

Frode Ulvund
Jørn Øyrehagen Sunde (red.)



LOVENS SPEIL

Høgsterett
200 år



FAGBOKFORLAGET

Lovens Speil

Høgsterett 200 år

Frode Ulvund og Jørn Øyrehagen Sunde (red.)

Lovens Speil

Høgsterett 200 år



FAGBOKFORLAGET

Copyright © 2019 by
Vigmostad & Bjørke AS
All Rights Reserved
1. utgave / 1. opplag 2015

ISBN: 978-82-450-3236-9
ISBN (trykt): 978-82-450-1809-7

Tilrettelagt for e-bok: John Grieg, Bergen
Sats: Laboremus Oslo AS
Forsidedesign ved forlaget
Forsideillustrasjon: © shutterstock / HiSunnySky

Boken er utgitt med støtte fra:

Fritt Ord

Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen
Institutt for arkeologi, historie, kultur- og religionvitenskap ved Universitetet i Bergen
Universitetet i Bergen ved jubileumskomiteen for Høgsterett

Spørsmål om denne boken kan rettes til:

Fagbokforlaget

Kanalveien 51

5068 Bergen

Tlf.: 55 38 88 00 Faks: 55 38 88 01

E-post: fagbokforlaget@fagbokforlaget.no

www.fagbokforlaget.no

Materialet er vernet etter åndsverkloven. Uten uttrykkelig samtykke er eksemplarframstilling bare tillatt når det er hjemlet i lov eller avtale med Kopinor.

FORORD

Den 30. juni 1815 vart det sett rett for fyrste gong i Høgsterett. Domstolen vart oppretta alt med Grunnlova av 17. mai 1814, men vart først verksam litt over eitt år seinare. Høgsterett var ikkje tiltenkt nokon sentral plass i norsk samfunnspolitikk, og kanskje difor har Høgsterett heller ikkje fått noka vidare merksemd som institusjon og statsmakt i verken juridisk, historisk eller samfunnsvitskapleg forskning. Men Høgsterett markerte seg ganske raskt som statsmakt gjennom å ta ei aktiv og samfunnsregulerande rolle. Det har variert mykje dei siste 200 åra kor aktiv og sterk Høgsterett har vore som statsmakt. Likevel har domstolen alltid vore ein bidragsytar til norsk samfunnsstyring.

På denne bakgrunnen har Universitetet i Bergen valt å markere Høgsterett sitt 200-årsjublieum med fleire arrangement i 2014 og 2015. Fyrst ute var ein nasjonal konferanse i oktober 2014, halden i Gulating lagmannsrett, med bidrag frå ei rekke juristar og historikarar om Høgsterett si rolle i norsk samfunnspolitikk gjennom 1800- og 1900-talet. Målet med konferansen var å formidle kunnskap om og få merksemd på Høgsterett sin funksjon i det norske samfunnet, norsk rett og statsstyringa. I ei tid då dette endrar seg gjennom rettsleg internasjonalisering, ein prosess der Høgsterett spelar ei sentral rolle, hadde konferansen som ambisjon å auke kunnskapen om og merksemda på dei historiske og pågåande endringsprosessane som direkte påverkar borgarane og rettsstaten. Eit utval av desse bidraga blir her publiserte.

Redaktørane vil sjølv sagt først og fremst takke alle forfattarane som har bidratt til antologien. Vidare vil vi takke Fritt Ord, Det ju-

FORORD

ridiske fakultet ved Universitetet i Bergen, Institutt for arkeologi, historie, kultur- og religionsvitenskap ved Universitetet i Bergen, og Universitetet i Bergen ved jubileumskomiteen for Høgsterett for trykkestøtte til denne boka. Vi vil også rette ein takk til Gulating lagmannsrett og vitskapleg assistent Kamilla Gade for god hjelp med tekstane i sluttfasen.

