedre mulighet til å ta reell stilling til tvilsomme og viktige grunnlovsspørsmål».<sup>32</sup> Som kjent foreslo utvalget også en grunnlovsfesting av den eksisterende rett for domstolene til prøving av grunnlovsmessigheten av lover og forvaltningsvedtak, dette ble vedtatt som ny § 89 i 2015.

<sup>26</sup> Kierulf *op. cit.* s. 187.

<sup>27</sup> NOU 1993: 18 *Lovgivning om menneskerettigheter* s. 82 og 84.

<sup>28</sup> *Ibid* s. 83.

<sup>29</sup> *Ibid* s. 86.

<sup>30</sup> Ot. prp. nr. 3 (1998-99) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), se s. 20 og 36.

<sup>31</sup> Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 53-57.

<sup>32</sup> *Ibid* s. 78.

Ikke noe sted hos Lønning-utvalget finner jeg tegn til at det ble overlatt til domstolene å skape innholdet i de nye bestemmelsene, eller, med Kierulfs ord, at hovedansvaret ble plassert der. Ved å slå fast at *forslagene ikke innebærer ytterligere rettsliggjøring* (s. 57) og at de ikke innebærer noen endring av rettstilstanden, ga utvalget tvert imot et klart signal om at situasjonen skulle bli slik den var. Dette innebærer at Storting og regjering fortsatt har det primære ansvaret, men også domstolene tolker og utfyller menneskerettighetene slik de er fastsatt i Grunnlov, lov og konvensjoner. Når det gjelder internasjonale konvensjoner som har håndhevingsorganer, innebærer dette at alle myndigheter må følge med på utviklingen av praksis i de internasjonale organene. Den rettstilstand som ikke skulle endres, var jo ikke fast og uforanderlig, men i stadig utvikling. Det foranderlige ved den skulle bestå. Det ligger ikke i dette noen overføring til domstolene av myndighet og oppgaver som de ikke allerede hadde.

Stortingets kontroll- og konstitusjonskomite bemerket: «Endringene er ikke ment å forandre det som allerede er gjeldende rett i Norge, men å gi én del av denne retten - de mest sentrale menneskerettighetene - grunnlovs rang.» Komiteen la blant annet til.<sup>33</sup>

«Det er folket i frie valg som velger sine representanter. Det rådende flertall gir gjennom lov og vedtak rettigheter og muligheter til innbyggerne i tråd med sine politiske prioriteringer. Blant Grunnlovens viktigste oppgaver er å angi rammene for de politiske vurderinger, og skranker der individets rettigheter er ukrenkelige.»

Stortingets syn på hvem som er den primære adressat for menneskerettshåndhevingen skulle etter dette være klart, det er Stortinget. Høyesterettsdommer Arnfinn Bårdsen, som også viste til dette sitatet i en tale på et dommermøte i Stockholm, hevder derimot at kontroll- og konstitusjonskomiteen forutsetter at Høyesterett har en nøkkelrolle, «som konstitusjonsdomstol og grunnlovstolker», og: «Dette har ikke Stortinget – *qua* grunnlovsgiver – uttrykt tidligere.»<sup>34</sup> Nei, og Stortinget har heller ikke uttrykt dette i mai 2014.

I «Viljen til å skape lov og Grunnlov» skrev jeg at grunnlovsendringen i 2014 har gitt de dommere som ønsker det, et middel til selv å skape retten, i en grad vi knapt har sett tidligere. Det betyr ikke at det er legitimt å bruke denne muligheten. Det er intet ved denne endringen som signaliserer at de folkevalgte har ønsket en større grad av rettsskapende virksomhet fra Høyesteretts side.

## 5 Høyesterett og prosesslovgivningen

Det er et spesielt nært forhold mellom Høyesterett og prosesslovgivningen. Jeg tenker ikke på det faktum at det er denne lovgivningen som regulerer domstolenes arbeid. Snarere på at inntil nylig var det to av Høyesteretts egne dommere som hadde skrevet de verkene som domstolen viser til når den begrunner prosessuelle standpunkter i sivile saker: Tore Schei med flere sin kommentar til tvisteloven og Jens Edvin A. Skoghøys store håndbok om tvisteløsning. Schei skrev i 1990 en kommentar til tvistemålsloven, som dagens kommentarutgave er en fortsettelse av, nå med to andre høyesterettsdommere blant medforfatterne, Bårdsen og Toril M. Øie. Som leder for Tvistemålsutvalget hadde Schei en førende rolle i å skape tvisteloven. I en rosende omtale av Scheis egen lovkommentar fremholdt Per Henrik Lindblom faren forbundet med «rundgång i rättskällorna» når samme person lager loven, kommenterer den og dømmer ut fra den.<sup>35</sup>

Gjør det nære forholdet mellom sivilprosessloven og høyesterettsdommere at dommerne betrakter denne som «sin egen» lov, som de kan praktisere fritt etter sitt eget hode? De fem

<sup>33</sup> Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen, s. 20.

<sup>34</sup> Arnfinn Bårdsen, "De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett", Nordisk høyesterettsdommerseminar i Stockholm 23. og 24. mars 2015, publisert på Høyesteretts hjemmesider under lenken Artikler og foredrag, avsnitt 24 og 49.

<sup>35</sup> Per Henrik Lindblom, «Kommentarer om lagkommentarer» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2000 s. 401-428.

avgjørelsene jeg trakk frem i min forrige artikkel kan tyde på en slik holdning til lovgivningen. Eller er de bare et utslag av dårlig juridisk håndverk?

Prosessregler oppfattes av mange som dommernes «eget bord» og som pirkete detaljregler som jurister flest er mindre opptatt av. Når noen hevder at små endringer i prosessreglens silingskriterier har medført endring i forholdet mellom statsmaktene, er det på høy tid at flere interesserer seg for denne delen av lovgivningen.