

Professor dr.philos. Rune Slagstad

Institutt for samfunnsforskning

Debatten om Høyesterett i kontekst

Det Nordiske Administrative Forbund, 30.11.2017

Jeg er bedt om å gi en kontekstualiserende kommentar til Jens Edvin Skoghøys foredrag «Høyesterett som politisk organ». Den er ordnet i fire punkter: internjuridisk kontekst (1), historisk kontekst (2), aktuell kontekst (3), kontekstualisering av professor Skoghøys nye oppdrag (4).

1. *Internjuridisk kontekst.* - Jens Edvin Skoghøy har gitt en meget grundig og overbevisende redegjørelse for måter Høyesterett utfører sine funksjoner i det politiske system, med et oversiktlig riss av grunnlaget for Høyesteretts funksjon som statsmakt, anskueliggjort gjennom illustrerende eksempler fra de siste 20 år. Presserende nasjonale spørsmål som har vært forelagt Høyesterett, forklares og diskuteres; det gjør også de dels grunnleggende nye, ofte utfordrende spørsmål fra EU- og EMK-retten. Vi sitter igjen med en vel belagt analyse av den rolle domstolene som statsmakt har spilt og spiller i det spenningsfylte møte mellom en pragmatisk, nasjonal jus og den internasjonale innflytelse, kanskje særlig fra rettighetsjussen. Det gis eksempler på ulike dommer, belagt med henvisninger til ubestridelige autoriteter på de felt som behandles, i første rekke dommer Skoghøy selv, selvfølgelig – som rettskilde i form av rettspraksis (Skoghøy i HRs vota) eller rettsteori (Skoghøy i tidsskriftartikler). Stedvis glir Høyesterett og Skoghøys Høyesterett over i hinannen.

Vi får et bilde av Høyesterett sett innenfra, basert på nært kjennskap til det juridiske primærmateriale og de rettslige arrangementer overhodet. Med sirlig nøyaktighet forklares Høyesteretts fortolkende og rettsskapende virke. Dagens foredrag vil bli stående som en grunnleggende refleksjon over Høyesteretts bidrag de siste tiår til den alminnelige rettsutvikling, med et hovedperspektiv på den domstolskapte rett og derved Høyesterett som prejudikatdomstol.

En grunnleggende problematikk er domstolenes normskapende virksomhet. At normer kan fremkomme gjennom lover vedtatt av Stortinget, er klart. At de også skapes av domstoler,

som må avgjøre saker også i «lovtomme rom», er like klart, men noe mer kontroversielt. Domstolenes normskapende virksomhet skjer også gjennom deres fortolkning og dermed utvikling av eksisterende lover. Dette er logisk uunngåelig - og på samme tid gjenstand for vedvarende diskusjon innen rettsvitenskapen og den bredere samfunnsdiskurs. Særlig gjelder det Høyesteretts rolle som produsent av «prejudikater». Høyesterett er og «skal hovedsakelig være en prejudikatdomstol», sier Skoghøy med rette. Med sin innsikt i jussens grunnleggende normative strukturer gir han et bilde av domstolenes institusjonelle egenart og viser derved til en nødvendig, om enn ikke tilstrekkelig betingelse for en vitenskapelig fremstilling av Høyesteretts posisjon blant de høyeste statsmakter.

Med tittelen «Høyesterett som politisk organ» følger, også hos Skoghøy, det obligatoriske bukk til Seip/Andenæs-kontroversen på 1960-tallet. Men det blir med bukket, for kontroversens sentrale tematikk om forholdet mellom jus og politikk nærmest fordufter i hans skisse. Denne kontrovers er ikke Skoghøys kontekst – hans kontekst er en annen. Skoghøys forløper er *Den dømmende makt. Domstolene og rettsutviklingen 1814-1964*, som utkom samtidig med Seip/Andenæs-kontroversen. Dette verket ga en meget kompetent gjennomgang av rettsutviklingen siden 1814 med Høyesterett som fokus, særlig inngående var fremstillingen av Høyesterett som prejudikatdomstol. (På denne bakgrunn kan det i parentes bemerkes at Jørn Øyrehagen Sundes hovedtese i siste bind av Høyesteretts historie fremstår som noe underlig når han hevder at Høyesterett siden 1965 ganske upåaktet er blitt «transformert til ein rettsutviklande prejudikatdomstol».) *Den dømmende makt* var skrevet av tre dommere med høyesterettsdommer Finn Hiorthøy i spissen. Historikerne glimret stort sett med sitt fravær i fremstillingen. Perspektivet var, som hos Skoghøy, overveiende internjuridisk. Jus er jus - politikk er politikk, og forholdet mellom jus og politikk er nærmest en sak for ikke-juristene - historikerne (og kanskje en og annen sosiolog eller statsviter).