Bergen, 10. juni 2015

Frode Ulvund og Jørn Øyrehagen Sunde

INNHALD

Forord 5

Lovens speil og lovens stemme? 9

Frode Ulvund og Jørn Øyrehagen Sunde

Striden om Høgsterett som Grunnlovas ankedomstol 19

Nils Rune Langeland

Dommaren bak sitt bord 49

Overgangen frå anke- til prejukatsdomstol i Norden

Jørn Øyrehagen Sunde

Ein viljelaus spegel? 79

Tolkinga av religionsfridomen i Høgsterett etter 1815

Frode Ulvund

Rett, politikk, forteljing – ressursforvaltningsordningane i høgfjellet i Sør-Noreg 115

Svein Ivar Angell

«Sløret forsett»? 143

Høgsterett mellom teori og praksis i strafferetten

Jørn Jacobsen

Høyesterett og juridisk offentlighet

– en historisk-kritisk refleksjon 177

Dag Michalsen

Høgsteretts politiske funksjon – eit tema ved domarutnemningar? 191

Per J. Jordal

Bidragssytarar 215

LOVENS SPEIL OG LOVENS STEMME?

Frode Ulvund og Jørn Øyrehagen Sunde

Då den nye norske Høgsterett hadde si første samling i biblioteket på Katedralskulen i Oslo den 30. juni 1815, innleia høgsterettsadvokat Bredo Morgenstierne den første saka med ein «Declamation» – ein hyllingstale – til den nye retten. Han understreka sjølvstendet til retten og poengterte at den ikkje skulle vere underlagd anna herredøme enn lova sjølv. Vidare slo han høgstemt fast: «Ja! Norges Høiesteret – det glade Haab kunne vi trøstigen nære – vil være Lovens Speil, dens Udsagn Lovens Stemme, anvendt paa enkelte Tilfælde.»¹ Frå Høgsterett tok han for gitt å høyre «Retfærds hellige Røst», ikkje «Vilkaarlighedens vaklende Bud», like lite som at dommarane sine moralske og subjektive overtydingar skulle fortrenge lovlege juridiske bevis. Dommaren, formante han, viste straffverdig «Selvraadighed» om han forlét dommarstolen og inntok lovgivaren sin plass ved å fremje eigne meiningar om korleis lova *burde* vere, i staden for slik den verkeleg *er*. Høgsterett skulle vere lovas *tenar*, ikkje lovas *herre*. Domstolen var meint å ha verken kraft eller vilje.

1 «Declamation i Norges Høiesteret, da den første Gang aabnedes i Christiania den 30te Juni 1815. Af Cancelliraad Høiesterets-Advokat Morgenstierne, som første Citantens Sag». I: Morgenstierne, B.H.v.M, Lange, L., Vogt, J.H. og Hjelm, J.A. (1818), *Juridisk Repertorium*. Christiania: Hjelms Forlag, s. 6–7.

Tanken var at kongen skulle utnemne dommarar som skulle dømme strengt etter Stortinget sine lover og slik berre spegle dei.

Høgsterett skulle altså spegle lova, ei utsegn som nok var eit ekko av Charles Montesquieu si kjende formulering om at dommaren var munnen som uttalte ordlyden i lova, og er elles eit uttrykk som gir religiøse assosiasjonar.² Uttrykket «lovas spegel» vart brukt som bilete på menneskeleg erkjenning av synd i Bibelen.³ Slik den bibelske spegelen var ein reiskap for å formidle Guds bod og fremje sjølv-erkjenning hjå syndefulle menneske, skulle Høgsterett vere ein reiskap for å formidle statens lov og normgrunnlag og oppdra statens innbyggjarar. Som reiskap skulle retten vere nøytral og uvilkårleg. Slik går biletet inn i kjernen av ein sentral debatt om Høgsteretts rolle i det norske samfunnet dei siste 200 år: spørsmålet om Høgsterett sin posisjon i grenslandet mellom juss og politikk, og kva samfunnsmessig rolle institusjonen har spelt. Korleis har Høgsterett brukt sin posisjon som den øvste domstolen i Noreg dei siste 200 åra? Og korleis har domstolen samvirka med det norske samfunnet? Det er temaet i denne boka.

