

# Høyesterett som politisk organ

*Av professor dr. juris Jens Edvin A. Skoghøy*

Foredrag i Den norske avdeling av Det nordiske administrative forbund 30. november 2017

## 1. Temaet for foredraget

Etter Grunnloven § 88 dømmer Høyesterett i siste instans. Temaet for mitt foredrag er hvor langt Høyesteretts domsmyndighet inneslutter beslutninger av politisk karakter.

Politikk handler om å styre eller lede samfunnsutviklingen og som ledd i dette blant annet å avveie og prioritere motstående interesser. Beslutninger om samfunnsmessige målsetninger og prioriteringer og valg av virkemidler for å nå målsetningene er typisk politiske beslutninger. I demokratiske samfunn hører overordnede politiske vedtak under nasjonalforsamlingen.

Etter Grunnloven § 49, jf. § 75 bokstav a utøver folket den lovgivende makt ved Stortinget. Stortinget står imidlertid ikke fritt i sin lovgivningsmyndighet. Den må utøves innenfor de rammer som Grunnloven setter.

Etter Grunnloven § 2 andre punktum skal Grunnloven ikke bare «sikre demokratiet», men også «rettsstaten og menneskerettighetene». Myndighetenes plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene er særskilt knesatt i § 92. Ved HR-2016-2554-P (Holship) ble det avklart at denne bestemmelsen ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse. Bestemmelsen retter seg likevel ikke bare mot domstolene og den utøvende makt, men har også Stortinget som adressat: Internasjonale menneskerettigheter skal være en ledetråd for lovgivningen.

Grunnloven bygger på et skille mellom lovgivende, utøvende og dømmende myndighet. Blant annet med tanke på å motvirke at domstolene tiltok seg lovgivningsmyndighet, inneholdt det grunnlovsutkast som lektor Johan Gunder Adler og sorenskriver Christian Magnus Falsen fremla for grunnlovsforsamlingen på Eidsvoll i 1814, en bestemmelse om at dommer skulle begrunnes, og at «Lovens egne Ord maa anbringes i Conclusionen» (§ 154).

Dersom vi skulle ha hatt et absolutt skille mellom den lovgivende og dømmende myndighet, måtte vi ha hatt heldekkende og temmelig detaljerte lovbøker. Ved vedtakelsen av Grunnloven i 1814 ble det i § 94 bestemt at en «ny almindelig civil og kriminal Lovbog skal foranstaltes udgivet

paa første eller, om dette ikke er muligt, paa andet ordentlige Storting». Det viste seg imidlertid raskt at dette ikke var gjennomførbart. Kriminallovbok fikk vi først i 1842. Arbeidet med en sivillovbok ble påbegynt, men ble etter hvert oppgitt. Mange rettsområder domineres fortsatt av ulovfestet rett. Dette gjelder blant annet lovvalgsretten, foreningsretten, erstatningsretten og store deler av forvaltningsretten. Ved grunnlovsendringen i 2014 ble den tidligere § 94 opphevd.

Domstolene må ta til behandling de saker som blir brakt inn for dem. Dersom området ikke er lovregulert, må domstolene avgjøre saken ut fra det som alt i alt fremstår som den beste regelen. Retten må da sette seg i lovgivers sted og blant annet ta stilling til hvilke mål som bør søkes oppnådd, og hvilke virkninger som bør søkes unngått, og vurdere hvilke virkemidler som bør velges for å oppnå ønskede målsetninger og unngå uønskede virkninger. I den sveitsiske sivillovbok artikkel 1 er det uttrykkelig sagt at dommeren i tilfeller hvor det ikke foreligger noen lovregulering, skal legge til grunn den regel som han som lovgiver ville ha oppstilt. Vi har ikke noen tilsvarende lovbestemmelse, men det er ikke noen tvil om at dette prinsippet også gjelder hos oss.

Som velkjente eksempler på at Høyesterett uten forankring i lov har skapt rett, kan nevnes Rt. 1952 s. 1217 A («To mistenkelige personer») og Rt. 1977 s. 1035 A (sykejournaldommen). I dommen fra 1952 nedla Høyesterett under dissens (4 mot 1) på grunnlag av betraktninger om personlighetens rettsvern forbud mot å vise en film som var bygd på en roman om en meget omtalt kriminalsak (lensmannsmordene i Norderhov i 1926),<sup>1</sup> og i dommen fra 1977 gav Høyesterett på grunnlag av en interesseavveining pasienter rett til innsyn i egen legejournal.

Pasienters rett til innsyn i egen journal er senere blitt lovfestet, se pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1. Dommen om «To mistenkelige personer» nyter derimot ikke den samme anerkjennelse. Det er vanskelig å forestille seg at Høyesterett i dag ville ha prioritert personlighetens rettsvern mot ytringsfriheten på samme måte som i 1952.<sup>2</sup>

Det som var avgjørende for Høyesteretts flertall i 1952, var at den ene av de to gjerningspersonene fortsatt levde, hadde sont sin straff og var blitt resosialisert, og at en filmfremvisning ville virke langt mer inngripende i hans privatliv enn en roman.

<sup>1</sup> Gunnar Larsen, *To mistenkelige personer*, Oslo 1933.

<sup>2</sup> Se Birger Stuevold Lassen, «Om Dichtung und Wahrheit som rettspolitisk problemstilling», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1987 s. 937–954 på s. 954 og Bjørnar Borvik, *Personvern og ytringsfrihet*, Oslo 2011, s. 64 med videre litteraturhenvisninger.

Etter flertallets syn ville fremvisning av filmen «under de foreliggende omstendigheter [måtte] betegnes som ubillig og støtende på den almindelige rettsfølelse».<sup>3</sup>

Som Birger Stuevold Lassen har påpekt, bygger flertallets vurderinger i denne dommen på en «forgangen tids rettsfølelse».<sup>4</sup> Kravet til forutberegnelig rettslig hjemmel for at det skal kunne gjøres inngrep i ytringsfriheten etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 10 og Grunnloven § 100, ville neppe heller ha vært ansett tilfredsstillt i dag.<sup>5</sup> Frem til 1980-tallet ble imidlertid dommen gjennomgående positivt vurdert.<sup>6</sup>

Selv om et spørsmål er lovregulert, følger det ikke alltid uten videre av lovbestemmelsen selv hvordan spørsmålet skal løses. Lovbestemmelser vil i større eller mindre utstrekning kunne by på tolkingstvil, og ofte overlater lovgivningsmyndigheten også bevisst avgjørelsen av detaljspørsmål til domstolene. Dette kan være fordi lovgiverne ikke har tilstrekkelig oversikt over de konfliktsituasjoner som kan oppstå, eller fordi lovgiverne ønsker en fleksibel regel slik at man i størst mulig utstrekning kan oppnå konkret rimelige resultater. Dessuten er samfunnet i stadig utvikling, og det er ikke alltid at lovgiverne i tide oppdager behov for regelendringer. Og selv om det ikke har skjedd noen samfunnsmessige endringer, kan det forekomme at domstolene ved sin tvisteløsning oppdager «hull» i regelverket som må fylles. Også ved løsning av rettsspørsmål som i utgangspunktet er lovregulerte, må derfor domstolene ofte foreta en rettspolitisk vurdering av hva som vil være den beste regelen.

