

## Viljen til å skape lov og Grunnlov

Av Anne Robberstad

Trykt i Lov og Rett 1-2016, s 49-64

Forfatteren hevder at dommere i Høyesterett har utviklet et forhold til rettskildene som er i strid med vanlig juridisk metode. Overfladiske henvisninger til Grunnloven erstatter drøftelser ut fra lovene og ut fra Grunnloven selv. Også andre avvik fra vanlig metode påpekes. Påstandene belyses ved et knippe eksempler fra prosessretten som omhandler adgangen til partshjelp, begrunnelse av ankenektelse, bevisavskjæring, adgangen til fastsettellesdom og sivil ankerett. Rt. 2014 s. 1105 (Acta) og prosessuelle sider ved Rt. 2015 s. 93 (Maria) behandles mest inngående.

### 1 Innledning<sup>1</sup>

Høyesteretts virksomhet er for tiden under debatt. Deler av debatten foregår på det generelle plan. Men for å forstå det som foregår, må en gå helt detaljert til verks.

Vi har de siste årene sett en tendens til at dommere i Høyesterett selv vil skape innholdet i lover og i Grunnloven. I sin *Høgsteretts historie* beskriver Jørn Øyrehagen Sunde hvordan Høyesterett har utviklet seg til en domstol som driver politisk virksomhet.<sup>2</sup> Avgjørelsen av den enkelte tvist er skjøvet i bakgrunnen til fordel for oppgaven med å drive rettsavklaring og rettsutvikling.

Viljen til selv å skape noe ut over en avgjørelse av den konkrete sak er ikke av helt ny dato. Kåre Lilleholt har påpekt økende bruk av *obiter dicta*, formulering av (for) generelle grunnlag og teoretiske drøftelser langt ut over hva den enkelte tvisten krever.<sup>3</sup> Etter vedtagelsen av de nye grunnlovsbestemmelsene i 2014 har det tatt helt av. Den nye Grunnloven har gitt de dommere som ønsker det, et middel til selv å skape retten, i en grad vi knapt har sett tidligere. Kanskje er vi kommet i en situasjon som Lilleholt betegnet som at «tvisteløysinga berre er eit praktisk påskot for å produsere rettskjelder».

Er det noe galt i dette? Ja, hvis Høyesterett går på tvers av lovens velbetenkte ordlyd eller klare signaler i forarbeider om hvordan lovene skal praktiseres. Da undergraves vårt demokratiske system. En variant av dette har vi når overfladiske henvisninger til Grunnloven eller EMK erstatter drøftelser ut fra vanlig lovgivning.

En særegen henvisningsteknikk har utviklet seg. Se for eksempel HR-2015-2033-A, der straffen ble nedsatt på grunn av lang behandlingstid. Her heter det i avsnitt 16: «Med mindre tidsforbruket kan forklares med saklige og nødvendige hensyn, vil det måtte anses som brudd på kravet om dom innen rimelig tid i Grunnloven § 95, jf. EMK artikkel 6 nr. 1.» Her kunne det vært vist til menneskerettsloven (nr. 30/1999) jfr EMK art. 6 nr 1, det er disse kildene som sier noe om hva som er urimelig lang tid. Bestemmelsen i Grunnloven § 95 første punktum om «rimelig tid» har ikke noe innhold ut over dette, i hvert fall ikke foreløpig. Grunnloven brukes nå stadig oftere som primær rettskilde også der vi har løsningen i vanlige lover, eventuelt sammenholdt med konvensjoner som har lovs kraft. I noen avgjørelser ser vi også at Grunnloven gis et innhold som det ikke er dekning for i rettskildene.

---

<sup>1</sup> Jeg takker vitenskapelig assistent Kaija Bjelland for hjelp til å analysere materialet, og universitetsstipendiat Michael Reiertsen og anonym fagfelle for gode kommentarer.

<sup>2</sup> Jørn Øyrehagen Sunde, *Høgsteretts historie 1965-2015*, Bergen 2015, kap. 4 og 5, særlig s. 94.

<sup>3</sup> Kåre Lilleholt, «Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2002 s. 62-75. Avgjørelsene der er fra 1992-2001. Se også Hans Petter Graver i *Morgenbladet* 10.4.2015: «Den gode løsning i et konkret tilfelle».

Ved nærgående lesning av noen prosessuelle avgjørelser skal vi se eksempler på at dommere i Høyesterett har utviklet et forhold til rettskildene som er i strid med det vi til nå har oppfattet som vanlig god juridisk metode. Temaene nedenfor er adgangen til partshjelp, begrunnelse av ankenektelse, bevisavskjæring, adgangen til fastsettelsesdom og sivil ankerett. I de avgjørelsene jeg presenterer, drives rettsskapende virksomhet på tvers av enten ordlyd, forarbeider eller tidligere høyesterettspraksis.

Utvalget av avgjørelser er ikke ment å gi et fullstendig bilde av Høyesteretts praksis. Det tas også avgjørelser som er forbilledlige i metodebruk, ett av flere eksempler nevnes nedenfor i pkt. 7. I noen av avgjørelsene nedenfor var det også dissenser, som viser at flere dommere har et mer nøkternt forhold til rettskildene.

## 2 Partshjelp for privatpersoner

Rt. 2014 s. 6 (Dedichen I) gjaldt adgangen til å opptre som partshjelper for den saksøkte arbeidsgiveren, som var Staten v/Forsvarsdepartementet. En mann, A, mente seg ulovlig forbigått av en kvinne, B, ved ansettelse av sjef for Forsvarets skolesenter.<sup>4</sup> Lagmannsretten ga A medhold. Etter at statens anke var tillatt fremmet for Høyesterett, meldte B seg som partshjelper til fordel for staten. A motsatte seg dette, det ble blant annet vist til «at B ugjenkallelig er utnevnt i stillingen, og at hennes rettsstilling derfor ikke blir påvirket av utfallet av saken». Vilkåret for å tillate partshjelp i dette tilfellet var tvisteloven § 15-7 (1) a om at partshjelp skal tillates for «den som har reelt behov begrunnet i egen rettsstilling for at den ene parten vinner».