Skoghøys rettslige refleksjon over HR som politisk organ har sin utvilsomme verdi, men den beror på et noe trangt perspektiv som gjør debatten om HR som politisk organ litt mindre interessant.

2. *Historisk kontekst.* - Det er selvfølgelig ikke Skoghøys synspunkt, men hans foredrag etterlater et inntrykk av at lite har vært skrevet og sagt om HR som politisk organ siden Seip/Andenæs-kontroversen. Derved befinner hans analyse seg nærmest i et historisk-teoretisk vakuum. «I hvilken grad har den norske høyesterett vært et politisk organ? Jeg vil tro i ekstrem grad.» Dette var Jens Arup Seips tese i 1964. Seip ble behørig imøtegått av Johs.

Andenæs på vegne av juristlauget, men til tross for sine åpenbare mangler ble Seips intervensjon tatt meget alvorlig, og med rette. For den rykket diskusjonen av Høyesterett ut av den internjuridiske horisont, og ble opptakten til en tiårlang fruktbar strid om demokrati og rettsstat med Høyesteretts institusjonelle rolle som tilbakevendende tema, en høyst fruktbar debatt mellom jurister og ikke-jurister (for å holde oss til juristenes dikotomiserte verdensbilde): Sejersted d.e., C. Smith, E. Smith, Slagstad, Kjønstad, Kierulf, Schei, Graver, Tverberg, Grendstad, Øyrehagen Sunde, Holmøyvik, mfl.

Ikke uvanlig søkes standpunktene i diskusjonen om Høyesterett plassert langs venstre-høyre-aksen: den ene fløy som Høyesteretts begrenser, den andre som Høyesteretts forsvarer. Men dette er, i Norge som i andre land, en forenklet fremstilling. Snarere kan Høyesterett sees som en korrigerende, opposisjonell institusjon vis-à-vis den styrende, politiske makt – en negativ makt, hvis bremseklosser fremstår mer nedslitte i enkelte perioder. Opposisjonsdimensjonen har ikke vært like tydelig i Norge som f.eks. i USA, der Høyesterett i konservative politiske tider har vært en klar pådriver for progressive verdier, så som segregeringsstopp og likebehandling. I Norge stemmer høyre-venstre-aksen i noen perioder, i andre ikke.

To av nasjonens fremste ideologer i tiden etter 1814 – Christian Magnus Falsen, Eidsvollsmannen, og Henrik Steenbuch, professor i lovkyndighet 1818-1839 – kolliderte eksempelvis i synet på domstolsmakten. For Falsen var Kongen Grunnlovens vokter overfor de folkevalgte, med den dømmende makt i en underordnet posisjon – «i Grunden meget uegentlig talt at bruge Benevnelsen *dømmende Magt*». Steenbuch, som ville forene demokratisk folkesuverenitet med liberal konstitusjonalisme, ville kanalisere mest mulig politisk makt til Stortinget, men det var en grense også for lovgivningsmakten: «Ingen [...] kan være pligtig at efterleve en Storthingslov forsaavidt den skulde stride mod Grundloven, hvilket Spørgsmaal Domstolene med fuld juridisk Virkning maatte kunde afgjøre.» Steenbuch var på Stortinget som representant for den radikale, patriotiske fløy samme år, i 1828, som Falsen var justitiarius i Høyesterett. Fra sin professorale universitetsposisjon tildelte Steenbuch Høyesterett rollen som Grunnlovens vokter – en rolle Høyesterett selv på det tidspunkt ikke hadde klart for seg, og som iallfall ikke justitiarius Falsen identifiserte seg med.