På midten av 1960-tallet pågikk det en heftig debatt mellom Johs. Andenæs og Jens Arup Seip om Høyesteretts politiske rolle.<sup>7</sup> Temaet er i dag langt mindre betent. Hvis den regel som en rettsavgjørelse bygger på, blir ansett retningsgivende for fremtidig rettsanvendelse, har domstolene en retts-skapende funksjon, og domstolenes rettsanvendelse utgjør da politisk virksomhet.

<sup>3</sup> Se Rt. 1952 s. 1217 A på s. 1222.

<sup>4</sup> Lassen, op.cit. s. 954.

<sup>5</sup> Se Kyrre Eggen, *Ytringsfrihet*, Oslo 2002, s. 702, jf. s. 201–202 og Borvik, op.cit. s. 67–69 med videre litteraturhenvisninger.

<sup>6</sup> Se Lassen, op.cit. s. 939–940 med videre litteraturhenvisninger.

<sup>7</sup> Se Jens Arup Seip, «Den norske høyesterett som politisk organ», *Lov og Rett*, 1965 s. 1–21, Johs. Andenæs, «Høyesterett som politisk organ», *Lov og Rett*, 1965 s. 22–43, Jens Arup Seip, «Juss og politikk», *Lov og Rett*, 1965 s. 396–423, Johs. Andenæs, «Juss og politikk», *Lov og Rett*, 1965 s. 456–464 og Jens Arup Seip, «Replik til Andenæs», *Lov og Rett*, 1965 s. 464.

De regler vi har i straffeprosessloven § 323 og tvisteloven § 30-4 om hvilke saker som kan bringes inn for Høyesterett, forutsetter at Høyesteretts avgjørelser skal være retningsgivende for fremtidig rettsanvendelse. Det går også som en rød tråd gjennom forarbeidene til tvisteloven at domstolene ikke bare har som oppgave å avgjøre konkrete saker, men også å *avklare* og – i samspill med de lovgivende myndigheter – *utvikle* retten.<sup>8</sup> Dette utgjør i dag Høyesteretts hovedoppgave; Høyesterett skal hovedsakelig være en prejudikatsdomstol. Det er således ikke tvil om at domstolene – og da først og fremst Høyesterett – etter gjeldende statsskikk har en supplerende rettsskapende oppgave.<sup>9</sup>

Så lenge domstolenes rettsdannelse skjer på lovs nivå, har Stortinget det i sin makt å endre denne ved ny lovgivning. Den lovgivende makt må imidlertid holde seg innenfor de rammer Grunnloven setter, og domstolenes myndighet til å avgjøre hva som er gjeldende rett, omfatter også Grunnloven. Etter grunnlovsendring i 2015 bestemmer Grunnloven § 89 at domstolene i saker som blir brakt inn for dem, «har ... rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven». Forholdet mellom Stortinget og domstolenes rettsavklarende og rettsutviklende rolle kommer derfor i særlig grad på spissen ved grunnlovstolking. Riktignok har Stortinget også kompetanse til å endre Grunnloven. Dette må imidlertid skje etter en særskilt prosedyre, og krever to tredels flertall i Stortinget.

I det følgende skal jeg først si noe generelt om rammene for domstolenes rettsskapende funksjon (punkt 2). Deretter skal jeg ta for meg domstolenes grunnlovskontroll med lovgivningen (punkt 3). Til slutt skal jeg komme med noen avsluttende bemerkninger (punkt 4).

## 2. Rammene for domstolenes rettsskapende funksjon

### 2.1 Innledning

Domstolenes adgang til å skape eller utvikle retten på grunnlag av en rettspolitisk vurdering av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende, begrenses hovedsakelig av tre forhold: For det første krever straff og inngrep fra offentlige myndigheter i borgernes rettsfære hjemmel i lov. For det andre vil inngående lovregulering kunne begrense bruken av reelle hensyn. For det

<sup>8</sup> Se for eksempel NOU 2001: 32 Rett på sak, Bind A, s. 127–129, jf. s. 237 og s. 363–364, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) om lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven), s. 35, jf. s. 302–303 og Innst. O. nr. 110 (2004–2005), s. 67.

<sup>9</sup> Jf. Tore Schei, «Har Høyesterett en politisk funksjon?», *Lov og Rett*, 2011 s. 319–335 og Carsten Smith, «Høyesterett – et politisk organ?», *Rettsstenkning i samtiden*, Oslo 1992 s. 13–23.

tredje setter også folkesuverenitetsprinsippet skranker. I det følgende vil disse skrankene bli gjennomgått i den nevnte rekkefølge (punkt 2.2–2.4).

Ved vurderingene av om inngrep i menneskerettigheter eller prinsippene for det indre marked etter EØS-avtalen er akseptable, er domstolene blitt tildelt en eksplisitt politisk rolle. Hvilke rammer som gjelder for denne vurderingen, vil jeg gå inn på i punkt 2.5.

## **2.2 Bruk av reelle hensyn hvor det gjelder et lovkrav**

Etter Grunnloven § 96 første ledd og § 113 krever straff og inngrep fra myndighetene i borgernes rettssfære hjemmel i lov.

Som følge av lovkravet i Grunnloven § 96 første ledd er det snevre rammer for bruk av reelle hensyn ved tolkingen av bestemmelser som fastsetter vilkår for straff. Reelle hensyn kan her bare benyttes som grunnlag for presiserende eller innskrenkende tolkning.<sup>10</sup>

Ved straffutmålingen vil det derimot være betydelig spillerom for reelle hensyn. I straffeloven av 2005 – som trådte i kraft 1. oktober 2015 – er det gitt enkelte retningslinjer for skjerpene og formildende omstendigheter, men det sies ikke noe om hvordan normalnivået skal fastlegges. Heller ikke den tidligere straffelov av 1902 sa noe om dette. Innenfor de fastsatte strafferammene styres straffutmålingen først og fremst av ulike reelle hensyn.

Ved fastleggelsen av det alminnelige straffenivå for ulike forbrytelseskategorier må det blant annet tas hensyn til antatt allmennpreventive virkninger, hva som ut fra allmenne samfunnsoppfatninger fremstår som en rettferdig gjengjeldelse og hva som er rettferdig sammenlignet med nivået for andre forbrytelser. Disse hensynene utgjør alle ulike former for reelle hensyn.

Også det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp i Grunnloven § 113 begrenser muligheten til å tolke hjemmelsbestemmelser eller bestemmelser som pålegger borgerne plikter, analogisk eller utvidende på grunnlag av reelle hensyn. Selv om reelle hensyn kan bidra til å presisere lovbestemmelsene, utgjør ordlyden på områder hvor det gjelder et lovkrav, den tyngste tolkningsfaktoren og danner rammen for regeltolkingen.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Se for eksempel Rt. 1999 s. 223 A på s. 239, Rt. 2006 s. 1598 A avsnitt 15–16, Rt. 2011 s. 1104 A avsnitt 22, Rt. 2011 s. 1127 A avsnitt 32 og Rt. 2014 s. 686 A avsnitt 20.

<sup>11</sup> Se for eksempel Rt. 2007 s. 848 A, Rt. 2014 s. 1105 A avsnitt 30, Rt. 2012 s. 1281 A avsnitt 48, HR-2016-2017-A avsnitt 58 og mitt votum i Rt. 2015 s. 203 A avsnitt 73.

### 2.3 Bruk av reelle hensyn hvor det foreligger en inngående lovregulering

Noen rettsområder er mer inngående lovregulert enn andre. Som eksempler på inngående lovregulerte rettsområder kan nevnes sivil- og straffeprosessen.