Riksforsamlinga på Eidsvoll skreiv inn i Grunnlova at ein Høgsterett skulle organiserast så snøgt som råd, og at den skulle dømme i siste instans. Det var heilt i tråd med maktfordelingslæra til Charles Montesquieu, og sjølvstendige domstolar var adelsmerket til ein liberal og fri nasjon. For sjølv om den norske høgsterett hadde den gamle dansk-norske øvste domstolen som førebilete, var det ein viktig skilnad. Den dansk-norske høgsteretten før 1814 dømde i Kongens namn, og var dermed symbolsk underlagd den eineveldige monarken, medan den norske Høgsterett etter 1814 skulle vere sjølvstendig og uavhengig av både den lovgivande og utøvande makta. At Høgsterett lenge langt på veg var sjølvrekrutterande fram til 1885, og at grunngevingane og eventuelle dissensar var hemmelege fram

2 Sjø t.d. Sunde, J.Ø. (2002): «Den rettsteoretiske karikatur, sett med augo til ein rettshistorikar – eller Charles Montesquieu og hans verk *De l'esprit de lois*», *Retfærd* nr. 97, om Montesquieu sin bruk av uttrykket.

3 Sjø t.d. Paulus første brev til korintarane 13,12, og Eberle, C.G. (1874): *Dr. Martin Luthers Udlæggelse af St. Pauli Brev til Romerne*. Kristiania: Den norske Lutherstiftelses Forlag, s. 58.

til 1864, bygde opp om rettens autonomi og sjølvstendige stilling. Det gav Høgsterett potensial til å bli ei statsmakt med ei aktiv rolle utover Montesquieu og Morgenstjerne sine idealiserte utsegner.

Det har gått 200 år sidan det vart sett rett i Høgsterett fyrste gong i biblioteket på Katedralskulen i Oslo, som låg i Dronningens gate like ved Akershus festning, og til det i dag vert sett rett i Høgsteretts hus, som ligg på Høgsteretts plass mellom Akersgata og Grubbegata i Oslo. I desse 200 åra har Høgsterett spelt ei viktig rolle i den norske samfunnsutviklinga. Det har den gjort ikkje berre ved å vere ein sentral sjølvstendemarkør som sikra «en fri og selvstendig Nations uforkrænkelige Rettigheter», som Morgenstjerne poengterte, men ved å gå opp den uskarpe grensa mellom juss og politikk.⁴

For idealet om å vere eit passivt talerøyr for lova vart raskt utfordra i møte med røyndomen og konkrete saker. Folks levde liv lét seg ikkje alltid spegle eintydig i lovverket. Allereie i den første saka i 1815 var det ulike meiningar innan retten om kva som vart rett i ei odelssak. Seinare kom andre dømme, som i saka mot kvekaren Elias Tastad frå Stavanger. I 1821 gravla han dei ni månader gamle tvillingdøtrene sine utanfor kyrkjegarden fordi presten nekta han å gravlegge dei innanfor utan kyrkjeleg seremoni, slik kvekartrua tilsa. Han vart tiltala, og då saka kom til Høgsterett, delte retten seg i to. Tre av dommarane la til grunn at Grunnlova heimla religionsfridom, fire at den ikkje gjorde det. Lovverket lét seg ikkje spegle eintydig. Gjennom si tolking kunne dommarane vere i glideflukt mot lovgivaren sin plass og spegle samtidige samfunnskonfliktar meir enn rettsreglar.