Ankeutvalget startet med å gjengi uttalelse fra proposisjonen til tvisteloven, her heter det: «I utgangspunktet kreves det at partshjelperens egne rettigheter eller plikter må kunne bli påvirket av domsresultatet, eller at partshjelperens rettsstilling er avledet av partens.»<sup>5</sup> Utvalget gjenga *ikke* fortsettelsen på samme spalte i proposisjonen, som lyder: «En prejudikatsinteresse eller en faktisk interesse i at en part vinner (for eksempel kreditors interesse i debtors likviditet), er ikke tilstrekkelig til å begrunne partshjelp etter første ledd bokstav a.» I stedet fortsatte utvalget med å henvise til to avgjørelser fra tvistemålslovens tid,<sup>6</sup> som begge tillot hjelpeintervensjon. Det ble ikke vist til Rt. 2008 s. 574 (Leiligheter på Geilo), som anvendte den nye tvistelovens kriterium for partshjelp. I Geilo-saken ble det gitt fullstendig referat av proposisjonens uttalelser, og partshjelp ble nektet. Her var situasjonen at de som ville bli partshjelpere hadde identiske kontrakter som partene, dommen i saken ville derfor ha stor betydning også for dem.

Ved hjelp av mangelfull gjengivelse fra forarbeidene og selektiv bruk av rettspraksis kom utvalget i Dedichen-saken frem til at «det er tilstrekkelig for å tillate partshjelp at domsutfallet kan få direkte faktisk betydning for partshjelperens rettigheter eller plikter». Her blandes spørsmålet om faktisk kontra rettslig betydning sammen på en underfundig måte. Partshjelp ble tillatt fordi (avsnitt 7):

«Utfallet av saken kan lett få betydning for hvordan B vil bli vurdert dersom hun senere søker en annen stilling. Hun har således en direkte interesse i utfallet av saken, og som følge av dette har hun et reelt behov for å kunne tre inn i saken som partshjelper for staten.»<sup>7</sup>

Tvistelovens krav om at behovet må være begrunnet i egen rettsstilling, er her blitt borte.

Til forskjell fra de øvrige avgjørelsene jeg behandler, var EMK ikke inne i bildet i Dedichen-saken.

<sup>4</sup> I Rt. 2014 s. 402 ble staten frifunnet, ulovlig diskriminering hadde ikke funnet sted (dissens 4-1).

<sup>5</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 420, det som står etter «eller» ble ikke gjengitt.

<sup>6</sup> Rt. 2005 s. 760 og Rt. 2005 s. 831.

<sup>7</sup> I Rt. 2014 s. 402 ble dette utbrodert i avsnitt 97 ved vurderingen av om B skulle få saksomkostninger: «Utfallet kan også ha betydning for respekten for henne som sjef for Forsvarets høyskole og hennes autoritet i stillingen.»

### 3 Begrunnelse av ankenektelse i sivile saker

Rt. 2009 s. 1118 (Finsbråten) gjaldt avgjørelse etter tvistelovens nye bestemmelse om at anke over dom «kan nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram», tvl § 29-13 annet ledd. Slik § 29-13 lød i 2009, skulle avgjørelse om dette treffes ved enstemmig beslutning, men loven hadde ikke noe krav om at beslutningen skulle begrunnes.

I den aktuelle saken var anker over tingrettens dom nektet fremmet uten annen begrunnelse enn at lagmannsretten «finner det klart at ingen del av ankene vil føre fram». Beslutningen ble påanket til Høyesterett, det ble anført at beslutningen skulle vært begrunnet. Høyesterett i storkammer kom frem til at det gjaldt et krav om begrunnelse,<sup>8</sup> og lagmannsrettens nektelse ble opphevet. Flertallets begrunnelse for resultatet (7 dommere) var at det etter Høyesteretts praksis gjaldt et krav om begrunnelse for ankenektelse i straffesaker, og at «systembetraktninger» og «klare lovgiverforutsetninger» tilsa at det måtte gjelde også i sivile saker (avsnitt 48-79, særlig 50-56).

Til argumentet om systembetraktninger er å si at siden avgjørelsen treffes som beslutning, behøvde lagmannsretten etter lovens system ikke begrunne sitt standpunkt, se forutsetningsvis § 19-6 fjerde ledd som krever begrunnelse bare av kjennelser og dommer.<sup>9</sup> Når det gjelder lovgiverforutsetninger, var disse rent hypotetiske.<sup>10</sup>

Som annenvoterende Endresen pekte på (avsnitt 83), var det et bevisst valg fra lovgivers side (i 2005) at slike beslutninger ikke måtte begrunnes. Utformingen av tvl § 29-13 var veloverveid og det var under to år siden den nye loven trådte i kraft. Spørsmålet om bestemmelsen burde endres, var tatt opp i et høringsnotat fra Justisdepartementet fire måneder før Høyesteretts behandling, og Endresen fant ikke «tilstrekkelig grunn til at Høyesterett skal foregripe dette lovgivningsarbeidet» (avsnitt 93).

Begrunnelsesplikt for ankenektelser ble innført ved endring av tvl § 29-13 femte ledd den 10. desember 2010 nr. 76. Lovgiver bøyde seg altså for Høyesteretts syn. Som nevnt, hadde departementet i høringsnotatet i 2009 stilt seg åpent for å endre loven:

«Avhengig av resultatet i storkammersakene kan det bli aktuelt å fremme forslag om endring av tvisteloven § 29-13 annet ledd, slik at det stilles krav om begrunnelse for beslutning om å nekte anken fremmet. Det bes om høringsinstansenes syn på spørsmålet [...]»<sup>11</sup>

Ved at Høyesterett i Rt. 2009 s. 1118 (Finsbråten) slo fast at det gjelder et krav om begrunnelse også i sivile saker, tvang man i realiteten departementet til å foreslå endring av loven. Som det noe resignert heter i proposisjonen til lovendringen i 2010:

«Etter kjennelsen i Rt-2009-1118 er det etter gjeldende rett et krav om at beslutninger etter tvisteloven § 29-13 annet ledd skal være begrunnet. Departementet foreslår at et slikt begrunnelseskrav lovfestes.»<sup>12</sup>

Vi ser at Høyesterett i denne saken opptrådte som konkurrerende lovgiver, som i kraft av den vekt høyesterettsavgjørelser nå tillegges, bandt departementet til å følge seg, til tross for at Høyesteretts begrunnelse ikke var overbevisende. Den språklige fiksjonen om at Høyesterett «konstaterer» eller «finner» gjeldende rett, i stedet for å finne på den, tilslører at det her var en

<sup>8</sup> Se Bårdssens votum avsnitt 59 og 77. Skoghøy og Tjomslund kom til samme konklusjon ut fra EMK art. 6 nr 1. Endresen og Stabel mente at manglende begrunnelse ikke var en feil.