Ved utforming av prosessregler er domstolene på «hjemmebane», og ut fra dette skulle man forvente at det innenfor dette rettsområdet er stort rom for reelle hensyn. Prosessretten er imidlertid på den annen side inngående regulert ved et stort antall lovbestemmelser, og ut fra rettssikkerhetshensyn og borgernes behov for tillit til domstolene er dette også ønskelig. Disse hensynene begrenser domstolenes muligheter til rettskapning innenfor prosessretten.

Et viktig moment ved avgjørelsen av hvor langt domstolene kan gå i rettskapning innenfor inngående lovregulerte rettsområder, er hvor mye motstand eksisterende lovgivning yter. Hvis en lovbestemmelse fremstår som bestemt og uttømmende utformet, er det ikke lett å supplere eller omfortolke den på grunnlag av reelle hensyn.<sup>12</sup>

Et annet hensyn er hvor komplisert og sammensatt rettsfeltet er. Dersom rettsfeltet er komplisert og sammensatt, bør domstolene være forsiktige med rettsutvikling, idet ulovfestet rettskapning lett kan gripe forstyrrende inn i et mer eller mindre komplisert samspill av regler som til sammen utgjør en sammenhengende helhet.

Som illustrerende eksempel på at Høyesterett har veket tilbake for å utvikle rettsregler uten støtte i lov, kan nevnes i Rt. 1997 s. 869 A om hvorvidt det i en straffesak skulle tillates anonym vitneførsel. Ved lovendring i 2000 ble det åpnet adgang for at det i straffesaker på nærmere angitte betingelser kan treffes bestemmelse om at vitnets identitet ikke skal gjøres kjent, se straffeprosessloven § 130a. I 1997 hadde vi imidlertid ikke slike regler, og spørsmålet i Rt. 1997 s. 869 A var om det på ulovfestet grunnlag skulle gis adgang til å dokumentere vitneforklaringer som britiske polititjenestemenn under etterforskningen av tyveriet av Munchs bilde «Skrik» hadde avgitt under bevisopptak i London uten at deres identitet var blitt gjort kjent. Etter en gjennomgang av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) fant Høyesterett at EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d ikke er til hinder for enhver bruk av anonyme vitner, men at dette «beror på en helhetsvurdering, hvor hensynet til vitnets sikkerhet må avveies mot tiltaltes praktiske muligheter til å føre et effektivt forsvar».

<sup>12</sup> Se for eksempel HR-2017-753-A avsnitt 50.

Etter Høyesteretts oppfatning talte disse vanskelig avveiningsspørsmålene mot at domstolene «gjennom en innskrenkende fortolkning av straffeprosesslovens bestemmelser [om opplysning om vitners identitet] skal åpne adgang til å føre anonyme vitner». Spørsmålet om i hvilken utstrekning anonym vitneførsel skal tillates, ble derfor overlatt til lovgiverne å ta stilling til. Dette krevde en mer inngående regulering og en gjennomtenkt tilpasning til eksisterende lovgivning. Lovgiverne handlet forholdsvis raskt, og ved lovendring i 2000 ble det tilføyd en bestemmelse i straffeprosessloven § 130a om at det på nærmere angitte betingelser kan treffes bestemmelse om at vitnets identitet ikke skal gjøres kjent.

I Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 7. juli 2015 (HR-2015-1452-U) er avgjørelsen i Rt. 1997 s. 869 A fulgt opp for sivile saker. Under forberedelsen av tvisteloven ble spørsmålet om behov for regler om anonym vitneførsel i sivile saker reist. Justisdepartementet konkluderte med at det ikke var behov for dette.<sup>13</sup> På denne bakgrunn fremholdt ankeutvalget at «[t]visteloven § 24-8 [som regulerer hvilke opplysninger som skal oppgis om vitners identitet] ikke [gir] anledning til anonym vitneførsel» i sivile saker.

Det synspunkt disse avgjørelsene om adgangen til anonym vitneførsel bygger på, har generell rekkevidde. Dersom et rettsspørsmål er sammensatt eller inngår som et element i en større helhet, eller av andre grunner krever en mer inngående regulering, bør utvikling av nye rettsregler overlates til lovgiverne. Dette gjelder i særlig grad dersom behovet for regelendringer nylig har vært vurdert av lovgivende myndigheter.

Som eksempel på at Høyesterett åpenbart gikk for langt i å forsøke å lovgi på egen hånd, kan nevnes Rt. 2015 s. 276 A (Bori-dommen). En bygning som var totalrenovert for boligformål, var beheftet med omfattende byggetekniske feil. Høyesterett kom under dissens (3 mot 2) til at erververe av fast eiendom under visse omstendigheter kan gjøre ansvar gjeldende på deliktsgrunnlag overfor tidligere eieres ansvarlige medhjelpere etter plan- og bygningsloven for brudd på deres plikter overfor kommunen ved utføring av byggetiltak.<sup>14</sup> Her opptrådte flertallet som en konkurrerende lovgiver og gav regler som på grunnleggende måte grep forstyrrende inn i nøyte avstemte risikofordelinger i kontraktslovgivningen.<sup>15</sup> Hva en

<sup>13</sup> Se Ot.prp. nr. 51 (20014–2005), s. 462.

<sup>14</sup> Jeg var talsperson for mindretallet.

<sup>15</sup> Se nærmere Jens Edvin A. Skoghøy, «Forholdet mellom ansvar overfor kommunen etter plan- og bygningsloven og ansvar overfor private i og utenfor kontrakt», *Jussens Venner*, 2016 s. 189 ff.

kjøper av fast eiendom kan forvente om eiendommens tilstand, beror på kjøpekontrakten, og mulig krav mot selger og tidligere kontraktsledd er derfor etter sin art kontraktsrettslig.

Hvilke vilkår som måtte være oppfylt for at en ansvarlig medhjelper etter Bori-dommen skulle hefte på deliktsgrunnlag overfor senere eiere av eiendommen, var høyst uklart, og dette ble derfor tema i ny sak for Høyesterett i 2017. Problemet i denne saken var hybelleiligheter som var egne boenheter, ikke tilfredsstilte kravene til såkalte «brannceller». Høyesterett kom her under dissens (4 mot 1) til at spørsmålet om deliktsansvar mot den ansvarlig kontrollerende etter Bori-dommen måtte bero på en konkret, «bredere avveining, hvor tapssituasjonen, karakteren av pliktbruddet og de interesser som beskyttes og håndhevingssynspunkter vil inngå».<sup>16</sup> Det ble også fremholdt at vurderingen må «bygge på den faktiske situasjonen» (sic!).<sup>17</sup> Jeg oppfatter det slik at Bori-dommen ved disse uttalelsene ble søkt «isolert» og plassert på et «sidespor» for ekstremtilfeller.

Den norm som ble formulert, fremstår imidlertid på ingen måte som mønstergyldig. Det er ikke lett å forholde seg til en regel som går ut på at avgjørelsen må «bygge på den faktiske situasjonen» og bero på en «bredere avveining, hvor tapssituasjonen, karakteren av pliktbruddet og de interesser som beskyttes og håndhevingssynspunkter vil inngå». Ved disse dommene har Høyesterett gitt et vesentlig større bidrag til rettsforvirring enn til rettsavklaring.

#### **2.4 Forholdet til folkesuverenitetsprinsippet**

Også folkesuverenitetsprinsippet setter grenser for domstolenes bruk av reelle hensyn.