I andre saker kunne samfunnsutvikling og nye synsmåtar og metodar innan andre vitskapar skape rettslege utfordringar. Barnemord var ein stor brotskategori som løynde mange ulykkelege lagnader. Framsteg i rettsmedisinen gjorde det råd å problemati-

4 Om Høgsteretts rolle som sjølvstendemarkør i tida like før og i byrjinga av unionen med Sverige, sjå Langeland, N.R. (2005): «1814–1905», bind 1 i *Siste ord. Høgsterett i norsk historie 1814–1905*. Oslo: Cappelen, som omtalte den som «den patriotiske domstolen», og Mestad, O. (2015): «Høgsterett 200 år. Feirar retten jubileum i feil år?». *Lov og Rett*, vol. 54, no. 5, som legg vekt på at høgsterettsdommarane vart utnemnde av ei sjølvstendig regjering i den «republikanske» fasen før november 1814, og at desse dommarane fram til 1832 utgjorde eit fleirtal i retten.

sere skiljet mellom dødfødde barn og barn som var tatt livet av etter fødselen, og mellom abort og dødfødde barn. Slike saker medførte at Høgsterett måtte ta stilling til medisinske spørsmål, og på 1890-talet finst saker som viser korleis utvikling i medisinsk kompetanse påverka Høgsterett si lovtolking i tragiske barnedrapssaker.⁵ Som ein samfunnsstyrande institusjon vart Høgsterett dratt inn i samfunnslivet og samfunnsutviklinga gjennom sakene domstolen handsama.

Høgsterett vart slik ein samfunnsspegel like mykje som ein lov-spegel. Det kunne altså vere langt frå klart kva som var rett etter lova sjølv i slike konkrete og kvardagsnære saker som den mot Elias Tastad på 1820-talet og mot ugifte kvinner som fødde utanfor ekteskap på 1890-talet. Endå vanskelegare var dette i dei meir sjeldne, men langt meir oppsiktsvekkjande sakene der striden stod mellom lov og grunnlov. I ein slik strid kunne ikkje Høgsterett vere den eine sin tenar utan å gjere seg til herre over den andre. Så kven sin rett skulle domstolen i slike tilfelle spegle?

Dette spørsmålet vart sett på spissen alt i 1822, men den store og avgjerande dommen fall i 1866. I det siste året formulerte justitiarius Peder Lasson i ei avgjerd Høgsterett sin prøvingsrett, som vil seie retten til å setje ei lov til sides som stridande mot Grunnlova. For, hevda Lasson, all makt må kontrollerast, og kven andre skulle vakte på at Stortinget ikkje gjorde seg skuld i maktmisbruk, enn Høgsterett? Slett ikkje alle var samde i dette resonnementet. Johan Sverdrup, arkitekten bak innføringa av parlamentarismen, spurde retorisk om ein høgsterettsdom skulle stå over «Storthingets og Regjeringens, de suverene Statsmagters Beslutninger». Sverdrup svarte sjølv klart nei.

Då parlamentarismen vart innført i 1884, vart Stortinget som statsmakt kraftig styrka. I 1885 byrja kampen mot ein Høgsterett som Sverdrup og hans Venstre fann var for sjølvrådige. I 1918 vart kampen både vunnen og tapt. Den vart vunnen for den lovgivande statsmakta fordi Høgsterett dette året fann at konsesjonslovgjevinga ikkje streid mot Grunnlova, og slik gjorde teikn til at domstolen var Stortinget og lova sin tenar. Den vart tapt fordi Høgsterett samstun-

5 Langeland 2005, s. 427 f.

des sa at domstolen likevel hadde rett til å prøve lover mot Grunnlova om den ville, og dermed prinsipielt slo fast at den berre var Grunnlova sin tenar og elles sin eigen herre.

At Høgsterett ikkje gav slepp på prøvingsretten, skulle kome godt med. Etter april 1940 vart Høgsterett sitjande og utøve sitt virke, slik dommarar gjorde i områda som vart okkupert av tyske styrkar rundt i Europa, i staden for å følgja påbodet om å flytte til London saman ned resten av statsapparatet. Men då okkupasjonsmakta ikkje ville godta at Høgsterett hadde ein prøvingsrett, og dermed kunne prøve okkupasjonslover mot Grunnlova av 1814, la høgsterettsdommarane ned embeta sine i desember 1940. Justitiarius Paal Berg vart æresdoktor ved Universitetet i København for denne symboltunge motstandshandlinga.