Senere på 1800-tallet, også utover det, var det stadige forsøk på å styre Høyesterett politisk gjennom utnevning av ekstraordinære dommere. Forestillingen om Høyesteretts relative institusjonelle autonomi, artikulert i embetsmannsstaten fra 1850-tallet, ble vedvarende utfordret i de etterfølgende regimer, venstrestaten og arbeiderpartistaten.

Når Tony Judt i *Postwar* (2007) påpekte gjenoppdagelsen av den liberale konstitusjonalisme i Europa på 1990-tallet, kunne Francis Sejersted med en viss tilfredshet i *The Age of Social Democracy* (2011) minne om at det var en gjenoppdagelse som de forutgående tiår var foregrepet i den nevnte, norske «rettsstatsdebatten», først blant historikere, etter hvert med forgreninger inn i jus, statsvitenskap og, smått om senn, også i det politiske miljø. De siste 30-40 år kan fra denne vinkel sees som et gjennombrudd for det rettsliberale: Kløfta-saken 1976, menneskerettighetenes positivering gjennom menneskerettsloven i 1999, den vedvarende politiske tilslutning til dette prosjekt som kulminerte med den liberale grunnlovsreform i 2014 med inkludering av en menneskerettighetskatalog. Domstolenes prøvingsrett, denne fremste rettsliberale garanti som Steenbuch hadde anslått rettsteoretisk allerede i 1824, var Seips fremste angrepspunkt, idet han derved sluttet ringen tilbake til Falsen. Steenbuch skulle på sin side få sin renessanse post Seip i 2015 da Stortinget tok Høyesteretts prøvingsrettslige kompetanse inn i Grunnloven, 200 år etter at Steenbuch utga den første grunnlovskommentaren.

3. *Aktuell kontekst.* - Denne historikk forutsettes kanskje som selvfølgelig bakteppe for Skoghøy, men den manglende historiske eksplikasjon og selvrefleksjon blir prekær når han nærmest en passant hevder at temaet «Høyesterett som politisk organ» i dag er «langt mindre betent».

Som historiker stusser jeg over Skoghøys summarisk forskjønnende reformulering ad 2015: «Etter grunnlovsendring i 2015 bestemmer Grunnloven § 89 at domstolene har ‘rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven’. Bestemmelsen kodifiserer tidligere konstitusjonell sedvanerett.» Dette er rettslig sett helt riktig, men politisk slett ikke så sømløst. Prøvingsretten kom inn i Grunnloven i 2015 - og ikke ved den generelle grunnlovsreform i 2014 - nettopp fordi dens funksjon er politisk spenningsfylt. Utsettelsen av § 89 skyldtes ikke minst innsigelser fra den nåværende regjeringsadvokaten, som hadde ivret for at Stortinget i forarbeidene skulle snevre inn prøvingsretten. Vi kan jo forestille oss hvordan hans argumentasjon om prøving under Grunnloven § 112 i de nylig avsluttede forhandlinger om klimaspørsmålet ville sett ut, om han i 2014 hadde vunnet frem med sitt syn. Regjeringsadvokaten, som har fått den en gang så revolusjonære *Klassekampen* som et slags husorgan, en medial prosessfullmektig for statens prosessfullmektig, frykter uansett - sekundært av avisens postleninistiske redaktør – at vi kan

nærme oss «amerikanske tilstander» i rettslivet. Han får også støtte fra helt annet hold, fra Peter Frølich, nestleder i Stortingets justiskomite – endog bergenser fra det tradisjonelle rettsstatspartiet Høyre. Den samme Frølich som før dom er falt i klimasøksmålet, har uttrykt at det bare er ett mulig svar domstolene kan komme til i saken, og hvis de ikke kommer til det, må Grunnloven endres – noen få år etter at hans parti støttet den formulering paragrafen nettopp har fått. - Fra en tredje vinkel har en statsviter fra Bergen nylig foreslått en politisering av dommerutnevnelserne til Høyesterett mer eller mindre etter amerikansk forbilde.