Hos oss er Stortinget demokratisk valgt, og regjeringen er kontrollert av Stortinget. Dommerne er ikke utpekt ved demokratiske valg. Selv om de blir utnevnt av regjeringen, står de ikke til ansvar overfor denne eller nasjonalforsamlingen. Dette innebærer at domstolenes bruk av reelle hensyn må være undergitt begrensninger. I odelstingsproposisjonen til tvisteloven blir det understreket at «[r]ettsutviklingen gjennom Høyesteretts praksis må skje i samspill med de lovgivende myndigheter og med vekt på spørsmål der Stortinget har

<sup>16</sup> HR-2017-1834-A avsnitt 48, jf. avsnitt 37. Avsnitt 46 i denne dommen er for øvrig beheftet med en klar feil. Høyesterett uttaler her at «prisavslag ved kjøp av fast eiendom normalt skal fastsettes til kostnadene ved å få mangelen rettet». Dette er ikke riktig. Beregningsregelen i avhendingsloven § 4-12 andre ledd gjelder bare dersom verdireduksjonen ikke lar seg fastsette med rimelig sikkerhet, se Rt. 2000 s. 199 A på s. 206 og Rt. 2010 s. 1395 A avsnitt 47. Den «overordnede regelen» er at kjøperen kan kreve et forholdsmessig avslag i kjøpesummen, se Rt. 2010 s. 1395 A avsnitt 37.

<sup>17</sup> HR-2017-1834-A avsnitt 37.



overlatt den videre rettsutvikling til domstolene».<sup>18</sup> Dette er et synspunkt jeg er enig i. Domstolene må ved sin rettsanvendelse være tro mot de demokratiske idealer vårt samfunn er bygd på. Innenfor de rammer som følger av Grunnloven og grunnleggende internasjonale menneskerettigheter, må derfor politiske verdi- og vegvalg overlates til Stortinget.<sup>19</sup> Hvis bruk av reelle hensyn impliserer politiske prioriteringer, og det ikke foreligger noen lovgiveruttalelse om spørsmålet, må domstolenes tilpassing av reglene til samfunnsutviklingen skje innenfor rammen av rettsoppfatninger og samfunnssyn som det er bred oppslutning om.

Hvordan og hvor strengt lovovertrедelser skal straffes, er klart et lovgiverspørsmål, men innenfor de strafferammer som er fastsatt i den enkelte straffebestemmelsene, har utmålingen av straff i den konkrete sak tradisjonelt i stor grad vært overlatt til domstolene. Innenfor de fastsatte strafferammene blir straffutmåling først og fremst styrt av ulike reelle hensyn. Domstolene står imidlertid på ingen måte fritt her. Bruken av reelle hensyn ved straffutmålingen må skje innenfor rammen av de verdier straffelovgivningen bygger på.

Vår straffelovgivning bygger for eksempel på at straff har en forebyggende effekt, og dette er noe de enkelte dommerne må forholde seg til. Selv om en dommer ikke har tro på at straff for en forbrytelseskategori har noen allmennpreventiv effekt, må han ved utmålingen av straff lojalt rette seg etter denne verdipremissen. Det er her ikke rom for personlige dommersynspunkter. Reelle hensyn må anvendes innenfor rammen av de verdiprioriteringer lovgiverne har gjort. I hvilken utstrekning straff er et tjenlig virkemiddel i kriminalitetsbekjempelsen, kan domstolene ikke overprøve.<sup>20</sup>

Som eksempel fra rettspraksis på at Høyesterett har basert sine rettspolitiske vurderinger på hva som antas å være allmenne verdioppfatninger i samfunnet, kan nevnes Rt. 2013 s. 116 A: En automatisk fredet fangstgrop var blitt ødelagt ved ombygging av en skogsbilvei. Staten ble tilkjent 136 000 kroner i erstatning fra skogeieren for kostnader til arkeologisk utgraving av fangstgropen og sikring av arkeologisk kildemateriale. Ut fra en rettspolitisk vurdering fant Høyesterett det klart at staten må kunne kreve erstattet kostnader til å beskytte og reparere kulturminner. Kulturminneloven hadde tidligere inneholdt en bestemmelse om erstatningsansvar ved brudd på loven, men denne bestemmelsen ble tatt ut ved en lovendring i 1992. Høyesterett fant støtte i denne bestemmelsen

<sup>18</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005), s. 302–303.

<sup>19</sup> Se mitt votum i Rt. 2009 s. 1412 S avsnitt 49. Jf. HR-2017-753-A avsnitt 50 og HR-2017-888-U avsnitt 19.

<sup>20</sup> Se mitt votum i Rt. 2009 s. 1423 S avsnitt 24.

for at staten, såfremt øvrige vilkår for erstatning er oppfylt, må kunne kreve erstattet kostnader til å beskytte eller reparere kulturminner og sikre historisk materiale som er knyttet til slike minner. Selv om det kunne være noe uklart hvor langt bestemmelsen rakk, viste den etter Høyesteretts syn at lovgiverne hadde «forutsatt at statens interesser i kulturminner etter sin art kan være erstatningsrettslig vernet».<sup>21</sup>

Her fant Høyesterett holdepunkter i tidligere lovgivning for hvilke interesser som ut fra allmenne verdioppfatninger i samfunnet bør være vernet. Dersom det ikke finnes slike holdepunkter, vil aktuelle prioriteringer av politiske myndigheter kunne gi veiledning.

## **2.5 Domstolens rolle ved vurderingen av om inngrep i menneskerettigheter eller prinsippene for det indre marked etter EØS-avtalen er akseptable**

### *2.5.1 Innledning*

Flere av de verdier som er beskyttet av internasjonale menneskerettskonvensjoner, er ikke absolutte, men må tåle inngrep. Tilsvarende gjelder for prinsippene for det indre marked etter EØS-avtalen.

Vilkårene for inngrep i internasjonale menneskerettigheter overlater mye til dommernes skjønn. Det samme gjelder vilkårene for inngrep i prinsippene for det indre marked etter EØS-avtalen. Jeg starter med inngrep i internasjonale menneskerettigheter.

### *2.5.2 Inngrep i internasjonale menneskerettigheter*

Vilkårene for inngrep i internasjonale menneskerettigheter som ikke er absolutte, er at inngrepet har et legitimt formål, er proporsjonalt og har en forutberegnelig rettslig hjemmel. Av slike bestemmelser i EMK kan nevnes artikkel 8 nr. 2, artikkel 9 nr. 2, artikkel 10 nr. 2 og artikkel 11 nr. 2. De parallelle menneskerettighetsbestemmelsene i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) er bygd opp på samme måte. For retten til domstolsbehandling («access to court») som er innfortolket i EMK artikkel 6 nr. 1, finnes det ikke noen uttrykkelig hjemmel for inngrep. Etter EMDs praksis er imidlertid heller ikke denne retten absolutt. Så lenge det ikke blir gjort innhugg i selve kjernen i retten til domstolsbehandling, må også denne retten tåle inngrep på tilsvarende vilkår som de bestemmelser som gir uttrykkelig hjemmel for det.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Rt. 2013 s. 116 A avsnitt 49–51.

<sup>22</sup> Se Rt. 1999 s. 961 A (Rest-Jugoslavia) med videre henvisninger til EMD-praksis.