<sup>9</sup> Dette ble påpekt av departementet i Prop. 141 L (2009-2010) Endringer i straffeprosessloven mv. s. 29.

<sup>10</sup> Jfr Skoghøys votum i avsnitt 106 om dette, og Inge Lorange Backer i *Lov og Rett* 2009 på s. 450: «I virkeligheten har flertallet bygd på spekulasjoner.»

<sup>11</sup> Her gjengitt fra Prop. 141 L (2009-2010) Endringer i straffeprosessloven mv. s. 29.

<sup>12</sup> Prop. 141 L (2009-2010) s 32. Sml. formuleringen s. 13 om straffesaker: «I høringsnotatet foreslo departementet at straffeprosessloven § 321 endres slik at bestemmelsen tydelig gir uttrykk for begrunnelseskravet som Høyesterett har konstatert for beslutninger om å nekte anke fra siktede fremmet.»

ny rettsregel som ble skapt, i strid med en tydelig uttalt lovgivervilje bak tvisteloven.<sup>13</sup> Vi har her å gjøre med dommere som i iveren etter å fremme visse verdier, glatt setter seg ut over så vel lovens ordlyd som dens forarbeider.

#### 4 Bevisavskjæring

I Rt. 2014 s. 1105 (Acta), var det spørsmål om avskjæring av bevis i en større økonomisk straffesak mot syv tiltalte. Beviset besto i såkalt overskuddsmateriale fra telefonavlytting («kommunikasjonskontroll») etter at en siktelse for organisert kriminalitet var blitt frafalt. Saken sto for lagmannsretten, som hadde avgjort at materialet skulle tillates ført som bevis. Et flertall på tre dommere i Høyesterett kom til at lagringen av materialet etter at tiltale var tatt ut var ulovlig, materialet skulle vært slettet (avsnitt 46). Et mindretall på to dommere mente at lagringen ikke var ulovlig (avsnitt 84). Jeg går ikke her inn på diskusjonen om hvorvidt den fortsatte lagringen av materialet var ulovlig eller ikke.

Det interessante i denne sammenheng er hvordan flertallet forholder seg til spørsmålet om bevisavskjæring etter at ulovlighet er konstatert. Avsnitt 47 lyder:

«Når politiets besittelse av materialet er ulovlig, må adgangen til å benytte det som bevis, avgjøres etter de samme regler som for ulovlig ervervede bevis. Begrensninger i adgangen til å benytte ulovlig ervervede bevis bygger på rettspraksis. Ved vedtakelsen av tvisteloven ble begrensningene lovfestet for sivile saker, se tvisteloven § 22-7, som bestemmer:

«Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte.»»

Det ble videre vist til (i 48) at vurderingstemaet er det samme i straffesaker og sivile saker, selv om utfallet kan bli forskjellig. Denne setningen fremgår av flere avgjørelser, blant annet Rt. 2013 s. 1282 (som det ble vist til).

*Regelen* er altså den samme i begge sakstyper. Vurderingstemaet er behandlet noe nærmere i Rt. 2009 s. 1526 (Forsoningssamtale), en straffesak der regelen i tvl § 22-7 ble anvendt av Høyesterett. I sistnevnte heter det i avsnitt 30:

«Om et utilbørlig frembrakt bevis skal avskjæres, beror på en avveining av krenkelsen det innebærer at beviset føres, holdt opp mot betydningen av å få opplyst saken og oppnå en materielt riktig avgjørelse, jf. NOU 2001:32B side 961 «Rett på sak».»

Dette ble *ikke* trukket frem i Acta-saken. I stedet vises det i avsnitt 48 til en avgjørelse fra før tvistelovens tid: «Løsningen beror på en bred avveining, jf. Rt. 1999 side 1269.» Dette er den såkalte Verksbetjentdommen, der påtalemyndighetens opptak ved hjelp av skjult mikrofon ble nektet brukt som bevis på grunn av forbudet mot selvinkriminering. Her heter det s. 1272: «I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining.»

Verksbetjentdommen er et lite treffende utgangspunkt for drøftelsen i Acta-saken, der selvinkriminering ikke var et tema.<sup>14</sup> Det hadde vært riktigere å vise for eksempel til Rt. 2006 s. 582, en straffesak der Høyesterett uttalte seg om føring av bevis innhentet ved politiets ulovlige ransaking. I saken fra 2006 vurderes bevisavskjæring også i relasjon til EMK art. 6 nr. 1 (avsnitt 25). Og det uttales at politiets brudd på privatlivets fred (EMK art. 8) i dette tilfellet ikke krevde annen reparasjon enn at bruddet konstateres i rettens premisser, jfr. EMK art. 13 (avsnitt 27-31).

<sup>13</sup> Jørn Øyrehagen Sunde skriver i *Høgsteretts historie 1965-2015* (2015) s. 91 at i denne saken «var det ikkje noko behov for å avklara retten. [...] Alt dette var avhengig av at det i Høgsterett fanst eit ønske om å utvikla retten på dette området.»

<sup>14</sup> Gulating lagmannsrett skrev i Acta-saken: «Ved forholdsmessighetsvurderingen har det også betydning at særlig A og B under saksforberedelsen har gitt uttrykk for at det i materialet ikke er noe som svekker deres stilling i forhold til den tiltalebeslutning som er tatt ut.»