Men etter andre verdskrigen var Høgsterett svært varsam med å kome på kollisjonskurs med Stortinget – alle krefter vart nytta på gjenreisninga og ikkje på indre strid. Fyrst i 1976 vart arva etter 1866 igjen gjort gjeldande, og i den vidkjende Kløfta-dommen sette Høgsterett til sides ei lov som streid mot Grunnlova sitt krav om full erstatning ved ekspropriasjon. I over eitt år hadde det i media og juridisk litteratur vorte diskutert kva Høgsterett kom til å gjere i denne saka, etter at stortingsfleirtalet med vilje hadde utfordra grensa for Grunnlova sitt krav om full erstatning ved ekspropriasjon.

Høgsterettsjustitiarius Rolv Ryssdal sette all si tyngde bak at Høgsterett skulle akseptere Stortinget si forståing av Grunnlova. Høgsterettsdommar Elisabeth Schweigaard Selmer, den fyrste kvinnelege justisministeren i Noreg, fronta at ein måtte setje ned foten når Stortinget med vilje utfordra Grunnlova. I seks veker rådslo dei 17 høgsterettsdommarane, og etter kvart byrja nokre å ta med puter å sitje på under dei lange møta. Til sist var avgjerda klar, ei avgjerd som var kontroversiell både i og utanfor Høgsterett, og dommarkorpset var delt nesten på midten: Ni dommarar ville setje lov til sides og åtte ville ikkje.

I avgjerda slo Høgsterett fast at sjølv for Stortinget fanst det grenser for kor mykje individet måtte finne seg i fordi det var til det allment beste. Høgsterett samla seg også om ei prinsipiell formulering av Høgsterett sin prøvingsrett. For skulle Høgsterett utøve slik makt

i høve til Stortinget, så kunne den ikkje vere vilkårleg, men følgje visse retningslinjer. Radarparet justitiarius Ryssdal og høgsterettsdommar Knut Blom, som formulerte fleire viktige og prinsipielle votum saman på 1970-talet, la dermed grunnlaget for den moderne prøvingsretten i Noreg.

Saman med nedlegginga av dommarembeta i 1940 var Kløfta-dommen frå 1976 ei viktig påminning om Høgsterett sitt statsmaktpotensial. Men den var på ingen måte etterfølgd av andre kontroversielle dommar. Det var som om Høgsterett rett og slett vart forskrekka over kva dei hadde gjort, og over eiga makt. Fyrst frå midten av 1990-talet viste Høgsterett seg klar til å nytte denne makta meir aktivt.

Berre i USA har ein hatt ein høgsterett som har meint seg like kompetent til å forsvare ei grunnlov mot dei folkevalde sine lover. Dommen i 1866 var då òg inspirert av amerikansk statsrett. I 1994 og 1999 vart EØS-retten og dei sentrale menneskerettane ein del av norsk rett. Dermed fekk Høgsterett som oppgåve å kontrollere Stortinget sine lover opp mot desse regelsetta òg. Dei siste par ti-åra har Høgsterett ope og tydeleg prøvd stortingfleirtalet sin vilje nær på to gonger i året, som er meir enn nokon gong i domstolen si 200 år lange historie. Saker som rederiskattesaka frå 2010, opphaldsrettssakene frå 2012 og strukturvotessa frå 2013 har alle hatt same politiske jordskjelvpotensial som Kløfta-saka. Og fleire slike saker der individrettar står mot allmennviljen, vil kome i åra som kjem.

«Norges Høiesteret vil være Lovens Speil, dens Udsagn Lovens Stemme.» Men meir enn nokon sinne er altså spørsmålet kva lov Høgsterett skal spegla, og kven sin herre og kven sin tenar domstolen skal vere. Bidraga kastar lys på dette spørsmålet med ulike tilnærmingar, dels ved å sjå korleis Høgsterett har utøvd verksemda si i meir konkrete saker, dels ved å sjå på rammene for korleis Høgsterett utøvde verksemda si som samfunnspolitisk institusjon, og dels korleis Høgsterett si verksemd har blitt kommunisert offentleg.