De menneskerettighetsbestemmelsene som gir uttrykkelig hjemmel for inngrep, angir selv hvilke formål som kan rettferdiggjøre inngrep. Selv om flere av de angitte formålene er nokså vidt og løst formulert, gir de en antydning om hvilke formål som kan begrunne inngrep. De skiller seg således ikke markant fra andre lovbestemmelser med en flytende ordgrense eller som gir anvisning på et skjønn.

Forholdsmessighetsvurderingen – hvorvidt inngrepet ut fra en avveining av de interesser som står mot hverandre, finnes så godt begrunnet at det må aksepteres som nødvendig i et demokratisk samfunn – inneholder derimot et betydelig innslag av politiske vurderinger, og skiller seg således klart fra det som vi etter vår statsskikk har vært vant med er blitt overlatt til domstolene.

Ved vurderingen av om et inngrep i en EMK-rettighet tilfredsstiller kravene til proporsjonalitet, innrømmer EMD statene en viss skjønnsmargin. Denne gjelder ikke i forholdet mellom nasjonale domstoler og myndigheter.<sup>23</sup> Den omstendighet at EMKs skjønnsmargin ikke gjelder i forholdet mellom nasjonale domstoler og lovgivende myndigheter, kan likevel ikke bety at nasjonale domstoler ved proporsjonalitetsvurderingen er forhindret fra å legge vekt på lovgivernes vurdering. Hvorvidt domstolene skal vise slik tilbakeholdenhet, og i hvilken utstrekning, beror imidlertid fullt ut på *nasjonale regler*.<sup>24</sup>

Hvordan ulike verdier og interesser skal prioriteres, forutsetter omfattende utredninger og inngående vurderinger.<sup>25</sup>

Europarådssamarbeidet er basert på demokrati, rettsstat og menneskerettigheter. Innenfor de rammer som følger av menneskerettskonvensjonene, må avgjørelsen av hvordan samfunnets ressurser skal benyttes, og hvordan ulike verdier skal prioriteres i forhold til hverandre, treffes av nasjonalforsamlingen.<sup>26</sup>

EMK gir et stort spekter av rettigheter. I hvilken utstrekning norske domstoler ved prøving av lovbestemmelers forhold til EMK skal overprøve lovgivernes proporsjonalitetsvurdering,

<sup>23</sup> Storkammerdom 19. februar 2009 i saken A og andre mot Storbritannia avsnitt 184.

<sup>24</sup> Se mitt votum i Rt. 2013 s. 1345 P avsnitt 258.

<sup>25</sup> Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK», *Lov og Rett*, 2011 s. 189–190 og Jens Edvin A. Skoghøy, «Nasjonal EMK-prøving – svar til Bjørnar Borvik», *Lov og Rett*, 2012 s. 170 ff.

<sup>26</sup> Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommerrollen gjennom de siste 50 år – noen utviklingstrekk», *Lov og Rett*, 2011 s. 4–24 på s. 15 og Jens Edvin A. Skoghøy, «Dynamisk tolking i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti», *Lov og Rett*, 2011 s. 511–530 på s. 527–528, jf s. 529.

må avhenge av hvilken EMK-bestemmelse det er tale om, og hvilket rettsgode beskyttelsen gjelder.

Hvor intensivt norske domstoler skal prøve forholdsmessigheten av inngrep i ulike konvensjonsrettigheter, må utvikles i praksis på grunnlag av den samfunnsmessige rolle domstolene etter vår statsskikk har. Samtidig må man være oppmerksom på at jo mer tilbakeholden norske domstoler er ved sin EMK-prøving, desto mer intensiv vil prøvingen bli i Strasbourg-domstolen dersom saken kommer dit.<sup>27</sup>

### 2.5.3 *Inngrep i prinsippene for det indre marked etter EØS-avtalen*

Etter EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis kan medlemsstatene gjøre inngrep i prinsippene for det indre marked etter EØS-avtalen, dersom det foreligger tvingende allmenne hensyn, inngrepet blir håndhevd uten diskriminering etter nasjonalitet, og inngrepet er et egnet og proporsjonalt virkemiddel til å ivareta det eller de aktuelle hensynene, og ikke går lengre enn det som er nødvendig for dette formålet. Selv om denne inngrepsretten ikke er kommet eksplisitt til uttrykk i EØS-avtalen, anses den å inngå i EØS-avtalens hoveddel, som etter EØS-loven § 1, jf. § 2 første punktum gjelder som norsk lov med forrang foran annen lovgivning.

Hva som utgjør tvingende allmenne hensyn, må blant annet vurderes i lys av grunnrettighetene i EØS-retten, hvilke verdier som blir beskyttet av EØS-retten, og allmenne retts- og verdioppfatninger i samfunn innenfor vår kulturkrets. Tilsvarende gjelder for proporsjonalitetsvurderingen.<sup>28</sup>

HR-2016-2554-P gjaldt lovligheten av en varslet boikott, jf. boikottloven § 3 første ledd. Boikotten gikk ut på å hindre ansatte i Holship Norge AS i å losse og laste skip som selskapet mottok i Drammen havn. Formålet var å tvinge Holship til å inngå tariffavtale som inneholdt en bestemmelse om fortrinnsrett til losse- og lastearbeid for havnearbeidere som er knyttet til Administrasjonskontoret for havnearbeid i Drammen.

Høyesterett fant at boikotten var et inngrep i etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31. Beskyttelse av

<sup>27</sup> Se nærmere Jens Edvin A. Skoghøy, «De nordiske domstolene og Den europeiske menneskerettskonvensjon», *Svensk Juristtidning*, 2013 s. 397–424 på s. 402–407. Som eksempler på avgjørelser hvor Høyesterett helt tydelig har utformet premissene med tanke på en eventuell etterfølgende overprøving i EMD, kan nevnes HR-2016-304-S og HR-2017-1127-U.

<sup>28</sup> Se Rt. 2007 s. 1003 A (spilleautomatsaken) avsnitt 75, Rt. 2009 s. 839 A (alkoholreklameforbudssaken) avsnitt 33 ff. og Rt. 2013 s. 258 A (allmenngjoringssaken) avsnitt 76 og HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 96–99 med videre henvisninger til EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis.

arbeidstakerinteresser ble funnet å kunne være et tvingende allment hensyn som kunne rettfærdiggjøre et slikt inngrep. Selv om det overordnede formål med den varslede boikotten var å ivareta arbeidstakerinteresser, fant imidlertid Høyesterett under dissens (10 mot 7) at den ikke kunne aksepteres som et tvingende legitimt inngrep i etableringsretten. Som begrunnelse viste flertallet blant annet til EU-domstolens dom 11. desember 2007 i sak C-438/05 Viking Line ABP mfl., hvor EU-domstolen i avsnitt 81 uttalte at selv om et kampmiddel «for en umiddelbar betraktning med rimelighet anses for at være omfattet af formålet om beskyttelse af arbejdstagere», kan «denne kvalifikation ... ikke opretholdes, hvis det godtgøres, at arbejdspladserne og arbejdsvilkårene ikke bliver bragt i fare eller alvorligt truet».<sup>29</sup> Det ble da ikke nødvendig for Høyesterett å foreta noen vurdering av om inngrepet var proporsjonalt.<sup>30</sup>

I Rt. 2007 s. 1003 A (spilleautomatsaken) var det spørsmål om en lovendring som gav Norsk Tipping AS enerett til å drive utbetalingsautomater, måtte settes til side som stridende mot etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31 og friheten til å yte tjenester innenfor EØS-området etter artikkel 36. Formålene med monopolen var å bekjempe spilleavhengighet og forebygge kriminalitet, å få bedre kontroll med misligheter i bransjen, og å oppnå en strengere håndheving av aldersgrensen for slike spill (som var 18 år). Dette var klart legitime formål, og spørsmålet var derfor om monopol var et proporsjonalt virkemiddel.