Den «brede avveining» foretas i Acta-saken i avsnittene 49 og 50. Det ble først vist til at den uhjemlede lagringen ikke betydning for materialets pålitelighet, og: «Hensynet til sakens opplysning, konkretisert ved Bs uttrykkelig ønske om at materialet tillates ført, taler for at materialet tillates.»<sup>15</sup> Dette var argumentene *for* å tillate beviset. Men så kommer argumentene *mot*, slik førstvoterende Bårdsen så dem (avsnitt 50):

«Disse forholdene er imidlertid ikke avgjørende: Lagringen var etter 15. august 2011 og frem til 13. september 2013 i strid med loven, og dermed også i strid med EMK artikkel 8 og med SP artikkel 17. Politiet hadde i mer enn to år en lovbestemt plikt til å tilintetgjøre materialet. Hadde plikten vært overholdt, ville spørsmålet om å bruke dette som bevis ikke kunnet oppstå i ettertid. I dette ligger ikke bare et visst tilbakevirkningselement. Tillates materialet nå benyttet som bevis i straffesaken, vil denne bruken utgjøre en gjentatt rettskrenkelse, jf. nå også Grunnloven § 102 og § 113. Jeg viser til Rt. 1999 side 1269 som slår fast at beviset i slike tilfeller normalt skal avskjæres.»

Det er flere iøynefallende trekk ved argumentasjonen i avsnitt 50 i Acta-saken. For det første gjentas her det som var selve utgangspunktet for avskjæringsvurderingen, at materialet ble ansett å være ulovlig lagret. Dette var allerede slått fast i avsnitt 46. Men ikke bare gjentas poenget om at lagringen var ulovlig etter straffeprosessloven, det legges til at den også var ulovlig etter EMK art. 8 og SP art. 17 (begge om privatlivets fred m.v.). Den var tredobbelt ulovlig! Derimot får vi ingen redegjørelse for Menneskerettsdomstolens holdning til bevisavskjæring i slike tilfelle.<sup>16</sup> Det hadde vært av interesse, når saken først betraktes i et menneskerettslig lys.<sup>17</sup> Det var jo bevisavskjæring Actakjennelsen gjaldt. Menneskerettsdomstolen vil normalt ikke slå ned på føring av bevis som er innhentet i strid med EMK art. 8, se storkammerdommen Bykov mot Russland fra 2009.<sup>18</sup>

Deretter slås det fast at bruk av materialet som bevis vil utgjøre «en gjentatt rettskrenkelse». Vi får ingen vurdering av styrken av denne krenkelsen, slik både tvistelovens forarbeider<sup>19</sup> og uttalelsen i Rt. 2009 s. 1526 (Forsoningssamtale) legger opp til. I stedet vises det til Grl. § 102 (privatlivets fred) og Grl. § 113 (legalitetsprinsippet). Ingen av disse bestemmelsene inneholder noe om bevisavskjæring.

Deretter kommer for annen gang en henvisning til den, i denne sammenheng, lite relevante Verksbetjentdommen, Rt. 1999 s. 1269. Riktignok har denne dommen en uttalelse (gjengitt ovenfor her) om at beviset normalt må nektes ført ved fortsatt rettskrenkelse. Men dette spørsmålet kommer i en annen stilling etter vedtagelsen av tvl § 22-7, forarbeidene til den og avgjørelsene som viser til den. Det er ikke grunnlag for å operere med dette som en hovedregel nå. Tvert imot sier jo tvisteloven at beviset bare skal nektes ført i særlige tilfelle, hovedregelen er fortsatt fri bevisføring. Førstvoterende synes ikke å bli enig med seg selv om hvorvidt saken skal avgjøres etter en bred avveining av motstående hensyn eller ut fra en (angivelig) hovedregel om avskjæring ved fortsatt krenkelse.

Uten hensyn til om politiets lagring av materialet var ulovlig eller ikke, kunne den avveiningen som skulle foretas, ha fått et annet utfall. Legger man større vekt på hensynet til sakens fulle opplysning og til den tiltalte B, burde den ha fått et annet utfall. Hverken grunnlovsmessige eller menneskerettslige betraktninger ville hindret det. Førstvoterendes fremstilling av saken gir derimot et inntrykk av at både Grunnloven og menneskerettighetene ville ha påbudt det resultat som flertallet kom frem til. Etter mitt syn er dette et misbruk av de nevnte rettskildene.

<sup>15</sup> Den tiltalte B ville bruke beviset til å underbygge sin uskyld, se avsnitt 82 i kjennelsen.

<sup>16</sup> NOU 2001:32 Rett på sak s. 962 fremholder at EMD «synes [...] ikke å tillegge personvernens hensynene og synspunktet om fortsatt krenkelse den samme vekt som Høyesterett».

<sup>17</sup> Avsnitt 29-30 i kjennelsen om EMK art. 8 og SP art. 17 går ikke inn på avskjæring av bevis.

<sup>18</sup> Application no. 4378/02, dom av 10 mars 2009, særlig avsnitt 88 flg.

<sup>19</sup> Se NOU 2001:32 Rett på sak s. 961 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 459.

Avgjørelsen får et skjær av ren fanatisme når flertallet i avsnitt 61 behandler kravet fra hovedtaltets kone om sletting av opptak fra telefonsamtaler hun deltok i. Kravet var utenfor ankegjensstanden, og ut fra «vanlige prosessuelle prinsipper må kravet om sletting avvises, og eventuelt fremmes som særskilt sak». Kravet ble allikevel tatt til følge, under henvisning til at lagringen «innebærer et pågående brudd på Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og SP artikkel 17. Dette må bringes til opphør. Jeg viser til Grunnloven § 92 og til at I har rett til et effektivt reparasjonsmiddel, jf. EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 bokstav b, sml. også Rt. 2012 side 12.». Flertallet har ikke dekning for at art. 13 tilsier at reparasjonen i dette tilfellet må skje ved domstolene, og den avgjørelsen det vises til gjaldt noe annet. – Det ser ut til at flertallet ikke stolte på at overordnet påtalemyndighet selv ville sørge for at et ulovlig forhold ble brakt til opphør. I stedet går domstolen på unorsk vis inn i forvaltningens sted, ved å beordre sletting av materialet. Formuleringene skulle tyde på at tilstanden var skandaløs og øyeblikkelig måtte bringes til opphør. Jeg minner om at saken gjaldt materiale som var lovlig innhentet og som etter nye regler ville blitt tillatt som bevis, se avsnitt 1 i kjennelsen.