Grunnlova slår fast at Høgsterett skulle dømme i siste instans. Men kva betydde det? Det spørsmålet tar både Nils Rune Langeland og Jørn Øyrehagen Sunde opp når dei handsamar Høgsterett som

ankedomstol. Langeland handsamar dei lange historiske linene, og tek utgangspunkt i at det å ha høve til å anke saka si til Høgsterett var alt frå 1814 ein grunnlovsfesta borgarrett. Med manglande lov-kodifikasjon vart benådingsinstituttet viktig, og her fekk Høgsterett ei dobbeltrolle. I tillegg til å vere domstol skulle også retten vere lovbøtar ved å innstille i benådingssøknader. Men skulle ein dom i Høgsterett vere nødvendig før kongen kunne benåde? Vidare diskuterer Langeland korleis prøvingsretten endra Høgsterett sin hovud-funksjon frå å vere folket sin ankedomstol til ei rolle som vernar om Grunnlova, stiftar av rettseinskap og til sist rettsutviklar.

Jørn Øyrehaugen Sunde tek i sin artikkel opp overgangen til dei nordiske høgsterettane frå appell- til prejudikatsdomstolar. Ein høgsterett vil alltid ha både ein konfliktløysande og ein prejudikatsdannande funksjon. Men balansen mellom dei to oppgåvene varierer frå høgsterett til høgsterett, og over tid. I Norden har alle dei øvste domstolane ein tradisjon for å ha ein prejudikatsfunksjon ved sida av å handsome appellsaker. Det vil seie at dommane deira vil verke retningsgjevande for liknande saker i framtida. Men sidan 1970-talet har prejudikatsdanning vorte sjølv hovudoppgåva for høgsterett i Noreg, Sverige og Finland, og delvis i Danmark, medan Island må velje om høgsterett der òg skal vera ein prejudikatsdomstol. Denne utviklinga har på den eine sida styrka dei nordiske høgsterettane som tilhøyrande ein felles, særegen rettstradisjon i Europa. Og på andre sida har det ført dei nærare *common law*-tradisjonen, som vert dominert av prejudikatsdomstolen United Kingdom Supreme Court, og bort frå den kontinentale *civil law*-tradisjonen, der dei øvste domstolane hovudsakleg er appelldomstolar.

Både Frode Ulvund og Svein Ivar Angell diskuterer Høgsterett sin rettspraksis med utgangspunkt i konkrete saker. Ulvund tar utgangspunkt i religionsparagrafen i Grunnlova – paragraf 2. Han meiner denne paragrafen har vore vanskeleg å tolke i etterkant. Høgsterett som collegium tolka den stort sett i samsvar med den utøvande statsmakta, og la til grunn ein svært avgrensa religionsfridom. Men samtidig viser Ulvund korleis det innan Høgsterett, utanfor offentlegheitas kunnskap, var store variasjonar i forståinga av religionsfridomen når dei måtte ta stilling til konkrete saker om utøving av

religion, og korleis den løynde delen av Høgsterett si verksemd spegla like mykje samfunnskonfliktar som rettsreglar.

Der Ulvund fokuserer på korleis Høgsterett har tolka sentrale borgarrettar i spenninga mellom stat og individ, ser Svein Ivar Angell på korleis Høgsterett har hatt betydning for å regulere forholdet mellom stat og lokalsamfunn. I 1916 og 1917 slo Høgsterett i to dommar fast at staten hadde eigedomsrett til allmenningane i høg-fjellet, samtidig som det gav bruksrett til lokalsamfunna som lenge hadde utnytta ressursane der. Spørsmålet om ressursforvaltninga av høg-fjellet var politisk og økonomisk viktig, og Angell viser korleis ulike historieforteljingar om eigedomsretten var verksame både i den politiske og rettslege prosessen rundt ressursforvaltninga. Det medførte at Høgsterett måtte drive historiefortolkning. Angell viser også korleis Høgsterett si avgjerd påverka bruken av slike historieforteljingar i den vidare politiske prosessen.