Før saken ble avgjort av Høyesterett, hadde EFTA-domstolen behandlet et traktatbrudssøksmål mot Norge og konkludert med at Norsk Tippings enerett var et proporsjonalt virkemiddel. Dette sluttet Høyesterett seg til.

For at EØS-avtalen skal fungere etter sitt formål, må konkurransevilkårene innenfor EØS-området være mest mulig like. Ved vurderingen av om et inngrep i prinsippene for det indre marked etter EØS-avtalen er egnet og nødvendig for å oppnå et legitimt allment hensyn, må nasjonale lovgiveres skjønnsmargin derfor være relativt liten.

### **3. Domstolenes grunnlovskontroll**

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

<sup>29</sup> EU-domstolens dom 11. desember 2007 i sak C-438/05 Viking Line ABP mfl. avsnitt 81.

<sup>30</sup> HR-2016-2554-P avsnitt 109.

Grunnloven». Bestemmelsen kodifiserer tidligere konstitusjonell sedvanerett.<sup>31</sup>

For grunnlovsprøvingen av lover har Høyesterett tradisjonelt delt Grunnlovens bestemmelser inn i tre grupper med ulike terskler for overprøving.<sup>32</sup> For grunnlovsbestemmelser som sikrer borgernes frihet og sikkerhet, blir lovgivningsmyndigheten overhodet ikke innrømmet noen skjønnsmargin.<sup>33</sup> I motsatt ende av skalaen kommer grunnlovsbestemmelser som «regulerer de andre statsmakters<sup>34</sup> arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse». Ved prøvingen av slike grunnlovsbestemmelser blir Stortingets syn tillagt betydelig vekt.<sup>35</sup> I en mellomstilling kommer grunnlovsbestemmelser «til vern om økonomiske rettigheter». Etter Høyesteretts praksis må domstolene ved tolkingen av slike grunnlovsbestemmelser respektere Stortingets syn dersom det foreligger «kvalifisert tvil»,<sup>36</sup> og «Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med grunnloven».<sup>37</sup>

Ved grunnlovsreformen i 2014 fikk vi flere grunnlovsbestemmelser som er utformet etter mønster fra internasjonale menneskerettigheter. Selv om de ikke inneholder noe tilsvarende unntak som EMK og SP, er det sikker rett at de må forstås på samme måten.<sup>38</sup> De gir uttrykk for beskyttelsesverdige verdier eller interesser som ikke er

<sup>31</sup> Se Innst. 263 S (2014–2015), s. 10. Jf. Erik Boe, «Lovers grunnlovsmessighet», *Jussens Venner*, 1998 s. 4–36 på s. 13.

<sup>32</sup> Se Rt. 1976 side 1 P (Kløfta) på s. 5–6, Rt. 1996 s. 1415 P på s. 1429, Rt. 2007 s. 1281 P avsnitt 73–75 og Rt. 2010 s. 535 P avsnitt 146.

<sup>33</sup> I Rt. 1976 s. 1 P (Kløfta) på s. 6–7 uttalte Høyesterett at «grunnlovens gjennomslagskraft» ved tolkingen av slike grunnlovsbestemmelser er «betydelig». Dette er imidlertid senere blitt strammet inn. I Rt. 2010 s. 1445 P avsnitt 91 uttaler Høyesteretts flertall at Stortingets syn ved tolkingen av slike bestemmelser «vanskelig [vil] kunne tillegges vekt».

<sup>34</sup> Dvs. andre statsmakter enn domstolene.

<sup>35</sup> Se Rt. 1976 s. 1 P (Kløfta) på s. 5–6. Det heter her at domstolene ved tolkingen av slike grunnlovsbestemmelser «i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn». Denne formulering favner imidlertid noe for vidt, se Jens Edvin Andreassen [Skoghøy], *Konge, rikskirke og lokalmenighet*, Oslo 1989, s. 159–160, hvor Rt. 1987 s. 473 A (liturgisaken) blir kommentert, og Jens Edvin A. Skoghøy, «Forbud mot tilbakevirkende lovgivning», *Lov og Rett*, 2011 s. 255 ff. på s. 279.

<sup>36</sup> Se Rt. 2010 s. 535 P avsnitt 148. I tidligere avgjørelser har Høyesterett brukt uttrykket «rimelig tvil», se Rt. 1976 s. 1 P på s. 6.

<sup>37</sup> Se Rt. 1976 s. 1 P (Kløfta) på s. 5–6. I «klart har vurdert» ligger blant annet at Stortinget må ha foretatt en seriøs og inngående vurdering, se og Jens Edvin A. Skoghøy, «Forbud mot tilbakevirkende lovgivning», *Lov og Rett*, 2011 s. 255 ff. på s. 278 ff. med nærmere henvisninger til rettspraksis.

<sup>38</sup> Se Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 60, Rt. 2015 s. 155 A avsnitt 40 og 44, HR-2016-1833-A avsnitt 14, HR-2016-2017-A avsnitt 54, HR-2016-2554-P avsnitt 81, HR-2017-2015-A avsnitt 46 og HR-2017-1996-U avsnitt 14.

absolutte, men som det ved lov kan gjøres inngrep i dersom legitime formål tilsier det, og inngrepet etter en bredere vurdering er forholdsmessig.

De nye menneskerettsbestemmelsene i Grunnloven passer ikke inn i tredeling av grunnlovsbestemmelser som Høyesterett tidligere har operert med. Gjennom disse grunnlovsbestemmelsene er domstolene eksplisitt blitt tildelt en politisk kontrollfunksjon. Denne kontrollen må utøves på samme måte som ved kontrollen av at lovgiverne holder seg innenfor de internasjonale konvensjonene som danner forbildene for grunnlovsbestemmelsene. Dette innebærer at lovgivernes prioriteringer av samfunnsmessige målsetninger og avveining av verdier av typisk politisk karakter, i vid utstrekning bør respekteres av domstolene. Dersom det er spørsmål om å avveie lovgivernes politiske målsetninger mot borgernes rettssikkerhet, er det derimot liten grunn til å innrømme politiske myndigheter noe særlig spillerom for skjønn. Det er domstolenes oppgave å påse at de politiske myndighetene holder seg innenfor de grenser som rettsstaten setter, se Grunnloven § 2 andre punktum.<sup>39</sup>

De fleste grunnlovssakene for Høyesterett de siste decenniene har gjeldt tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97. Forbudet er begrunnet i allmenne rettferds- og rettssikkerhetshensyn og tar sikte på å sikre forutberegnelighet og beskytte mot overgrep og vilkårlighet. Det er sikker rett at denne bestemmelse ikke bare forbyr å knytte nye byrder til eldre handlinger eller begivenheter («egentlig tilbakevirkning»), men at den også beskytter mot uforholdsmessig inngripende eller tyngende inngrep i etablerte rettsposisjoner («uegentlig tilbakevirkning»). Internasjonalt har bestemmelsen blant annet paralleller i EMK artikkel 7 og protokoll 1 artikkel 1.<sup>40</sup>

Siden midten av 1990-tallet har vi fått ni viktige dommer av Høyesterett om rekkevidden av tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 – Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen-dommen), Rt. 1996 s. 1440 P (Thunheim-dommen), Rt. 2006 s. 293 P (Arves trafikkskole), Rt. 2007 s. 1281 P (Øvre Ullern), Rt. 2007 s. 1306 P (Rollag), Rt. 2010 s. 143 P (rederiskattedommen), Rt. 2010 s. 1445 P (krigsforbrytersaken), Rt. 2013 s. 1345 P (strukturvotesaken) og HR-2016-389-A (stortingspensjoner). Åtte av disse er avsagt i plenum.