Acta-kjennelsen fra november 2014 innvarslet en serie avgjørelser der Høyesterett tar Grunnloven i bruk ved gjentatte ganger å henvise til nye grunnlovsbestemmelser. Ofte tjener dette til erstatning for en grundig drøftelse ut fra vanlige lover og høyesterettspraksis, som i Acta-saken. Vi får heller ingen ordentlig drøftelse av hva Grunnlovens nye bestemmelser tilsier.

## **5 Adgang til å fastsettellesdom for krenkelse av menneskerettigheter**

### **5.1 Hva Maria-saken gjaldt**

Rt. 2015 s. 93 (Maria) gjaldt gyldighet av vedtak om utvisning og vedtak om avslag på oppholdstillatelse for en kvinne fra Kenya. Begge vedtakene gjaldt denne kvinnen, altså moren, A. Hennes datter B på fire år var også part i saken i alle tre instanser. Mor og datter vant ikke frem i tingrett og lagmannsrett. Men en enstemmig Høyesterett avsa dom både for at de to vedtakene var ugyldige og for at de var i strid med EMK art. 8. Flere sider av denne saken har prosessrettslig interesse, så vel som forvaltningsrettslig interesse.<sup>20</sup> Jeg tar bare for meg to av de prosessuelle aspektene.

### **5.2 Datteren som part i saken**

Datteren B står oppført som part i saken i alle tre instanser. Da hun var mindreårig, kunne hun bare opptre i rettssak ved verge, jfr. tvl § 2-4. Det var moren som var hennes verge, ingen annen verge var oppnevnt. Moren representerte altså både seg selv og datteren.

For tingretten anførte staten at datteren ikke hadde rettslig interesse i gyldighetssøksmålet,<sup>21</sup> men vant ikke frem med det. Høyesterett drøftet dette spørsmålet av eget initiativ, som domstolen har plikt til der det kan være tvil (avsnitt 36-40). Problemstillingen var altså om datteren hadde rettslig interesse i å gå til sak om vedtakene som gjaldt hennes mor. Ingen hadde bestridt at moren selv hadde adgang til å gå til sak om vedtakenes gyldighet.

Retten fant at datterens tilknytning til utvisningsvedtaket var så sterk at hun hadde søksmålsrett etter tvl § 1-3 (rettslig interesse). Som ledd i begrunnelsen dynges det på med sterke rettskilder (i 39, min uthevning): «Også retten til domstolsbehandling etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1, og retten til et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13, *taler med tyngde for* at gyldighetssøksmålet må fremmes for Bs del.» Dette uten at retten gikk nærmere inn på hva som måtte følge av de nevnte kildene.

Det skal godt gjøres å hevde at det av disse kildene kan utledes noen vektig føring for, enn si svar på, det aktuelle rettsanvendelsesspørsmålet. Forarbeidene til Grunnloven § 95 gir klart uttrykk for at tvistelovens regel (§ 1-3 annet ledd) er tilstrekkelig for å oppfylle

<sup>20</sup> Jfr. Håvard H. Holdø og Tolle Stabell, «Faktumtidspunktet ved «håndhevelsessøksmål» – omkamp om plenumsdommen i Rt. 2012 s. 1985?», *Lov og Rett*, 2015 s. 250-257.

<sup>21</sup> For lagmannsretten anførte staten at pretensjonen om rettslig interesse var nok.

bestemmelsens krav om adgang til domstolene.<sup>22</sup> Grunnloven § 95 er ikke ment å utvide søksmålsadgangen, rettstilstanden ble forutsatt å være som før.<sup>23</sup>

Spørsmålet om tilknytningsvilkåret i tvl § 1-3 annet ledd kunne fortjent en nærmere drøftelse, i det både Rt. 1995 s.139 (som ble nevnt) og proposisjonen til i utlendingsloven (som ikke ble nevnt)<sup>24</sup> kunne tale mot å anse datteren som part. Det er vanlig lære i sivilprosessen at det ikke foreligger rettslig interesse dersom en annen person enn saksøkeren er nærmere til å fremme kravet.<sup>25</sup>

I denne saken hevdet datteren at saken også gjaldt hennes *egne* rettigheter (avsnitt 21-22 og 39), så spørsmålet er ikke opplagt. Normalt gir det tilstrekkelig tilknytning at en hevder å fremme sitt eget krav.<sup>26</sup> Det kan tenkes at et barn ved oppnevnt verge hevder et annet syn på saken enn det moren har, slik at barnet bør kunne få tale sin egen sak. I denne saken var jo standpunktene identiske, så det kan synes unødvendig å la datteren stå som saksøker ved siden av moren.

Jeg lar dette stå åpent, og går i stedet inn på et annet prosessuelt spørsmål i saken:

### 5.3 Adgangen til å få fastsettelsesdom

Det var omtvistet om datteren hadde rettslig interesse i å få dom for sitt krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK art. 8. Staten anførte for Høyesterett at datteren ikke hadde slik rettslig interesse (avsnitt 27 og 41). Det ble fra statens side vist til at spørsmålet om krenkelse av EMK art. 8 uansett måtte vurderes i relasjon til gyldighetssøksmålet, og til Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkere). Før domstolen landet på det motsatte resultatet, foretok Høyesterett en drøftelse der bruken av rettskilder er meget selektiv. Vi skal se nærmere på argumentene domstolen brukte (i avsnitt 42):

Først ble det vist til Rt. 2011 s. 1666 (Tvungen observasjon) avsnitt 32 og Rt. 2012 s. 2039 (Bosnia) avsnitt 94-99 om at krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK utgjør et «rettskrav» i prosessuell forstand. Dette var vel neppe omtvistet i Maria-saken. Siden Høyesterett i Rt. 2003 s. 301 (Undersøkelse) gikk bort fra standpunktet i Rt. 1994 s. 1244 (Kvinnefengsel) om at påstand om brudd på EMK ikke er et selvstendig rettsforhold, er det gjentatt i flere avgjørelser at spørsmålet om konvensjonskrenkelse *kan* anses som et rettsforhold eller rettskrav. Blant annet i de to sakene som det ble vist til i Maria-saken avsnitt 42. Altså var vilkåret som nå står i tvl § 1-3 første ledd tilsynelatende oppfylt.