Jørn Jacobsen, Dag Michalsen og Per Jordal er alle på ulike måtar opptekne av korleis Høgsterett kommuniserer og lét offentlegheita få innsyn i verksemda deira. Jørn Jacobsen skriv om Høgsterett og den strafferettslege forsettslæra, eit inngangspunkt som han meiner særleg er interessant fordi Høgsterett her fekk eit mandat av lovgivar om å skape rett. Slik kunne Høgsterett i si forståing av forsett i liten grad spegle nokon lov, sidan den såg stort sett berre seg sjølv i spegelen. Nettopp fordi Høgsterett fekk ei slik sentral rolle i å klargjere innhaldet i forsettomgrepet, hevdar Jacobsen at dei har eit særleg kommunikativt ansvar. Høgsterett har i sine dommar så langt ikkje tydeleg nok forklart kva den har forstått med forsettomgrepet. Heller ikkje den nye straffelova av 2005 har avklart forsettslæra tilstrekkeleg, og det gjer at behovet for at Høgsterett tydeleg kommuniserer til andre rettsbrukarar, framleis er stort.

Dag Michaelsen viser korleis Grunnlova var prega av eit «offentlighetsregime» når det galdt den lovgivande og utøvande statsmakta, men at den dømmande statsmakta var unntatt kravet om offentlegheit. Dette problematiserer Michalsen med utgangspunkt i Høgsterett sin multifunksjonalitet, som resulterte i at retten var meir enn å vere konfliktløysande i individuelle saker. Særleg i samband med den rettsskapande delen av Høgsterett si verksemd er det

store skiljet i praktiseringa av offentlegheit mellom statsmaktene eit paradoks.

Per Jordal diskuterer utnemningsprosessen for høgsterettsdommarar. Han meiner at nettopp det aktualiserer spørsmålet om kva som er fag og kva som er politikk. Høgsterett sin kompetanse til å setje til sides stortingsvedtak og slik utøve ein vetorett over den lovgivande forsamlinga, saman med annan rettsskapande verksemd og prioritering av kva saker Høgsterett skal handsame, gjer det desto meir relevant med openheit om kva verdiar og samfunnsforståing kandidatar til den høgste retten vil legge til grunn. I dag blir ingen spurd korleis dei vil utøve statsmakta ved dommarutnemningar. Jordal argumenterer for opne høyringar i regi av den folkevalde forsamlinga i samband med dommarutnemningar til Høgsterett for å få innsyn i nettopp det.

Høgsterett sin 200 år lange historie er innhaldsrik og mangfoldig, og i for liten grad studert. Gjennom å fokusere på korleis Høgsterett avgjer kva saker domstolen skal handsama, sakene sin samfunnsrelasjon, korleis Høgsterett kommuniserer si verksemd og plasserer seg i det politiske landskapet, vil vi nærme oss kjernen i Høgsterett som samfunnsstyrande institusjon sidan 1815.

Litteratur

- Eberle, C.G. (1874): *Dr. Martin Luthers Udlæggelse af St. Pauli Brev til Romerne*. Kristiania: Den norske Lutherstiftelses Forlag.
- Langeland, N.R. (2005): *Høgsterett i norsk historie 1814–1905. Siste ord, bind I*. Oslo: Cappelen.
- Mestad, O. (2015): «Høgsterett 200 år. Feirar retten jubileum i feil år?» *Lov og Rett*, vol. 54, no. 5.
- Morgenstierne, B.H.v.M, Lange, L., Vogt, J.H. og Hjelm, J.A. (1818): *Juridisk Repertorium*. Christiania: Hjelms Forlag.
- Sunde, J.Ø. (2002): «Den rettsteoretiske karikatur, sett med augo til ein retts-historikar – eller Charles Montesquieu og hans verk *De l'esprit de lois*». *Retfærd*, nr. 97.