<sup>39</sup> Jf. uttalelsene i Rt. 1976 s. 1 P på s. 6–7 og Rt. 2010 s. 1445 P avsnitt 91 om betydningen av Stortingets syn ved tolkningen av grunnlovsbestemmelser som sikrer borgernes frihet og sikkerhet.

<sup>40</sup> Se Erik Werlauff, «'... med tilbagevirkende kraft' – retroaktiv straffe- og skattelovgivning i grundretlig belysning», *Jurist uden omsvøb. Festskrift til Gorm Toftegaard Nielsen 2007*, Århus 2007, s 617 ff.

Som hovedregel er egentlig tilbakevirkning forbudt. I Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen-dommen) oppstilte Høyesterett som vilkår for at det ikke skulle kunne gripes inn i etablerte rettsposisjoner, at inngrepet var «klart urimelig eller urettferdig». Ved dommene etter tusenårsskiftet er denne normen blitt erstattet av en bredere interesseavveining og forholdsmessighetsvurdering.<sup>41</sup> Fra egentlig til uegentlig tilbakevirkning er det en flytende overgang, og den overordnede norm for vurderingen av om uegentlig tilbakevirkning skal underkjennes, er hvorvidt inngrepet er uforholdsmessig tyngende eller inngripende.<sup>42</sup> Det endrede vurderingstemaet har utviklet seg under påvirkning fra EMD-praksis om EMK protokoll 1 artikkel 1.

Da Grunnloven § 89 om domstolenes rett og plikt til å grunnlovsprøving ble vedtatt i 2015, viste Kontroll- og konstitusjonskomiteens flertall til den høyesterettspraksis som forelå, og uttalte at bestemmelsen tok sikte på å «synliggjøre i Grunnloven domstolenes prøvingsrett i dens nåværende form og innhold», og at en «endring av prøvingsrettens nåværende form og innhold vil kreve en egen grunnlovsendring».<sup>43</sup> Ved dette må Stortinget anses å ha akseptert den måten som Høyesterett frem til 2015 har utøvd prøvingsretten på.

De to av dommene om grunnlovsprøving som har ført til politiske reaksjoner, er Rt. 2010 s. 1445 P (krigsforbrytersaken) og Rt. 2010 s. 535 P (kirkegodset).

Problemstillingen i krigsforbrytersaken var om handlinger som etter folkeretten på gjerningstidspunktet var straffbare som krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten, men som etter norsk rett den gang bare var straffbare som ulovlige frihetsberøvelser, på grunnlag av ny lovgivning med tilbakevirkende kraft kunne omklassifiseres og pådømmes i samsvar med de folkerettslige klassifikasjonene. Tilbakevirkningsforbudet i EMK artikkel 7 likestiller folkerettslig straffehjemmel med straffehjemmel i nasjonal rett. I Rt. 2010 s. 1445 P kom imidlertid Høyesterett under dissens (11 mot 6) til at Grunnloven § 97 må ses i sammenheng med § 96, og at en enhver tilbakevirkende omklassifikasjon til siktedes ugunst rammes av Grunnlovens tilbakevirkningsforbud. Mindretallet mente derimot at såfremt det ikke ble utmålt strengere straff enn det som fulgte av norsk

<sup>41</sup> Se nærmere Jens Edvin A. Skoghøy, «Forbud mot tilbakevirkende lovgivning», *Lov og Rett*, 2011 s. 255–282.

<sup>42</sup> Se for eksempel Rt. 2006 s. 293 P, Rt. 2007 s. 1281 P, Rt. 2010 s. 143 P, Rt. 2013 s. 1345 P og HR-2016-389-A. Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, «Forbud mot tilbakevirkende lovgivning», *Lov og Rett*, 2011 s. 255 ff. på s. 273–278.

<sup>43</sup> Innst. 263 S (2014–2015), s. 11–12.



rett på gjerningstidspunktet, var omklassifisering i samsvar med folkeretten ikke grunnlovsstridig.

Det ble fra parlamentarisk hold reagert på flertallets grunnlovstolking, og i september 2012 fremsatte stortingsrepresentantene Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Hallgeir H. Langeland og Per Olaf Lundteigen forslag om at det i Grunnloven § 97 skulle tilføyes et nytt andre ledd som gjorde unntak fra tilbakevirkningsforbudet for handlinger som på gjerningstidspunktet var forutberegnelig straffbare i overensstemmelse med menneskerettighetene og direkte straffbare etter folkeretten. Grunnlovsforslaget ble behandlet av Stortinget i vårsesjonen 2015, men forslaget ble da ikke vedtatt.<sup>44</sup>

Spørsmålet i Rt. 2010 s. 535 P (kirkegodset) var hva inntekter fra kirkegodset, som i dag forvaltes av Opplysningsvesenets Fond, kan benyttes til. Etter Grunnloven § 116 kan disse inntektene bare benyttes «til geistlighetens beste og til opplysningens fremme». Ved kongelig resolusjon 14. september 2007 var det gitt en instruks som gav festere gunstigere innløsnings- og festeavgiftsvilkår enn det som følger av tomtefesteloven. Under dissens (9 mot 4) kom Høyesterett til at instruksene var grunnlovsstridig. Etter dette fremsatte representantene Sverre Myrli, Gerd Janne Kristoffersen og Steinar Gullvåg forslag til grunnlovsendring slik at staten skulle stå friere til å bestemme prinsippene for forvaltningen av kirkegodset, i samsvar med det mindretallet i Høyesterett hadde gått inn for.<sup>45</sup> Dette forslaget ble imidlertid i 2016 forkastet mot Arbeiderpartiets og Sosialistisk Venstrepartis stemmer.

Både i krigsforbrytersaken og saken om kirkegodset tilhørte jeg Høyesteretts mindretall. Selv om jeg mener at de regler som ble tilsidesatt i disse sakene, burde ha vært akseptert, må konklusjonen ut fra det som senere har skjedd, bli at Høyesteretts grunnlovskontroll i alle fall i ettertid har fått bred politisk aksept.

Det nærmeste man kommer en «maktkamp» mellom Stortinget og Høyesterett de siste decenniene, er kampen om det alminnelige straffenivå for drap, grov vold og seksuallovbrudd. Stortinget gav i løpet av 1990-tallet ved flere anledninger – uten tilknytning til aktuelle lovendringer – uttrykk for misnøye med det nivå som var lagt til grunn i avgjørelser av Høyesterett. Dette skjedde først og fremst i budsjett dokumenter.<sup>46</sup> Så lenge

<sup>44</sup> Se Innst. 261 S (2014–2015).

<sup>45</sup> Se Inns. 289 S (2015–2016).