Spørsmålet om «rettskrav» er allikevel ikke opplagt. Det skyldes en uttalelse i spesialmerknadene i proposisjonen til tvisteloven (min uthevning):

«Et krav om særskilt dom for at et forhold er rettsstridig fordi en bestemmelse i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er overtrådt, utgjør et rettskrav etter første ledd *når konvensjonsmessigheten ikke kan bli prøvd på annen måte*, se også Rt. 2003 s. 301.»<sup>27</sup>

Uttalelsen kan forstås som at rettskrav-vilkåret ikke er oppfylt i de tilfellene der konvensjonsmessigheten *kan* prøves på annen måte, for eksempel som ledd i behandling av et krav om dom for ugyldighet eller dom for erstatning. I Maria-saken var det som nevnt krevd dom for ugyldighet av forvaltningsvedtak.

<sup>22</sup> Dokument 16 (2011-2012), Menneskerettighetsutvalgets rapport, pkt. 23.5.3 s. 124.

<sup>23</sup> Samme sted og Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen s. 20.

<sup>24</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt. 17.1.3.4.

<sup>25</sup> Jfr. Inge Lorange Backer, *Rettslig interesse*, Oslo 1984 s. 121-132. Se eksempelvis Rt. 1994 s. 524 (Mors boret): «Utvalget er enig med herredsretten og lagmannsretten i at søksmål til håndhevelse av boretten må reises av den berettigede selv.»

<sup>26</sup> Jfr. Anne Robberstad, *Sivilprosess*, Bergen 2015, s. 100 og 105.

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 364.

Uttalelsen i proposisjonen må ses på bakgrunn av den uenigheten som forelå på dette punktet mellom Tvistemålsutvalget, ledet av Tore Schei, og Justisdepartementet. Tvistemålsutvalget ville tillate dom for krenkelse selv om det også var krevd dom for ugyldighet eller erstatning.<sup>28</sup> Departementet tok avstand fra dette:

«Departementet mener videre at det ikke bør stilles noe krav om at forholdet til den aktuelle menneskerettskonvensjon kommer til uttrykk i domsslutningen selv, så lenge det blir tatt stilling til det i domsgrunnene. [...] En alminnelig regel om at forholdet til menneskerettskonvensjonen skulle gå uttrykkelig fram av domsslutningen, ville imidlertid naturlig føre med seg et stort antall uttrykkelige frifinnelser for konvensjonsstrid, siden de fleste anførsler om at en konvensjonsbestemmelse er overtrådt, i praksis har vist seg ikke å føre fram.»<sup>29</sup>

Det er påfallende, men ikke uventet, at Høyesterett i Maria-saken (og i flere andre) helt lar være å referere til forarbeidene til tvisteloven. De to avgjørelsene det ble vist til i avsnitt 42 i Maria, går heller ikke inn på dette temaet.<sup>30</sup>

Etter å ha konstatert at datterens krav utgjorde et rettskrav, gikk Høyesterett over til å konstatere at hun hadde aktuell interesse i kravet. Spørsmålet ble ikke drøftet, konklusjonen ble bare slått fast (fortsatt avsnitt 42):

«Spørsmålet om konvensjonsbrudd har åpenbart også aktuell interesse for B, ettersom en dom i hennes favør innebærer at det ville være rettsstridig overfor henne å effektivere vedtakene, jf. Grunnloven § 92. Håndhevelsessøksmålet kan da ikke avvises etter tvisteloven § 1-3.»

Aktualitetsvilkåret i tvisteloven § 1-3 annet ledd handler blant annet om tidsdimensjonen.<sup>31</sup> I Maria-saken ble rettssak reist bare fjorten dager etter at UNE hadde vurdert omgjøring, og ingen hadde bestridt at aktualitetsvilkåret slik sett var oppfylt. Statens anførsel må i stedet forstås som at datteren ikke hadde et reelt behov for dom for krenkelse, fordi hun ville få svar på dette spørsmålet gjennom rettens behandling av vedtakenes gyldighet.

Etter forarbeidene må avgjørelsen ha betydning for saksøkerens rettsstilling, og en må se på hvilke rettsvirkninger som vil følge av en dom i saksøkerens favør.<sup>32</sup> Den siterte uttalelsen fra avsnitt 42 innebærer at hvis datteren fikk fastsettelsesdom, ville det være rettsstridig overfor henne å gjennomføre vedtaket om utvisning av moren. Men fordi datteren var part i saken, blir jo dette tilfellet også hvis det bare foreligger dom for at vedtaket er ugyldig. En rettskraftig dom har virkning for partene i saken, jfr. tvl § 19-15 første ledd første punktum. Når datteren var part i gyldighetssøksmålet, hadde hun ikke behov for særskilt fastsettelsesdom for krenkelse av EMK.

Hvis datteren ikke hadde vært part, kan det argumenteres for at hun hadde behov for slik dom, hvis spørsmålet om rettsstrid i relasjon til barnet skulle få betydning i noen sammenheng (det er vanskelig å se for seg). Men Høyesterett bestemte altså «dobbel opp». Dessuten ville en kombinasjon av dom på ugyldighet og fastsettelse av krenkelse (med moren som part) stå i skarp kontrast til ovennevnte uttalelser om lovgivers vilje i forarbeidene til tvisteloven. En slik dom ville også kollidert med utvalgets avgjørelse i Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkere), som staten hadde vist til: Dykkerne hadde ikke aktuell interesse i dom for menneskerettsbrudd, fordi de også hadde krevd erstatning og oppreisning for krenkelser av menneskerettskonvensjoner.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> NOU 2001:32 *Rett på sak* s. 201.