STRIDEN OM HØGSTERETT SOM GRUNNLOVAS ANKEDOMSTOL

Nils Rune Langeland

«Å bruke Høyesteretts begrensede ressurser på å prøve anker i konkrete bagatellspørsmål, er dårlig bruk av ressurser.»¹ Denne utsegna er både i den uvanleg skarpe utforminga si og endå meir i innhald eit levande historisk omen heilt attende til då Høgsterett byrja arbeidet sitt den 30. juni 1815. Men det er ikkje henta frå eit av dei mange klagemåla frå og utgreiingane om den overarbeidde domstolen frå det 19. hundreåret. Det er tvert om eit konkluderande sitat frå Tvistemålsutvalet som utarbeidde den nye tvistemålslova av 2005. Denne førebels siste store prosessreforma, som tok til å gjelde den 1. januar 2008, sette punktum for den mest dramatiske historia gjennom dei to hundre åra domstolen har vore verksam. Éin ting var at restansane, køen av enno ikkje førehavde saker, som hadde ride domstolen som ei mare heilt frå starten, no var borte. At kjæremålsutvalet blei til «Høgsteretts ankeutval» og difor ingen eigen domstol lenger, kunne tyde på at anken som skapte alle restansane,

1 NOU 2001: 32, bind B, s. 792, sitert frå J.E.A. Skoghøy (2008): «Anketillatelse til Norges Høyesterett». I: Kleineman, J. mfl., red. *Festskrift til Lars Heuman*. Stockholm: Jure, s. 480.

endeleg hadde kome under kontroll. Og at avgjerder tekne der frå no av skulle heite «anke», gjev ein peikepinn på kva som var kome til endes. Dette er historia om Høgsteretts rolle som Grunnlovas anke-domstol. Spørsmålet om kven og kva som kunne ankast inn for den høgste domstolen i riket, er sjølv episentret i historia om Høgsterett. Det er her skjeringspunktet er å finne mellom den materielle rettsutviklinga og dei institusjonelle endringane både av Høgsterett, domstolssystemet og prosessreformene. Men dette kjem ikkje berre av rolla og funksjonen domstolen har som den høgste i instanssystemet. Dette dynamiske samspelet langs fleire utviklingslinjer er uløysleg knytt til at Høgsterett er Grunnlovas anke-domstol definert gjennom paragrafane 88, 89, 90 og 20. Og fordi Høgsterett var sett inn i Grunnlova av 1814 ved rett nok eit knippe stutte, men like fullt prinsipielle grunnsetningar, markerte domstolen alt frå starten av eit revolusjonært brot med den tidlegare rettskulturen. At det ikkje var slik i praksis, er ikkje det viktige her. Spørsmålet om anken spring nemleg ut av dette konstitusjonelle faktumet. Å ha høve til å anke saka si til Høgsterett var og er ein grunnlovfest borgarrett.

— *Høgsterett som lovbotar og domstol frå 1815* —

Ankespørsmålet var det naudsynt å gje eit svar på av sterke rettspolitiske grunnar etter 1814. Både for konstituentane på Eidsvoll i 1814 og for representantane på det fyrste valde storting i 1815 var det heilt klårt at det eksisterande lovverket både var forelda og usamanhangande. Slik hadde det òg alt vore lenge under eineveldet. Serleg akutt var tilstanden innanfor strafferetten. Dei mange dødsstraffene i Norske Lov av 1687 var kombinerte med eit rikhaldig arsenal av grufulle kropsstraffer som brennemerking og lemlesting. Desse hadde vore systematisk formilda gjennom rettspraksis i tiåra før 1814, men noko nytt hadde kome til med den norske revolusjonen. Grunnlova av 1814 var til liks med dei andre revolusjonsforfatningane todelt. Ho var både ei statsforfatning og eit program for rettskodifikasjon. I tillegg til å skipe ein høgsterett som ubunden dømande makt i staten påla ho i § 94 at det skulle skrivast ei ny sivil- og straffelovbok, som kunne