<sup>46</sup> Se for eksempel Budsjettinnst. S. nr. 4 for 1996–97, 1997–98 og 1998–99 og Innst. S. nr. 168 (1997–98).

lovgivernes ønske ikke var kommet til uttrykk i lov eller relevante lovforarbeider, nektet imidlertid Høyesterett å ta hensyn til lovgivernes oppfatning.<sup>47</sup> Det «underliggende problem» var at Høyesterett og Stortinget var grunnleggende uenige om hvor normalstraffenivået for disse forbrytelseskategoriene burde ligge.<sup>48</sup>

I 2005 ble det vedtatt ny straffelov. Lovvedtaket i 2005 omfattet bare den alminnelige del. Den spesielle del ble vedtatt i 2009. Siden Høyesterett hadde nektet å høre på Stortingets meningsyttringer i budsjett dokumenter, ble det i forarbeidene til lovvedtaket i 2009 gitt nokså detaljerte retningslinjer for straffutmålingen, og et gjennomgående budskap var at det alminnelige straffenivå for drap, grov vold og seksuallovbrudd måtte økes. Det var klart at den nye loven ikke kunne tre i kraft straks. På det tidspunkt så man for seg at den ville bli satt i kraft fra 2012, men det viste seg etter hvert at det var for optimistisk. Våren 2015 ble det bestemt at den nye loven skulle tre i kraft 1. oktober 2015. I forarbeidene til lovvedtaket i 2009 ble det imidlertid sagt klart fra om at så langt det var forenlig med strafferammene i den gamle loven, skulle straffenivået økes med en gang. Den daværende justisminister, Knut Storberget, kalte dette en «marsordre» til domstolene.

Hvordan domstolene skulle forholde seg til denne «marsjorden», var temaet i Rt. 2009 s. 1412 S.

Det var enighet i Høyesterett – som var satt i storkammer med elleve dommere – om at domstolene fra det tidspunkt den nye loven ble satt i kraft, ville være forpliktet til å følge de straffutmålingssignaler som var gitt i forarbeidene. Under dissens (10 mot 1) kom Høyesterett imidlertid til det nye, skjerpede nivået ikke fullt ut kunne anvendes ved pådømmelse av handlinger etter den gamle loven.<sup>49</sup>

For handlinger som var *begått før lovvedtaket i 2009*, fant flertallet at forarbeidsuttalelsene ikke kunne «tillegges noen selvstendig vekt».<sup>50</sup> Dette innebar at straffen for slike handlinger måtte utmåles ut fra det straffenivå som tidligere var etablert.<sup>51</sup>

For handlinger som var *begått etter lovvedtaket i 2009*, mente flertallet derimot at domstolene måtte ta hensyn til

<sup>47</sup> Se nærmere Jens Edvin A. Skoghøy, «Utviklingstrekk innenfor strafferett og straffeprosess», i Asbjørn Kjønsstad (red.), *Nye trender i rettsvitenskapen*, Oslo 2013, s. 130 ff.

<sup>48</sup> Se for eksempel Rt. 2009 s. 1412 S og Rt. 2009 s. 1423 S.

<sup>49</sup> Det var jeg som dissenterte.

<sup>50</sup> Rt. 2009 s. 1412 S avsnitt 33.

<sup>51</sup> Rt. 2009 s. 1412 S avsnitt 34.

forarbeidsuttalelsene, men slik at det skulle skje en gradvis opptrapping til nytt nivå. Dette ble begrunnet med «de hensyn som ligger bak tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og EMK artikkel 7».<sup>52</sup>

Det standpunkt flertallet inntok i disse avgjørelsene, provoserte lovgiverne, og ved lovvedtak i 2010 ble straffeloven av 1902 endret ved at de nye bestemmelsene om vold og seksuallovbrudd ble «klipt inn» i den gamle loven med de samme anvisningene i forarbeidene om nytt, skjerpet normalstraffenivå.<sup>53</sup> På den måten ble domstolene tvunget til å ta i bruk det nye nivået fullt ut i bruk på handlinger som er begått etter lovvedtaket i 2010.<sup>54</sup>

Sluttresultatet av «maktkampen» mellom Høyesterett og Stortinget om det alminnelige straffenivået for drap, grov vold og seksuallovbrudd er at domstolenes spillerom ved straffutmålingen i den enkelte sak er blitt betydelig innsnevret. De sjablonmessige retningslinjer for straffutmålingen som er gitt i lovforarbeidene, kan føre til ganske urimelige enkeltresultater.

Etter min mening var det ganske forfeilet av Høyesterett før lovendringen i 2010 å avfeie klare og veloverveide ønsker fra Stortinget om at straffenivået for nærmere angitte forbrytelseskategorier måtte heves, med henvisning til et «rettskildeparadigme». Hva som innenfor de vedtatte strafferammer bør være normalnivået, beror på en avveining av ulike reelle hensyn. Dersom det ikke finnes holdepunkter for annet, må rettsoppfatninger som er uttalt av Stortinget eller av en parlamentarisk utpekt regjering, kunne tas som et autoritativt uttrykk for den allmenne rettsoppfatning.<sup>55</sup>

Den maktkampen som utspant seg mellom Stortinget og Høyesterett om normalstraffenivået for drap, grov vold og seksuallovbrudd på slutten av 1990- og begynnelsen av 2000-tallet, kan spissformulert sammenfattes slik: Ved å avfeie som rettskildemessig irrelevante stortingsoppfatninger om straffutmålingsnivå som ikke var kommet til uttrykk i relevante lovforarbeider, bød Høyesterett Stortinget opp til dans. Stortinget takket ja til invitasjonen, og gjennom de lovvedtak som deretter ble fattet, viste Stortinget Høyesterett «en annen dans».

<sup>52</sup> Rt. 2009 s. 1412 S avsnitt 25, 38 og 39.

<sup>53</sup> Lov 25. juni 2010 nr. 46.

<sup>54</sup> Se for eksempel Rt. 2010 s. 1324 A, Rt. 2010 s. 1340 A, Rt. 2011 s. 734 A, Rt. 2013 s. 193 A, Rt. 2013 s. 198 A, Rt. 2015 s. 434 A og Rt. 2015 s. 827 A.

<sup>55</sup> Se mitt votum i Rt. 2009 s. 1412 S avsnitt 46.

#### **4. Avsluttende bemerkninger**

På samme måte som økt regeltilfang vil domstolenes rettsutviklende rolle og den politiske rolle domstolene er blitt tildelt ved håndhevelsen av menneskerettsbestemmelser og prinsippene for det indre marked etter EØS-avtalen medføre skjerpede faglige krav til dommerne. Det stilles ikke bare krav til faglig innsikt på ulike livsområder, men også betydelig grad av samfunnsforståelse. Høyesteretts rolle som prejudikatsdomstol medfører også at det til høyesterettsdommere bør stilles strengere krav enn tidligere til teoretisk fremstillingsevne.

Jeg er tilhenger av at domstolene ikke bare skal anvende, men også utvikle retten, og at reglene må forstås og anvendes i samsvar med de reelle hensyn som gjør seg gjeldende, men dette må skje innenfor bestemte rammer. Domstolene må ved sin rettsanvendelse være tro mot de demokratiske idealer vårt samfunn er bygd på. I motsetning til dommerne er våre lovgivende myndigheter demokratisk valgte, og politiske vegvalg må derfor, innenfor de rammer som følger av menneskerettighetene og EØS-retten, overlates til disse. Etter min oppfatning har Høyesterett i sin praksis stort sett forholdt seg i samsvar med dette.