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 154-155.

<sup>30</sup> Rt. 2012 s. 2039 (Bosnia) gjengir i avsnitt 95 fra en annen del av departementets drøftelse.

<sup>31</sup> Jfr. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 365 og f.eks. Schei m. fl., *Tvisteloven*, Oslo 2013, s. 45-49.

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 365.

<sup>33</sup> Borgarting lagmannsretts kjennelse i LB-2014-194709 er en interessant oppfølging av problematikken.



Høyesteretts behandling i Maria-saken av rettslig interesse i fastsettelsesdom har en høyst overraskende avslutning (avsnitt 42):

«Tidligere fremgikk adgangen til å få dom for prejudisielle rettsforhold uttrykkelig av tvistemålsloven § 58 nr. 1. Nå følger den av den alminnelige bestemmelsen om objektiv kumulasjon i tvisteloven § 15-1.»

Den nevnte bestemmelsen i tvistemålsloven gjaldt inndragning av nye krav under saken. I Maria-saken var datterens krav om fastsettelsesdom reist allerede for tingretten. Tvistelovens regel om objektiv kumulasjon i § 15-1 innebærer at det i samme sak kan settes frem flere krav. Å hevde at disse reglene har noe å gjøre med spørsmålet om særskilt fastsettelsesdom for konvensjonskrenkelser er søkt, for ikke å si uriktig. Diskusjonen i forarbeidene, som man altså ikke berørte, behandler dette spørsmålet i relasjon til tvisteloven § 1-3, ikke til andre bestemmelser. Slik behandles spørsmålet også i annen høyesterettspraksis, se senest Rt. 2015 s. 921 avsnitt 81-83.

## 6 Ankerett i sivile saker

### 6.1 Rett til anke i straffesaker

Rt. 2015 s. 334 (Identifikasjon) gjaldt avvising av en anke i straffesak. Tiltalte var i tingretten dømt for oppbevaring av narkotika, strl 1902 § 162. Ankeskjemaet var mangelfullt utfyllt, og forsvarer hadde ikke levert støtteskriv. Lagmannsretten avviste anken, Høyesterett i avdeling bestemte at den skulle fremmes. Hovedspørsmålet var om domfelte i relasjon til strpl § 319 annet ledd om uforsettlige feil skulle identifiseres med forsvarerens forsømmelse. Det ble besvart benektende. Som ledd i vurderingen slo førstvoterende i avsnitt 56 fast at retten til anke følger av menneskerettskonvensjonene, jfr Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 57-64,<sup>34</sup> og retten til anke «er også et sentralt element i kravet til rettferdig rettergang i Grunnloven § 95, se Lønning-utvalgets innstilling i Dok.nr. 16 (2011-2012) side 118 i punkt 23.1».

Så langt, så vel. Det er ikke tvilsomt at retten til anke i straffesaker er menneskerettslig forankret og at den dermed inngår i den nye Grl § 95 (fra 2014) om rett til domstolsbehandling.

### 6.2 Rett til anke i sivile saker

Hvorvidt retten til anke i sivile saker inngår i Grl § 95, er derimot et tvilsomt spørsmål. Dette er ett av de mange uløste spørsmålene som den dårlig forberedte grunnlovsrevisjonen reiser. Ordlyden i § 95 sier intet om temaet anke. I Lønning-utvalgets rapport, som det ble vist til i sitatet ovenfor, heter det i punkt 23.1 (mine uthevninger):

«Retten til en rettferdig rettergang vil arte seg forskjellig alt etter som det er tale om sivile saker eller straffesaker, men *de sentrale elementene i en rettferdig rettergang kan i hovedtrekk likevel sies å være følgende*: Retten til å la seg representere av advokat, retten til å bli kjent med anklagene mot seg, retten til å forsvare seg mot anklagene (kontradiksjon), retten til tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar, retten til å føre og eksaminere vitner, retten til tolk, retten til offentlig rettergang, retten til begrunnelse for avgjørelsen, *retten til anke*, og retten til å få saken prøvet for en uavhengig og upartisk domstol med habile dommere innen rimelig tid.»

Tilsynelatende kan dette tas til inntekt for at rett til anke i sivile saker nå er blitt en del av den norske forfatningen. Spørsmålet er om utvalget hadde en slik intensjonsdybde at en kan bygge noe på dette sitatet:

Leser en videre i Lønning-utvalget, ser en (s. 119) at utvalget var klar over at rett til anke ikke er regulert i EMK art. 6 nr. 1 om «fair hearing». Om utvalgets forslag sies det s. 121:

«En grunnlovsfesting av det generelle rettsstatsprinsipp om at rettergangen skal være rettferdig, vil således ikke endre dagens rettsstilstand på annen måte enn at prinsippet løftes inn i Grunnloven.»

<sup>34</sup> Der det vises til SP art. 14 nr. 5 og art. 2 i Syvende tilleggsprotokoll til EMK, som begge gjelder straffesaker.

Det sies ikke noe mer spesifikt om anke. Men generelt slås det fast (s. 122): «For den nærmere forståelsen av hva som menes med rettferdig rettergang, vil det være naturlig å se hen til tidligere nasjonal rettspraksis på området og den omfattende internasjonale praksis på dette området, særlig praksis fra EMD.» Legger en disse uttalelsene til grunn, blir det rimelig klart at retten til anke i sivile saker ikke ble foreslått grunnlovfestet, i hvert fall ikke bevisst. Innstillingen fra stortingskomiteen gir ikke noe annet inntrykk (se nedenfor). I debatten i Stortinget ble det gang på gang slått fast at endringene ikke var ment å endre dagens rettstilstand.<sup>35</sup>

Mye taler derfor for at Grl § 95 ikke kan sies å gi rett til anke i sivile saker, kun i straffesaker. I hvert fall er dette noe som må drøftes nærmere. Det er en motsetning mellom uttalelsen om at rettferdig rettergang omfatter rett til anke, uttalelsen om at en skal se hen til hva som følger av EMK og uttalelsen om at en ikke endrer gjeldende rett.