For Skoghøy er jus jus og politikk politikk, for Seip var derimot jus politikk, først og fremst det. Skoghøy blir slik Seips speilvendte motstykke. «Politikk handler om å styre og lede samfunnsutviklingen» - slik lød Skoghøys åpningssetning. Men politikk er ikke bare styring og ledelse, politikk er også interessekamp og strid. Derfor er det også strid om Høyesteretts «egentlige» rolle – den er vedvarende, uansett hvor rettslig avklart denne rollen for tiden er. Det var politikk som strid mellom konflikterende interesser Seip poengterte, men som blir borte hos Skoghøy. Den er vedvarende til stede både i og omkring rettsinstitusjonene, Høyesterett inklusiv. Hadde domsvirksomhet bare vært mekanisk applikasjon og logisk deduksjon, ville ingen dommer vært avsagt under dissens. Men domsvirksomhet forutsetter både tolkning og skjønn. Innenfor faglige normer, men likefullt. Det er nettopp dette som bidrar til en spenningsfylt debatt. Også Høyesteretts dommere er mennesker, farget av sitt samfunnssyn, et rettslig lutret samfunnssyn.

Disse bemerkninger utfyller Skoghøys noe idylliserende portrett av den aktuelle tilstand.

4. *Kontekstualisering av professor Skoghøys nye oppdrag.* - Selv om domstolsmakten og dens politiske betydning har vært diskutert på ulike måter gjennom hele Høyesteretts historie, har Høyesteretts institusjonelle egenart vært undertematisert i norsk samfunnsvitenskap, i sosiologi, statsvitenskap og jus, også der. Torstein Eckhoff, en av etterkrigsnorges mest betydelige jurister, delte i det prinsipielle Seips syn på Høyesterett, riktignok med en forskyvning: Mens Seips perspektiv var Høyesteretts demokratibremsende rolle (prøvingsretten var «en kjepp med vilje kastet inn i demokratiets hjul»), var Eckhoffs perspektiv snarere Høyesteretts bremsende rolle i *forvaltningens* ekspanderende hjul. Heller ikke Vilhelm Aubert, den utvilsomme ener blant norske rettssosiologer, som i sine studier viet domstolene betydelig oppmerksomhet, bidro til avklaring av Høyesteretts institusjonelle egenart.

I Maktutredningen på 1970-tallet glimret domstolene (som rettslivet for øvrig) med sitt fravær. Det samme kan i hovedsak sies om den siste maktutredning omkring år 2000. Her var det riktignok en del om rettsliggjøringens følger, men ingen analyse av de rettslige institusjoner. Undertematiseringen av Høyesterett har tillike vært en undertematisering av liberaliteten og dens institusjonelle forutsetninger. Når sosiologien og statsvitenskapen gjennomgående har satt parentes om domstolene, er det desto mer underlig at ikke rettsvitenskapen i større grad har bidratt til denne tematikken. Det blir særlig påfallende i Norge gitt vår sterke prejudikatslære og i europeisk kontekst i mange år særegne prøvingsinstitutt. Det er ifølge Lars Bjørne, den fremste nordiske rettshistoriker, «et allmänt känt faktum att domstolarnas, i synnerhet Høyesteretts, ställning varit exceptionellt stark i Norge». I andre land studeres domstolsmakt fra en rekke fagfelt og er i jussen gjenstand for et eget fag: domstolslære. Også i dette lys fremstår fraværet av en systematisk utviklet domstolslære som en åpenbar mangel i norsk rettsvitenskap. Jens Edvin Skoghøy var i Høyesterett en fri, liberal stemme, dokumentert bl.a. gjennom hans utallige mindretallsdissenser. Han hadde likevel en helt ubestridelig faglig tyngde – noen vil med tanke på høyesterettslig autoritet sammenstille den tydelige, tidvis stormfulle Skoghøy med den fredfulle Gunnar Aasland, som alltid talte med dempet stemme. Nå har Skoghøy gått ut av Høyesterett for å bli – om mulig – en enda friere stemme. Hva vil da være mer nærliggende enn at Skoghøy fra sin gjenerobrede professorale posisjon bidrar med det høyst påtrengende: å gi en systematisk utviklet domstolslære et monografisk uttrykk?