Slik så ikke to av Høyesteretts dommere på det, da spørsmålet kom opp i Rt. 2015 s. 506 (Rett til anke), en kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg. Et utvisningsvedtak var begrunnet i proformaekteskap. Tingretten frifant staten for påstanden om at vedtaket var ugyldig. Lagmannsretten nektet å fremme anken fordi det var klart at den ikke ville føre frem, tvl § 29-13 annet ledd. Ankeutvalget opphevet lagmannsrettens beslutning.

Som ledd i begrunnelsen viste flertallet til at det ved vedtagelsen av Grl § 95 ble lagt til grunn at «rettferdig rettergang» omfatter retten til anke (avsnitt 17). Siden dette var en sivil sak, må det menes rett til anke (også) i sivile saker.

Det ble videre vist til Rt. 2015 s. 334 (omtalt i pkt. 6.1 her) og til punkt 2.1.4 i Innst. 186 S (2013-2014), som er innstillingen fra Stortingets kontroll- og konstitusjonskomite i grunnlovssaken. Punkt 2.1.4 i denne innstillingen handler om § 95. Uttalelsen om rett til anke er her inntatt i et avsnitt som er svært likt det fra Lønning-utvalget som er gjengitt ovenfor.

Om vi har en grunnlovfestet rett til anke i sivile saker, var ikke temaet i Rt. 2015 s. 506 (Rett til anke). Men flertallet (Schei og Skoghøy) brukte, uten noen problematisering, en slik angivelig rett som ledd i overprøvingen av avgjørelsen om ankenektelse:

«For at ordningen med ankesiling etter tvisteloven § 29-13 andre ledd skal være forenlig med rett til anke, må lagmannsretten uten ytterligere forhandlinger ha et forsvarlig grunnlag for å konstatere at anken klart ikke kan føre frem.»

Det er verdt å merke seg at mindretallet, dommer Webster, kom til samme resultat, opphevelse, helt uten å trekke inn spørsmålet om ankerett i Grunnloven. I stedet begrunnes resultatet ut fra forarbeidene til tvisteloven.

Siden det var fullt mulig å komme til resultatet på denne måten, kan en undres over hvorfor flertallet fant grunn til å trekke Grunnloven inn i denne saken. Flertallets begrunnelse er et eksempel på den tendens til «overkill» som Lilleholt påpekte i 2002.<sup>36</sup> Begrunnelsen får så sitt eget liv og gjentas som en sannhet i senere saker, det ser vi i Rt. 2015 s. 734 avsnitt 13, også det en sivil sak.

## 7 En kontrast

Som kontrast til avgjørelsene ovenfor, kan vi se på Rt. 2015 s. 641 (Offentligrettslig trepartsforhold), en kjennelse fra Høyesterett i avdeling. En far fikk omsorgen for barna etter samlivsbrudd. Det ble tvist om barnebidragene, og far gikk til sak om NAVs fastsettelse av barnebidrag, som var stadfestet av Arbeids- og velferdsdirektoratet. Tvisten gjaldt hvilken

<sup>35</sup> Se f eks saksordføreren Jette Christensen i referatet fra debatten den 13.5.2014: «Ingen av forslagene er ment å endre dagens rettstilstand.»

<sup>36</sup> Lilleholt *op. cit.* s. 67. I sitt svar til Lilleholt i *Lov og Rett* 2006 s. 387-396 bruker Gunnar Aasland uttrykket at Høyesterett «har tatt munnen for full».

«samværsklasse» bidrag skulle beregnes ut fra. Bare staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet ble saksøkt, ikke den andre forelderen. Staten hevdet at saken måtte avvises fordi moren ikke var gjort til saksøkt ved siden av staten. Faren anførte at det å saksøke moren ville eskalere konflikten mellom foreldrene, noe som ville gå ut over de to barna. Statens syn tapte i tre instanser.

At ankesaken ble henvist til behandling i avdeling med fem dommere, har nok sin bakgrunn i at spørsmålet om tvungent prosessfellesskap i «offentligrettslige trepartsforhold» har vært sterkt omdiskutert. Tvistemålsutvalget ledet av Tore Schei hadde foreslått en slik regel, men departementet gikk imot dette forslaget og det ble ikke vedtatt.<sup>37</sup> Kommentartutgaven til tvisteloven av Schei med flere konkluderte allikevel med at også den personen som var tilgodesett ved vedtaket måtte saksøkes.<sup>38</sup> Samme syn ga Skoghøy uttrykk for i sin bok *Tvisteløsning*.<sup>39</sup>

Etter en lang og meget grundig drøftelse av statens argumenter, konkluderer Høyesterett i Rt. 2015 s. 641 med at forarbeidene til tvisteloven tilsier at det ikke gjelder noen regel om tvungent prosessfellesskap i slike tilfelle (avsnitt 47), og at rettsstilstanden ikke har endret seg etter vedtagelsen av tvisteloven (avsnitt 58).

Avgjørelsen er gjennomsyret av respekt for lovgivers uttrykkelige valg. Selv om det kan anføres gode grunner for den motsatte regel (avsnitt 55), anser Høyesterett seg i denne avgjørelsen ikke fri til å gå på tvers av den løsningen som proposisjonen utpeker. Slik sett er det en slående forskjell mellom på den ene siden denne avgjørelsen og på den annen side Rt. 2015 s. 93 (Maria) og de andre jeg har gjennomgått, når det gjelder hvordan en forholder seg til tvistelovens forarbeider.

Dessuten er avgjørelsen velsignet fri for henvisninger til Grunnloven.

---

<sup>37</sup> NOU 2001:32 Rett på sak s. 653 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 151.

<sup>38</sup> Schei m. fl., *Tvisteloven*, Oslo 2013, s. 38-44. Det anføres s. 41 at «departementet ikke har forstått Tvistemålsutvalgets forslag».

<sup>39</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, Oslo 2014, s. 451.